

A351 - COMPORTAMENTI ABUSIVI DI TELECOM ITALIA
Provvedimento n. 13752

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 16 novembre 2004;

VISTA la legge 10 ottobre 1990 n. 287;

SENTITO il Relatore Professor Michele Grillo;

VISTA la direttiva della Commissione 90/388/CEE del 28 giugno 1990, e le successive integrazioni e modificazioni, in materia di concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazioni;

VISTA in particolare la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 97/33/CE del 30 giugno 1997, sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, "Istituzione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo";

VISTO il "Regolamento di attuazione delle direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni", approvato con D.P.R. 19 settembre 1997, n. 318;

VISTA la Delibera dell'AGCOM n. 02/03/CIR, del 27 febbraio 2003, relativa alla "Valutazione e richiesta di modifica dell'offerta di riferimento per l'anno 2002 di Telecom Italia";

VISTE le segnalazioni di operatori di telecomunicazioni, nelle quali si sostiene l'abusività di alcune condotte poste in essere da Telecom Italia S.p.A., consistenti nella formulazione di proposte commerciali all'utenza affari caratterizzate da un intento escludente dei concorrenti sui mercati dei servizi di telecomunicazioni su rete fissa;

VISTO il bando di gara a procedura aperta per la fornitura di servizi di telecomunicazione alla Pubblica Amministrazione, indetta nel luglio 2002 dalla CONSIP S.p.A., in particolare il Lotto A, "per la stipula di una Convenzione per l'affidamento dei servizi di telefonia fissa, di base e aggiuntivi, di connettività IP, fornitura ed ottimizzazione di Local Loop, nonché servizi connessi di fatturazione e rendicontazione, di manutenzione e assistenza e di reportistica [...]";

VISTO l'avviso dell'esito della gara, mediante il quale si dà notizia dell'aggiudicazione in data 9 dicembre 2002 della summenzionata gara, limitatamente al Lotto A, alla società Telecom Italia S.p.A., per un'offerta dal valore complessivo di 488,731 milioni di euro;

CONSIDERATO che alcuni operatori di telecomunicazioni concorrenti di Telecom Italia S.p.A. hanno sostenuto che le condizioni economiche definite da tale società nell'offerta per la suddetta gara sarebbero state incompatibili con i costi su di loro gravanti nel 2002 per l'utilizzo in interconnessione della rete della stessa Telecom Italia S.p.A., con conseguente ostacolo allo sviluppo di dinamiche concorrenziali nei mercati dell'offerta di servizi di telecomunicazioni su reti fisse per l'utenza affari;

VISTA la delibera adottata in data 5 giugno 2003, con la quale è stata avviata un'istruttoria, ai sensi degli articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti di Telecom Italia S.p.A. volta ad accertare eventuali violazioni dell'articolo 3 della legge citata;

VISTA le proprie delibere adottate in data 25 marzo 2003 e 29 luglio 2004, con le quali il termine di conclusione del procedimento è stato differito al 16 ottobre e successivamente al 16 novembre 2004, al fine di dar luogo ad ulteriori approfondimenti istruttori e, al contempo, garantire il più ampio esercizio del diritto di difesa;

VISTE le memorie finali depositate da Telecom Italia Spa, Albacom Spa, WIND Telecomunicazioni Spa, COLT Spa e Assoprovider, pervenute in data 24 settembre 2004;

SENTITI davanti al Collegio, in data 29 settembre 2004, in audizione finale, i rappresentanti delle società Telecom Italia Spa, Albacom Spa, FastWeb Spa, WIND Telecomunicazioni Spa, Colt Spa, CONSIP Spa, Tiscali Spa, Assoproducer;

VISTA la documentazione depositata da FastWeb Spa in data 29 settembre 2004;

VISTA l'ulteriore documentazione depositata da Telecom Italia Spa in data 4 ottobre 2004;

VISTA la propria richiesta di parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249, inoltrata in data 15 ottobre 2004;

VISTO il parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, pervenuto in data 12 novembre 2004;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. PREMESSA

A) LE SEGNALAZIONI DI ALCUNI OPERATORI CONCORRENTI

1. Con segnalazioni pervenute all'Autorità già nel marzo 2001, che richiamavano peraltro precedenti denunce, alcuni operatori concorrenti di Telecom Italia (TI d'ora in avanti) lamentavano l'attuazione da parte di tale ultima società di strategie escludenti poste in essere attraverso offerte commerciali rivolte ai loro clienti *business*, di natura anticompetitiva in quanto tendenti a sottrarre tale clientela mediante l'applicazione di condizioni economiche personalizzate per i servizi offerti, escludenti della concorrenza.

2. Con riferimento ad una particolare categoria di clientela *business*, vale a dire quella rappresentata dalle amministrazioni pubbliche, alcuni operatori, e in particolare ALBACOM S.p.A. (ALBACOM d'ora in avanti), nel corso del 2003 avevano poi sostenuto, attraverso gli organi di stampa, che l'offerta con la quale TI, partecipando alla gara indetta da CONSIP nel corso del 2002 per la fornitura dei servizi di telecomunicazioni e di connettività IP alla Pubblica Amministrazione, si sarebbe aggiudicata la fornitura stessa, sarebbe stata ampiamente sottocosto, alla luce delle condizioni economiche di interconnessione contenute nell'Offerta di Interconnessione di Riferimento 2002 di Telecom Italia.

ALBACOM, unico altro soggetto che aveva partecipato alla gara, sarebbe quindi stato escluso dalla fornitura in quanto impossibilitato strutturalmente a competere con un'offerta che non avrebbe coperto neppure i suoi costi di interconnessione.

B) IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

3. Ritenendo suscettibili di approfondimento istruttorio il complesso degli elementi a sua disposizione, questa Autorità ha quindi deliberato, in data 5 giugno 2003, l'avvio dell'istruttoria nei confronti di TI per presunta violazione dell'articolo 3 della legge n. 287/90¹.

In particolare, nell'ambito del provvedimento di avvio dell'istruttoria, si ipotizzava la sussistenza di un comportamento di abuso di posizione dominante di TI posto in essere attraverso la realizzazione di politiche commerciali volte ad escludere gli altri operatori dal mercato per la fornitura di servizi di telecomunicazioni su rete fissa all'utenza finale affari e volte a preservare, così, la propria posizione dominante su tale mercato. Tale strategia escludente si sarebbe

¹ *[Ravvisata la necessità di prendere conoscenza di tutti gli elementi di fatto concernenti i comportamenti oggetto del provvedimento di avvio di istruttoria ed il contesto nel quale essi si inserivano, l'Autorità ha deliberato, in data 11 giugno 2003, di procedere ad un accertamento ispettivo presso le sedi e i locali di TI, ai sensi dell'articolo 14, comma 2, della legge n. 287/90. Il suddetto accertamento ispettivo è stato svolto in data 13 giugno 2003 presso diverse sedi di TI e ha portato all'acquisizione di ampio materiale documentale relativo ai mercati e ai comportamenti oggetto di istruttoria.]*

concretizzata, tra l'altro, nella formulazione, sia nei riguardi della clientela affari privata, sia in occasione della presentazione di offerte in gare pubbliche (in particolare, nel caso di procedure centralizzate come quella della CONSIP), di condizioni economiche di offerta non replicabili dai concorrenti, in quanto incompatibili con i costi di interconnessione che tutti gli operatori alternativi dovevano sostenere per la presentazione di offerte analoghe.

4. A seguito di motivata richiesta di partecipazione all'istruttoria ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lett. b), del d.P.R. n. 217/98, sono state ammesse a partecipare al procedimento l'Assoprovider, le società FASTWEB S.p.A., ALBACOM S.p.A., WIND Telecomunicazioni S.p.A., COLT S.p.A., TISCALI S.p.A. e CONSIP S.p.A.; tutti questi soggetti sono stati sentiti in audizione e hanno prodotto studi e memorie relativi ai comportamenti di TI oggetto di contestazione.

5. Con provvedimento del 25 marzo 2004, tenuto conto della complessità degli elementi da valutare, considerata la necessità di dar luogo ad ulteriori approfondimenti istruttori e di garantire il pieno esercizio del contraddittorio da parte dei soggetti intervenuti nel procedimento, nonché il più ampio esercizio del diritto di difesa, l'Autorità ha disposto una proroga del termine di conclusione del procedimento al 16 ottobre 2004.

6. In data 16 luglio 2004 è stata inviata alle parti la Comunicazione delle risultanze istruttorie. Successivamente, con provvedimento del 29 luglio 2004 il termine di conclusione del procedimento è stato prorogato al 16 novembre 2004, su istanza di TI motivata dal pieno esercizio della difesa.

La società TI e le altre parti del procedimento hanno poi trasmesso le loro memorie difensive in data 24 settembre 2004 e sono state sentite in audizione dinanzi al collegio in data 29 settembre 2004; in data 4 ottobre 2004 TI ha infine depositato ulteriore documentazione relativa ad impegni assunti dalla società stessa nei confronti degli altri OLO.

Le società parti dell'istruttoria hanno in più occasioni esercitato il diritto di accedere agli atti del fascicolo.

II. LE PARTI

a) Telecom Italia S.p.A.

7. TI è una società congiuntamente controllata da Pirelli S.p.A. e da Edizione Holding S.p.A.² ed ha per oggetto della propria attività l'installazione e la fornitura di infrastrutture di telecomunicazioni e l'offerta dei relativi servizi. In particolare, TI è titolare della rete pubblica commutata, attraverso la quale fornisce servizi di interconnessione ad altre imprese per la loro operatività sui mercati dei servizi finali. TI opera con diversi marchi, rivolgendo la propria offerta tanto a soggetti rivenditori di servizi quanto all'utenza finale affari e residenziale, fornendo servizi di telefonia fissa, mobile e satellitare, servizi di trasmissione dati e accesso a Internet, servizi di connettività, servizi di rete e accesso a infrastrutture, servizi connessi al commercio elettronico, creazione di siti web, offerta di soluzioni Internet/Intranet/Extranet alle aziende, vendita di spazi pubblicitari on-line e servizi multimediali.

Nell'esercizio 2003, il gruppo Telecom ha realizzato un fatturato consolidato a livello mondiale di 30,8 miliardi di euro, di cui circa 26,8 miliardi di euro per vendite nell'Unione Europea e 24,6 miliardi di euro in Italia. Nello stesso anno il fatturato realizzato dalla capogruppo Telecom Italia S.p.A. risulta di circa 17 miliardi di euro, dei quali 16,5 miliardi di euro per vendite e prestazioni nell'Unione Europea e 15,8 miliardi in Italia.

b) WIND Telecomunicazioni S.p.A.

8. WIND Telecomunicazioni S.p.A. (WIND d'ora in avanti), dal giugno 2003 controllata in via esclusiva da Enel S.p.A., è un'impresa attiva nella progettazione, sviluppo, realizzazione,

² [Cfr. decisione della Commissione Europea nel caso n. IV/M. 2574, Pirelli/Edizione/Olivetti/ Telecom Italia, del 20 settembre 2001, in GUCE n. C 325, del 21 novembre 2001]

installazione, manutenzione e gestione di reti di telecomunicazioni e del relativo software, nonché nella predisposizione di una rete commerciale, distributiva e di assistenza finalizzata alla prestazione di servizi di telecomunicazioni, tra cui servizi di telefonia vocale e telefonia mobile, servizi di trasmissione di messaggi in voce, dati, video e altri servizi a valore aggiunto (telefonia per gruppi chiusi, ecc.), servizi di accesso ad Internet e, attraverso It-Net, altresì servizi di commercio elettronico e di raccolta pubblicitaria on-line.

Inoltre, WIND ha ottenuto la licenza individuale per l'installazione e l'esercizio di sistemi di comunicazione mobile di terza generazione (UMTS) e la licenza individuale per reti radio larga banda punti-multipunti (Wireless local loop).

Il fatturato realizzato dalla società WIND, nell'esercizio 2003, è stato pari a circa 4,1 miliardi di euro, interamente realizzato in Italia.

c) Albacom S.p.A.

9. La società ALBACOM S.p.A. (d'ora in poi ALBACOM) offre servizi di telecomunicazioni nei mercati liberalizzati sin dal 1995; essa ha ottenuto una licenza individuale per l'offerta del servizio pubblico di telefonia vocale, rilasciata dal Ministero delle Comunicazioni in data 6 aprile 1998.

ALBACOM ha realizzato una rete fissa di telecomunicazioni con copertura nazionale di oltre 7.600 km; a partire dalla fine del 1998, ALBACOM offre anche servizi di telefonia vocale pubblica con particolare riferimento alla clientela affari, nonché servizi di trasmissione dati, servizi di accesso a Internet e, in generale, servizi a valore aggiunto.

ALBACOM è controllata congiuntamente da ENI S.p.A (35%), British Telecommunications Plc. (26%), Banca Nazionale del Lavoro (19,5%) e Mediaset S.p.A (19,5%).

Nell'esercizio chiuso il 31 marzo 2004, ALBACOM ha realizzato in Italia un fatturato di circa 651 miliardi di euro.

d) FASTWEB S.p.A.

10. FASTWEB S.p.A. (d'ora in poi FASTWEB) è una società che svolge principalmente attività di sviluppo, realizzazione e gestione di sistemi di telecomunicazioni, con particolare riguardo ai sistemi di telecomunicazioni in banda larga per la trasmissione di dati, di video e per la telefonia nazionale e internazionale. FASTWEB è attiva nella fornitura di servizi basati sull'accesso a larga banda e con protocollo IP, tra i quali fonia, accesso a Internet, *video on demand*, rivolti tanto all'utenza residenziale quanto affari. FASTWEB realizza altresì connessioni dirette in fibra ottica per il collegamento dei propri clienti residenziali e affari.

Il capitale sociale di FASTWEB è interamente detenuto dalla società e.Biscom, che ne detiene il controllo esclusivo.

Nel corso del 2003, e.Biscom ha realizzato un fatturato consolidato pari a circa 529 milioni di euro, di cui circa 438 milioni per vendite di FASTWEB in Italia.

e) TISCALI S.p.A.

11. TISCALI S.p.A. (di seguito TISCALI) è un operatore di telecomunicazioni a capo di un gruppo attivo, a livello internazionale, nella fornitura di servizi di telefonia vocale, accesso a *Internet*, trasmissioni dati e servizi a valore aggiunto ed è quotata al Nuovo Mercato di Milano (TIS) e al *Nouveau Marché* di Parigi. La società è, infatti, titolare dal 22 aprile 1998 (con estensione geografica nazionale dal 1° marzo 1999) di una licenza individuale per l'installazione di una rete pubblica di telecomunicazioni allo scopo di prestare servizi di telefonia vocale in Italia, nonché di una autorizzazione generale per la fornitura di servizi di trasmissione dati e di accesso a *Internet*. Il capitale sociale di TISCALI è detenuto, per una quota pari al 29% da una persona fisica, per una quota pari al 16,4% dalla Fondazione Sandoz, per quote rispettivamente pari al 3,3% dalle società Europ@web e Kingfisher plc e per la restante quota del 48% da un azionariato diffuso. La società ha realizzato nel 2003 un fatturato pari a oltre 901 milioni di Euro.

f) COLT Telecom S.p.A.

12. COLT Telecom S.p.A. (COLT d'ora in avanti) è un operatore attivo nella fornitura di servizi di telecomunicazioni (voce, trasmissione dati, *e-Business* e reti) a larga banda in fibra ottica per aziende e organi istituzionali. Nel marzo 1998, la società ha ottenuto dal Ministero delle Comunicazioni una licenza individuale per l'offerta del servizio pubblico di telefonia vocale, nonché una licenza per l'installazione e la fornitura di reti di telecomunicazioni pubbliche. COLT possiede, infatti, una rete proprietaria in fibra ottica che collega varie città italiane, tra cui Milano, Roma e Torino.

Il capitale sociale di COLT è interamente detenuto dalla società capogruppo COLT Telecom Group plc., società di diritto inglese quotata alla Borsa di Londra e al Nasdaq.

Nel 2003, il gruppo COLT ha realizzato un fatturato di circa 1,6 miliardi di euro, di cui circa 107,5 milioni di euro per vendite in Italia attraverso la consociata italiana COLT.

g) CONSIP S.p.A.

13. CONSIP S.p.A. (di seguito CONSIP) è una società indirettamente controllata dal Ministero del tesoro: il suo capitale è, infatti, interamente detenuto dalla società Concessionaria Servizi Assicurativi Pubblici-CONSAP Spa, a sua volta partecipata al 100% dal Ministero.

Con decreto ministeriale del 24 febbraio 2000, il Ministero del tesoro ha individuato nella CONSIP la società alla quale affidare la gestione delle procedure per la conclusione delle convenzioni di cui all'articolo 26 della legge n. 488/99 del 23 dicembre 1999, "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*" (c.d. legge finanziaria 2000). Il medesimo decreto precisa che, nello svolgimento di tale mandato, la CONSIP "*assume espressamente la funzione di amministrazione aggiudicatrice ai sensi della normativa vigente*".

h) Assoprovider

14. L'Associazione Providers Indipendenti (ASSOPROVIDER d'ora in avanti) raccoglie circa 200 aziende di piccole e medie dimensioni, che operano nel settore dei servizi Internet e della connettività. Dal dicembre del 2000, l'associazione è affiliata alla Confcommercio.

III. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

A) I MERCATI RILEVANTI

15. Con riferimento al caso di specie in cui TI, operatore verticalmente integrato, avrebbe posto in essere, in virtù del vigente regime di fruizione della necessaria capacità trasmissiva commutata e dedicata (interconnessione e linee affittate) che utilizzano i suoi concorrenti, politiche commerciali nell'offerta di servizi di telecomunicazioni su rete fissa all'utenza finale affari volte ad escludere dal mercato i concorrenti, ai fini del presente procedimento assumono rilievo entrambi gli ambiti competitivi *all'ingrosso e al dettaglio* sopraccitati, con esclusivo riferimento alla clientela affari.

16. In particolare, avuto riguardo ai *servizi intermedi* necessari a TI come anche ai suoi concorrenti per la fornitura dei servizi agli utenti finali, ai fini del presente procedimento si individuano i seguenti mercati rilevanti a monte:

1. *il mercato dei servizi di interconnessione su rete fissa;*
2. *il mercato all'ingrosso dell'accesso alla rete locale;*
3. *il mercato delle linee affittate.*

17. Avuto riguardo all'insieme dei *servizi al dettaglio* offerti da TI nelle proposte commerciali all'utenza business soggette ad analisi nel presente procedimento, in base alle risultanze emerse nel corso dell'analisi istruttoria, si è evidenziato che, pur a fronte di una tendenza, da parte delle aziende, a presentare un'offerta integrata ricomprensiva diversi servizi di telecomunicazione su rete fissa (tipicamente fonia, dati e accesso a Internet), permangono distinte esigenze della

domanda, la quale spesso utilizza differenti fornitori per i vari servizi, oppure richiede uno solo dei suddetti servizi, ma non necessariamente tutta la gamma disponibile.

18. Considerando anche che i servizi di accesso, di fonia, di trasmissione dati e di connessione a Internet rispondono a bisogni distinti e non sostituibili, nel seguito si analizzerà il contesto competitivo dell'offerta di servizi di telecomunicazioni su rete fissa all'utenza business con riguardo a quattro distinti mercati rilevanti a valle:

1. *il mercato dei servizi di accesso alla rete telefonica;*
2. *il mercato dei servizi di fonia (ricomprensenti i servizi di telefonia vocale su base locale, nazionale, internazionale e verso terminali mobili);*
3. *il mercato dei servizi di trasmissione dati;*
4. *il mercato dei servizi di accesso a Internet.*

1. I mercati dei servizi intermedi

1.1 L'estensione geografica nazionale dei mercati in analisi

19. Con riferimento a tutti i mercati dei servizi intermedi, in considerazione dell'estensione nazionale delle reti di telecomunicazioni, della rilevanza nazionale della regolamentazione in materia, nonché della minore convenienza, in termini economici, di avvalersi di analoghi servizi di telecomunicazione offerti da operatori stranieri, la dimensione geografica dei mercati interessati, in linea con l'orientamento nazionale e comunitario, coincide con il territorio nazionale. Considerate le caratteristiche delle offerte commerciali oggetto del presente procedimento, tale valutazione permane, nel caso di specie, anche con riferimento alla fornitura di servizi di linee affittate.

1.2 Il mercato dei servizi di interconnessione su rete fissa

1.2.1 Il mercato del prodotto

20. I servizi di interconnessione ricomprendono i servizi di raccolta, terminazione e trasporto commutato (o servizio di transito) che ciascun operatore di telecomunicazioni offre sulla propria rete ad un altro gestore interconnesso, dietro corresponsione di un compenso generalmente calcolato sulla base del costo di impegno della rete per unità di tempo.

21. Con riferimento ai prodotti/servizi di interesse per il caso in oggetto, anche in considerazione del periodo di riferimento dei comportamenti contestati, si ritengono sussistere evidenti motivazioni per considerare i servizi di interconnessione fissa e mobile come costituenti due distinti mercati, laddove viceversa non risultano elementi che possano indurre a considerare rilevanti le possibili segmentazioni del mercato sulla base della tipologia di clientela residenziale e affari, o su base geografica. Il mercato dell'interconnessione su rete fissa è da intendersi, quindi, come il mercato dei servizi di interconnessione relativi a tutte le reti di telecomunicazioni fisse, comprensivo altresì del servizio di interconnessione interna, che interessa tutte le chiamate originate e terminate all'interno della medesima rete³.

1.2.2 La struttura del mercato e la posizione dominante di Telecom Italia

22. Per quanto concerne la struttura del mercato relativo alla fornitura dei servizi di interconnessione su rete fissa così come esso è stato definito, si rileva una situazione di assoluta prevalenza dell'offerta di TI.

23. In relazione alle quote di mercato esibite da TI nel mercato di riferimento, queste sono state, secondo i dati presentati dalla stessa società nei tre anni considerati ai fini della valutazione

³ *[Vale, inoltre, precisare che, malgrado la sussistenza di una diversa analisi regolamentare (Cfr. in particolare la Del. n. 219/02/CONS), non riscontrandosi motivazioni né tecniche né di prezzo per l'individuazione di un mercato distinto, ai fini del presente procedimento il servizio di terminazione delle chiamate per l'accesso a Internet concorre alla formazione delle quote in volume e in valore detenute dagli operatori nel mercato dei servizi di interconnessione su rete fissa.]*

dell'abuso (2001, 2002 e 2003) pari rispettivamente a [81-91%]⁴, [72-82%] e [52-62%] (doc. 522.19, pag. 4). Correggendo i dati forniti attribuendo più correttamente a TI tutti i proventi da interconnessione ad essa pertinenti, la quota di TI per il 2003 sul mercato rilevante in esame risulta essere di circa [69-79%]⁵.

Si deve osservare che negli stessi anni, il principale operatore concorrente, WIND, ha indicato per TI quote rispettivamente del 91,6%, dell'85% e dell'81,7%, e per se stessa del [0-10%] per il 2001, circa di [2-12%] per il 2002 e del [5-15%] per il 2003 (doc. nn. 507.19, pag. 4 e 534.20)⁶.

24. La suddetta posizione di mercato di TI deve essere altresì valutata congiuntamente a una serie di altri elementi, fra i quali in primo luogo la titolarità della rete pubblica commutata capillarmente diffusa su tutto il territorio nazionale. L'indubbia e significativa esperienza di TI nella fornitura di prodotti e servizi e la facilità di accesso alle risorse finanziarie si accompagnano, infatti, in virtù del ridotto sviluppo del processo di disaggregazione della rete locale di TI, nonostante l'avvenuto completamento del quadro regolamentare in materia, al persistere, in capo alla società, di un livello di controllo dell'accesso alla clientela finale non confrontabile con nessun altro operatore sul mercato. Sulla base della quota di mercato detenuta da TI nel mercato di cui trattasi, nonché delle considerazioni fin qui sviluppate, che tendono a qualificare come stabile la quota di mercato suddetta; considerando altresì l'esistenza di barriere all'entrata di natura tecnica ed economica sul mercato, si ritiene che TI abbia detenuto per tutto il periodo considerato una posizione dominante nel mercato dei servizi di interconnessione su rete fissa.

1.3 Il mercato all'ingrosso dell'accesso

1.3.1 Il mercato del prodotto

25. Per fornire servizi di comunicazione, un operatore deve poter connettere l'utenza finale all'infrastruttura di rete sulla quale viene fornito il servizio. Teoricamente, l'accesso alla clientela finale, in particolare a quella business, può essere ottenuto con diverse modalità tecniche, fra cui, oltre al collegamento fisico in rame con la rete pubblica commutata, anche con un accesso diretto con una linea affittata, con una connessione in fibra, ecc... In considerazione tuttavia della diversità delle condizioni di offerta dei diversi collegamenti (disponibilità degli accessi differenziata geograficamente sul territorio nazionale, differenti condizioni economiche dei collegamenti, differenti condizioni regolamentari per i diversi servizi), e della scarsità e ridotta estensione dei collegamenti di accesso alle reti alternative a quelli della rete telefonica pubblica commutata, appare individuabile un distinto mercato all'ingrosso dei servizi di accesso alla rete pubblica commutata che consiste nella fornitura da parte del titolare della rete pubblica commutata dei servizi di accesso disaggregato alla rete locale (cd. Unbundling del Local Loop o ULL) agli OLO⁷.

⁴ *[Nella presente versione alcuni dati sono omissi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.]*

⁵ *[Con riferimento al valore di tale ultima quota per il 2003, la Parte ha specificato che essa è stata ottenuta, diversamente che nel passato, sottraendo i ricavi realizzati da Telecom Italia Sparkle per l'instradamento del traffico internazionale uscente via centrale internazionale, pari a circa 415 milioni di euro. A tale riguardo, vale osservare che i ricavi di cui trattasi, afferendo a servizi di interconnessione fatturati a listino, sono da considerarsi comunque di pertinenza di TI, ancorché fatturati da una separata società.]*

⁶ *[Si precisa che tanto i dati forniti da TI che quelli forniti da WIND ricomprendono sia la terminazione interna che la terminazione esterna. I dati considerati, per il 2002 e 2003 sono elaborazioni sulle informazioni WIND fornite in data 28.05.2004, doc. n. 534.20.]*

⁷ *[La parte locale della PSTN (Public Switched Telephone Network - rete pubblica commutata di telecomunicazioni) corrisponde al tratto di rete ricompreso fra una centrale locale (SL, Stadio di Linea) e la sede dell'abbonato e viene individuata con le denominazioni "rete di distribuzione", "rete di accesso locale" o anche "anello locale". Sotto il profilo tecnico, per "anello locale" (local loop) si intende il circuito fisico che collega i locali del cliente alla centrale di commutazione locale (o ad altra apparecchiatura equivalente) dell'operatore. Tale collegamento, in genere, si presenta come una serie di coppie o "doppini" in rame.]*

1.3.2 La struttura del mercato e la posizione dominante di Telecom Italia

26. L'esclusiva proprietà da parte di TI della rete pubblica commutata comporta che la stessa sia titolare di una posizione dominante anche nel mercato dell'accesso disaggregato alla parte locale della rete telefonica pubblica fissa.

Infatti, la configurazione monopolistica del mercato consente di derivare immediatamente la sussistenza di una posizione dominante in capo a TI. Tale posizione di dominanza è inoltre destinata a essere durevole, considerate le notevoli barriere all'entrata in relazione ai notevoli investimenti necessari per duplicare la rete di TI esistente e i vantaggi di costo di TI determinati dalle economie di scala e densità di cui essa gode.

1.4 Il mercato delle linee affittate

1.4.1 Il mercato del prodotto

27. Le linee affittate o circuiti diretti (c.d. *leased lines*), in quanto infrastrutture di telecomunicazione che forniscono capacità di trasmissione trasparente tra punti terminali di una stessa rete e che non includono la commutazione su richiesta, permettendo in sostanza il collegamento diretto e dedicato tra punti terminali della rete, sono componenti di una rete di telecomunicazioni che costituiscono per gli operatori un bene intermedio al fine della fornitura di servizi di telecomunicazioni agli utenti finali.

1.4.2 La struttura del mercato e la posizione dominante di Telecom Italia

28. In relazione alla struttura del mercato della fornitura di capacità trasmissiva dedicata su linee affittate, si deve quindi rilevare che l'offerta di TI rappresenta ancora la quasi totalità del mercato, a fronte della scarsa rilevanza della fornitura di linee affittate da parte di operatori concorrenti, soprattutto con riguardo al segmento dei circuiti di breve distanza, in relazione ai quali gli investimenti degli operatori alternativi risultano essere ad oggi limitati e, comunque, circoscritti alle principali aree urbane.

29. Nel corso del procedimento TI ha dichiarato di aver realizzato nel corso del 2003 un fatturato per vendita di linee affittate pari a [omissis] milioni di euro, di cui [omissis] milioni alla clientela finale e [omissis] milioni ad altri operatori, corrispondente ad una quota di mercato pari a [83-93%] (doc. 491.18, pag. 5, e doc. 533.20, pag. 3). I principali concorrenti, secondo le stime del medesimo operatore, sarebbero pari al 2-3% per Infracom (ex Autostrade Tlc), comprese tra l'1% e il 2%, per Wind, Fastweb e Colt, mentre tutti gli altri operatori avrebbero quote ampiamente inferiori all'1% (doc. 533.20, pag. 3).

Wind ha fornito invece come propria stima per il 2003 un valore del mercato pari a 1.373 milioni di euro, indicando per TI una quota su tale mercato dell'87,1%, seguita da ALBACOM con una quota di [2-12%] e infine da WIND Telecomunicazioni stessa, che avrebbe una quota di [0-6%] (doc. 507.19, pag. 5 e doc 534.20)⁸.

30. In considerazione della posizione di assoluta preminenza detenuta da TI in termini di quota di mercato, nonché della titolarità in capo a tale società della rete pubblica commutata, presente capillarmente su tutto il territorio nazionale e che costituisce quindi il principale fattore produttivo per l'offerta di capacità trasmissiva dedicata, soprattutto a livello locale; considerando la difficoltà da parte dei concorrenti, pur presenti marginalmente in alcune specifiche realtà territoriali a più alta redditività, di replicare un'infrastruttura a livello nazionale sulla base della quale poter competere nel mercato delle linee affittate con TI, tale ultima società risulta detenere una posizione dominante nel mercato di cui trattasi.

⁸ [Altri operatori hanno indicato una posizione nel mercato delle linee affittate molto più rilevante in capo a TI, pari a circa il 94%, a cui seguirebbero ALBACOM, Wind e Fastweb, con quote comprese tra l'1,4% e l'1% (dati ALBACOM, in doc. 510.19, pag. 3, in cui, tuttavia, si precisa che le quote di mercato, riferite ai ricavi degli operatori in questione, non includono i CDN per il backbone degli operatori OLO, né i casi di rivendita di linee affittate acquistate da TI, le quali sono attribuite al segmento di mercato definito "CDN OLO").]

2. I mercati dei servizi finali

31. Con riferimento ai servizi finali offerti all'utenza business, come più sopra accennato ai fini del presente procedimento si definiscono almeno quattro distinti mercati rilevanti.

In primo luogo, è possibile definire un mercato dei servizi di accesso, in quanto per poter fruire dei servizi di comunicazione forniti sulle infrastrutture di rete, un utente deve preliminarmente potersi avvalere di un collegamento alle suddette infrastrutture. Tale mercato è distinto da quello dei servizi di telecomunicazione a traffico, che possono anche essere forniti a un determinato utente da un soggetto diverso da quello che offre accesso⁹.

32. Con riferimento poi ai servizi offerti una volta che l'utente sia connesso alla rete, il secondo ambito di competizione rilevante per il procedimento è quello della fornitura di servizi a traffico di telecomunicazioni su rete fissa per la clientela affari, che ricomprende i distinti mercati dei servizi di telefonia vocale, di trasmissione dati e connettività IP.

2.1 Il mercato dell'accesso per clienti business

2.1.1 Il mercato del prodotto

33. Il servizio di accesso alla rete consiste nella fornitura agli utenti finali di una connessione da una postazione fissa allo scopo di usufruire di servizi di telecomunicazione (voce e dati).

Generalmente, l'accesso alla rete pubblica commutata agli utenti finali è fornito mediante la rete in rame di TI, sia direttamente dalla società che dai concorrenti di questa sulle tratte della parte locale della rete offerte in unbundling da TI stessa.

34. Pur individuandosi sul piano tecnico diverse infrastrutture atte a consentire l'accesso diretto al cliente da parte di un operatore entrante, quali la rete di accesso locale degli operatori storici (ossia i doppi in rame che collegano gli abbonati ai permutatori più vicini), le reti in fibre ottiche, gli anelli senza filo (*wireless local loop*) e le reti TV via cavo di tipo avanzato, le soluzioni alternative al doppi in rame dell'operatore storico non possono considerarsi ad esso equivalenti per fornire servizi di telecomunicazione a larga banda e a banda stretta sul territorio nazionale, in quanto non offrono la medesima funzionalità e ubiquità¹⁰.

2.1.2 Il mercato geografico

35. Lasciando impregiudicata ogni eventuale e successiva valutazione in ordine alla possibilità di definire ambiti competitivi locali per il mercato del prodotto in esame, la dimensione geografica rilevante con riferimento al caso di specie deve considerarsi quella nazionale. Pertanto, l'ambito geografico nel quale la concorrenza sui servizi di accesso normalmente dovrebbe avere luogo, in assenza di strozzature, è costituito proprio dal territorio nazionale¹¹.

2.1.3 La struttura del mercato e la posizione dominante di TI

36. La fornitura del servizio di accesso all'utenza finale rappresenta, in linea generale, uno dei segmenti meno concorrenziali del mercato liberalizzato delle telecomunicazioni, in quanto i nuovi operatori che entrano sul mercato non dispongono di estese infrastrutture di rete alternative e

⁹ [Si pensi al caso della *carrier selection (CS)* e della *carrier pre-selection (CPS - preselezione automatica fornita da TI)*, in cui l'accesso è fornito all'utente da TI ma il servizio telefonico da un operatore diverso che acquista da TI il servizio di raccolta delle chiamate.]

¹⁰ [A tale riguardo, vale, inoltre, osservare che sussiste comunque in Italia una ancora limitata diffusione delle connessioni in fibra ottica, e in particolare la presenza di tali tipi alternativi di accesso, dati i rilevanti costi di investimento, si verifica solo in particolari aree geografiche a più spiccata redditività, con particolare riferimento ad un numero limitato di aree urbane.]

¹¹ [Le "strozzature" che si registrano nella fornitura di infrastrutture e connettività nonché di servizi di telecomunicazioni su base locale non impediscono agli operatori entranti di sviluppare reti locali, di estensione più modesta, ad esempio nelle aree urbane densamente popolate, ma attraverso tali reti essi non sono di norma in grado di competere su scala nazionale con gli operatori storici fornendo una gamma di servizi altrettanto completa.]

non sono in grado, utilizzando le tecnologie di tipo convenzionale, di emulare le economie di scala e di scopo degli operatori storici nella rete fissa. Ciò in quanto per un periodo relativamente prolungato, gli operatori hanno diffuso le proprie reti di accesso locale protetti da diritti esclusivi e hanno potuto finanziare i costi di tali investimenti grazie a rendite di monopolio.

37. Secondo le informazioni prodotte da TI nel presente procedimento, nel 2002 sono state fornite ai concorrenti in totale (utenti residenziali e non) [omissis] linee attive in unbundling, percentualmente pari a [0-2%] delle linee telefoniche servite da TI. Nel 2003, il numero di linee in unbundling è stato pari a [omissis], equivalente a [1-3%] delle linee telefoniche servite da TI (dati TI, in doc. 491.18, pag.5).

38. Dai dati sopra esposti e, in particolare dal numero estremamente esiguo di linee in unbundling sinora realizzato, si deduce la sussistenza di una posizione di dominanza in capo a TI sul mercato di cui trattasi.

Tale posizione ha inoltre caratteristiche di stabilità per le più volte menzionate difficoltà tecniche ed economiche che gli operatori concorrenti incontrano nel duplicare le infrastrutture di rete di TI.

2.2 Il mercato dei servizi di fonia offerti all'utenza business

2.2.1 Il mercato del prodotto

39. Il secondo mercato *retail* rilevante per il procedimento in oggetto è quello relativo alla fornitura dei servizi di telefonia vocale su base locale, nazionale, internazionale e verso terminali mobili rivolti alla clientela affari, privata e pubblica.

40. In generale, quindi, il mercato di riferimento è costituito da differenti segmenti, ciascuno relativo alle diverse direttrici di traffico. Ogni segmento potrebbe costituire un mercato distinto, in quanto il servizio offerto risponde ad una specifica esigenza della domanda. Ai fini e nei limiti del presente procedimento, tuttavia, in considerazione del fatto che, a seguito del completamento del processo di liberalizzazione della telefonia vocale, la maggioranza degli operatori di telecomunicazioni possono offrire l'intera gamma delle comunicazioni vocali, nonché della circostanza che effettivamente le offerte di cui trattasi nel caso di specie sono offerte che comprendono contestualmente tutte le direttrici considerate, non si ritiene nell'ambito della presente analisi, pur senza alcun pregiudizio per eventuali future diverse e più specifiche individuazioni di mercati rilevanti, considerare mercati del prodotto più ristretti rispetto a quello generale dei servizi di fonia rivolti all'utenza business.

2.2.2 Il mercato geografico

41. In considerazione della natura dei servizi offerti, la fornitura dei servizi di fonia vocale può riguardare l'ambito locale, quello nazionale e quello internazionale.

Il presente procedimento interessa tuttavia unicamente l'ambito di competizione a livello nazionale, che deve considerarsi distinto in funzione della sussistenza di barriere amministrative, in quanto la normativa vigente prevede che l'ingresso sul mercato sia subordinato all'ottenimento delle licenze aventi validità limitata al territorio nazionale, nonché in ragione della necessità di avvalersi, per l'offerta dei servizi, di infrastrutture di rete localizzate sullo stesso territorio nazionale.

2.2.3 La struttura del mercato e la posizione dominante di Telecom Italia

42. Per ciò che concerne le posizioni dei vari operatori su tale mercato, che ha avuto un valore, secondo le stime di TI di 3.205 milioni di euro nel 2001, di 3.202 milioni di euro nel 2002 e di 1588 milioni di euro nel primo semestre del 2003, vale osservare che si riscontrano, con

riferimento alla fornitura del complesso dei servizi di fonia all'utenza *business*, le seguenti quote di mercato per i tre anni considerati, riferite ai volumi di traffico¹²:

TAB. 1. - IL MERCATO DEI SERVIZI DI FONIA SU RETE FISSA OFFERTI ALL'UTENZA BUSINESS, VARI ANNI
(Quote di mercato in volume di traffico)

	2001 %	2002 %	1° semestre 2003 %
Telecom Italia	[73-83]	[67-77]	[67-77]
Wind	[9-19]	[8-18]	[6-16]
Albacom	[0-5]	[3-8]	[5-9]
Tele 2	[0-3]	[1-4]	[2-6]
Altri	[0-5]	[3-8]	[5-9]

Fonte: dati TI (doc. n. 522.19).

43. Tanto WIND quanto TI hanno fornito poi quote in termini di fatturato, in un caso inclusive dei fatturati da canone, in un altro no, come mostrato nella seguente tabella.

TAB. 2. - IL MERCATO DEI SERVIZI DI FONIA SU RETE FISSA OFFERTI ALL'UTENZA BUSINESS, VARI ANNI (Quote di mercato in valore)

Operatori	2001		2002		2003	
	%		%		%	
	Con canoni (dati WIND)	Senza canoni (dati TI)	Con canoni (dati WIND)	Senza canoni (dati TI)	Con canoni (dati WIND)	Senza canoni (dati TI)
Telecom Italia	78,1	[70-80]	78,6	[65-75]	78,7	[65-75]
Wind	[3-13]	n.d.	[3-13]	n.d.	[2-12]	n.d.
Albacom	n.d.	n.d.	[2-12]	n.d.	[1,5-11,5]	n.d.

Fonte: rielaborazioni WIND su dati IDC (doc. n.507.19) e dati TI (doc. n. 522.19).

44. I dati forniti da WIND sulla posizione di TI in termini di ricavi sopra riportati evidenziano una quota crescente, tenuto conto anche dei ricavi generati dai canoni nel periodo preso a riferimento per i fatti oggetto di contestazione dell'operatore ex-monopolista, e una conseguente posizione di progressivo indebolimento degli altri OLO¹³. Laddove non si considerassero i ricavi da canoni, la quota di TI sarebbe invece pari al [70-80%], nel 2001, al [65-75%], nel 2002, e al [65-75%], nel 2003 (dati TI in doc. 522.19, pagg. 1 e 2).

L'andamento diversificato delle quote di mercato in valore è ascrivibile all'incremento del prezzo minutarario del canone, dimostrato dall'incremento dei ricavi totali da canoni riportato negli ultimi bilanci TI (+8% annuo nel periodo 1998-2003), a differenza del prezzo minutarario del traffico, i cui ricavi sono costantemente in diminuzione¹⁴. Tale diminuzione non rispecchia semplicemente la

¹² [Si precisa che la scelta di fornire le quote degli operatori in termini di volume di traffico deriva dal fatto che le stime fornite da TI relativamente agli operatori concorrenti sono espresse in tale unità di misura.]

¹³ [Secondo i dati forniti da Albacom, la quote di TI sarebbe stata pari all'82,3%, nel 2002, e all'81,7%, nel 2003, mentre Wind, Albacom, e Fastweb avrebbero quote comprese, rispettivamente, tra il 9% e il 2%, tutte decrescenti nel periodo di riferimento (doc. 521.19).]

¹⁴ [Cfr. sul punto la memoria di Albacom del 13 maggio 2004, in doc. 523.19, pag. 14, basata peraltro su un'analisi indipendente del Prof. Frova.]

riduzione dei prezzi dei servizi nel settore, ma appare funzione di precise politiche commerciali degli operatori, come illustrato in un rapporto predisposto da Frontier Economics per la stessa TI nell'ottobre 2003, in cui si afferma che nel mercato della fonia nazionale per utenze aziendali (*Business national calls market*), "[a]verage revenues per minute have fallen in each segment over the period 2000-2002. This decline has been greater than the decline in standard tariffs due to the existence of discount packages" (doc. 491.18, pag. viii-ix)¹⁵.

45. La sussistenza di una posizione dominante in capo a TI sul mercato di cui trattasi discende da considerazioni legate, in primo luogo, al permanere di consistenti quote di mercato in capo all'operatore storico, comunque non inferiori al 70% nel periodo preso in esame¹⁶, a prescindere dall'inclusione o meno dei ricavi da canone, i quali peraltro rappresentano una ingente fonte di introiti di cui solo l'ex-monopolista gode, pur essendo a carico della totalità degli utenti finali.

46. Tale conclusione è inoltre rafforzata da considerazioni più generali connesse, da un lato, alle rilevanti asimmetrie informative di cui TI gode nella predisposizione delle offerte economiche e, dall'altro, alla migliore accessibilità infrastrutturale della clientela, sopra evidenziata in relazione ai servizi di accesso. Quest'ultimo vantaggio, unito alle difficoltà tecnico-economiche di sviluppo delle reti, già evidenziate in relazione ai servizi all'ingrosso di interconnessione, caratterizzano ancora in termini di stabilità la posizione dominante di TI.

47. Le quote in valore fornite da ultimo dall'AGCom, relative al servizio fonia per singola direttrice di traffico, non solo confermano la sussistenza della posizione dominante di TI sul complesso dei servizi in questione, ma, altresì, danno conto di una rilevante inversione nella tendenza alla riduzione delle quote dell'operatore ex monopolista, il quale registra a partire dal 2002 addirittura un incremento della propria presenza su ciascuna categoria di servizi.

Tab. 3. - Quote in valore di TI sulle diverse direttrici di traffico

	2000	2001	2002	I° sem. 2003
Intradistr.	92,0	77,3	67,6	71,2
Interdistr.	86,2	80,2	75,3	76,9
F-M	81,1	75,5	68,8	70,1
Intz.	86,0	77,4	69,8	68,0

Fonte: AGCom (doc. n. 657.22).

2.3 I mercati dei servizi di trasmissione dati e dei servizi di accesso a Internet offerti all'utenza business

2.3.1 I due mercati del prodotto

48. Il terzo ambito di competizione sui servizi *retail* trattato nel presente procedimento consiste nell'insieme dei servizi di telecomunicazione non vocali offerti all'utenza finale business sulla base di tecniche di trasmissione dati mediante infrastrutture dedicate (reti dati) e di protocolli trasmissivi specifici. I suddetti servizi, consistenti principalmente nella fornitura di accesso a Internet e trasmissione dati, sono infatti distribuiti, per la parte di trasporto delle informazioni a livello nazionale, utilizzando infrastrutture di "backbone" basate sull'utilizzo di tecniche di commutazione c.d. "a pacchetto" diverse da quelle a commutazione di circuito usate per i servizi vocali.

¹⁵ [I segmenti del mercato business analizzati riguardano il traffico locale (-25%), interdistrettuale (-49%), fisso-mobile (-34%), e internazionale (-27%). Nell'insieme, le tariffe business per il traffico locale, interdistrettuale e internazionale sarebbero scese in media del 59% dal 1999 al 2002.]

¹⁶ [L'AGCom rileva infatti un peso complessivo della quota di TI nei servizi di fonia pari, nel 2001, al 77% e, nel 2002, al 70,8% (doc. 359.15).]

49. In base al costante orientamento della Commissione Europea e di questa Autorità, i servizi di accesso a Internet e i servizi di trasmissione dati costituiscono due distinti mercati rilevanti del prodotto, in ragione della non sostituibilità dei medesimi¹⁷.

50. I servizi di cui trattasi vengono forniti alla clientela affari sulla base di diverse metodologie trasmissive, fra le quali quelle c.d. "a larga banda" basate sull'applicazione di tecnologie x-DSL/SDH le quali appaiono aver progressivamente sostituito, in particolare per questa categoria di utenza, quelle c.d. "a banda stretta", segnatamente, l'accesso a Internet mediante il servizio di *dial-up* fornito sulla rete telefonica commutata.

51. In relazione all'evoluzione tecnologica che ha caratterizzato il settore, deve considerarsi la possibilità di individuare mercati distinti nel caso in cui i servizi siano basati sulla più recente piattaforma tecnologica a larga banda disponibile, alla quale sono associate applicazioni maggiormente evolute oppure, a parità di applicazioni, caratteristiche prestazionali e costi non comparabili alle tecnologie tradizionali. Tuttavia, le aziende operanti sui mercati di cui trattasi offrono generalmente entrambe le modalità trasmissive e appare ragionevole ritenere che la richiesta dell'utilizzo dell'una o dell'altra modalità sia correlata più alla dimensione/capacità di spesa dell'azienda cliente, che non all'esistenza di rilevanti differenze nelle esigenze della domanda di quest'ultima. Vale altresì osservare che le connessioni in *dial up* hanno progressivamente perso peso rispetto agli altri tipi di connessioni.

52. Conseguentemente, ai fini del presente procedimento, pur dettagliando, per i servizi di accesso a Internet, le posizioni degli operatori per i servizi forniti in *dial up* rispetto a quelli forniti con modalità trasmissive di più elevata capacità (*broad band*) non si ritiene di individuare ulteriori mercati distinti rispetto a quelli già definiti dei servizi di trasmissione dati e dei servizi di accesso a Internet per la clientela business. Vale, infatti, sottolineare che, conformemente alla giurisprudenza comunitaria "per essere considerato oggetto di un mercato sufficientemente distinto, il prodotto deve potersi identificare grazie a caratteristiche specifiche che lo distinguono dagli altri prodotti così da renderlo poco intercambiabile con essi e quasi insensibile alla loro concorrenza"¹⁸.

2.3.2 La dimensione geografica dei mercati considerati

53. In relazione alla dimensione geografica dei mercati considerati, in considerazione della natura dei servizi offerti, la fornitura agli utenti business dei servizi di trasmissione dati e accesso a Internet può riguardare ambiti nazionali, sovra regionali e mondiali. Il presente procedimento interessa tuttavia unicamente l'ambito di competizione a livello nazionale, che deve considerarsi distinto in funzione della sussistenza di barriere amministrative, in quanto la normativa vigente prevede che l'ingresso sul mercato sia subordinato all'ottenimento delle autorizzazioni amministrative aventi validità limitata al territorio nazionale, nonché in ragione della necessità di avvalersi, per l'offerta dei servizi, di infrastrutture di rete localizzate sullo stesso territorio nazionale.

¹⁷ [Infatti, i consumatori che acquistano un servizio di accesso a Internet hanno l'aspettativa di poter raggiungere tutti gli utenti collegati a Internet. Diversamente, la fornitura di servizi di trasmissione dati a utenti finali che utilizzano protocolli diversi da Internet, pur potendo consentire agli stessi di raggiungere altri utenti che utilizzano lo stesso protocollo, non permette il collegamento permanente e illimitato all'intera comunità degli utenti Internet, che costituisce l'obiettivo primario della domanda del relativo servizio. Cfr. in particolare il Prov. n. 9472, del 27 aprile 2001, Infostrada-Telecom Italia/Tecnologia ADSL, pubblicato in Bollettino n. 16-17/2001; Prov. n. 7978, del 28 gennaio 2000, AIP/Telecom, pubblicato in Bollettino n. 4/2000; il Prov. n. 5489, del 13 novembre 1997, Telecom Italia/Intesa, pubblicato in Bollettino n. 46/1997; il Prov. n. 8545 del 27 luglio 2000 - Telecom Italia/Seat Pagine Gialle, pubblicato in Bollettino n. 30/2000 ed il Prov. n. 8718 del 27 settembre 2000, Poste Italiane/Telecom Italia, pubblicato in Bollettino n. 39/2000. Cfr. anche la decisione della Commissione nel caso IV/M.1069, WorldCom/MCI, pubblicata in GUCE del 4 maggio 1999.]

¹⁸ [Così la Corte di Giustizia nella causa n. 27/76, United Brands v. Commissione, del 14 febbraio 1978, paragrafo 22, richiamata dalla decisione della Commissione del 4 ottobre 1995, relativa alle misure imposte al secondo operatore di servizi GSM in Italia, considerando 10.]

2.3.3 La struttura dei mercati rilevanti e la posizione dominante di TI

i. Il mercato dei servizi di trasmissione dati

54. Nell'offerta dei servizi di trasmissione dati operano in Italia circa una ventina di imprese, la maggioranza delle quali, con l'eccezione dei *provider* di dimensioni minori, sono le stesse che offrono servizi di accesso a Internet. Tra tali operatori figurano quindi i principali gestori dei servizi di telecomunicazioni (TI, ALBACOM, WIND e FASTWEB) e alcuni operatori internazionali (tra cui, ad esempio, COLT). Fra tutti gli operatori considerati, tuttavia, solo TI è in grado di garantire un'offerta completamente integrata di servizi e di collegamenti trasmissivi. In generale, infatti, a parte una esigua quota di clientela raggiunta dalle proprie infrastrutture in fibre ottiche, gli altri OLO offrono i loro servizi di trasmissione dati e a valore aggiunto attraverso reti private realizzate mediante l'utilizzo di circuiti diretti affittati da TI come mezzi trasmissivi della propria rete privata, oppure si avvalgono delle reti di TI (come Itapac, Frame Relay e ISDN) e dei circuiti diretti urbani per raggiungere le sedi dei clienti.

55. Secondo i dati forniti dalla stessa TI nel corso del procedimento, la società deteneva nel corso del 2001 una quota in valore del mercato dei servizi di trasmissione dati pari al [67-77%], mentre nel corso del 2002 tale quota sarebbe scesa pari al [66-76%], per attestarsi, nel 2003, intorno al [65-75%] (doc. n. 522.19, pag. 3). A fronte di una sostanziale stabilità della quota di mercato di TI, vale sottolineare inoltre che appare immodificata anche la distanza tra tale operatore ed i suoi concorrenti più prossimi, che si conserverebbe pari a circa 50 punti percentuali anche nel 2003. Più precisamente, secondo i dati forniti dagli altri OLO, negli anni di riferimento le quote di mercato di ALBACOM e Fastweb erano pari o inferiori all'8%, Wind aveva una quota pari a circa il [2-12%], mentre tutti gli altri operatori avevano quote individuali inferiori al 2% (doc. n. 507.19).

ii. Il mercato dei servizi di accesso a Internet

56. I servizi in oggetto sono offerti su diverse piattaforme tecnologiche, vale a dire accesso da rete telefonica commutata (PSTN, ISDN, anche con tecnologie x-DSL), accesso dedicato su CDN (Circuiti Diretti Numerici) o fibra ottica, nonché accesso da radiomobile cellulare. Dal punto di vista dell'offerta all'utenza *business*, tuttavia, in funzione delle specifiche prestazioni richieste, devono considerarsi attivi su tale mercato solo le maggiori imprese di telecomunicazione, tra i quali peraltro TI continua a rappresentare il primo operatore con quote, secondo i dati forniti dal medesimo (doc. 522.19), pari al [61-71%], nel 2001, e al [56-66%], nel restante periodo, per entrambe le tipologie di accesso ad Internet (*dial-up* e *broadband*).

Secondo stime fornite da ALBACOM (doc. 521.19, pag. 2), Wind, il primo operatore dopo TI, detiene una quota dell'accesso ad Internet in *dial-up* pari al [8-18%], nel 2002, e al [4-14%], nel 2003, mentre nell'accesso a banda larga la quota è di poco superiore al [10-20%], nel 2002, e pari a circa il [3-13%], nel 2003; Fastweb, presente invece nel solo accesso a banda larga, ha una quota pari al [4-14%], nel 2002, e al [8-18%], nel 2003. A questi due concorrenti segue ALBACOM medesima, con quote inferiori all'1%, nell'accesso *dial-up*, e al 5%, nell'accesso a banda larga¹⁹. Vale precisare che Fastweb, nella difficoltà di dettagliare i valori di fatturato per la trasmissione dati e per l'accesso a Internet, che vengono forniti dalla società congiuntamente alla propria clientela, ha indicato per sé quote aggregate crescenti negli anni, ma ancora inferiori al 3% nel 2003 (doc. n. 538.19).

iii. La posizione dominante di Telecom Italia

57. In conclusione, alla luce dei dati sopra esposti e, in particolare, delle quote di mercato di TI, tuttora superiori al 60%, della distanza della posizione di questo operatore rispetto a quella del suo primo concorrente, della posizione di controllo delle infrastrutture di accesso e della

¹⁹ [Quote oscillanti intorno a questi due valori di riferimento per il periodo 2001-2003, cfr. altresì i dati riportati da Wind stessa al doc. 507.19, che tuttavia non distinguono le varie tipologie di accesso ad Internet per i concorrenti di TI.]

disponibilità delle nuove tecnologie a queste applicabile, si deve ritenere che, negli anni dal 2001 al 2003, permanga una posizione di dominanza dell'operatore ex-monopolista, TI, tanto nell'offerta dei servizi di trasmissione e quanto nell'offerta di servizi di accesso a Internet, in *dial-up* e nelle più moderne tecnologie a banda larga, nonostante l'ampliamento di questi mercati registrato negli ultimi anni, l'ingresso sugli stessi di vari operatori e la costante evoluzione tecnologica.

B) I COMPORTAMENTI DI TI

1. I comportamenti di TI sui mercati dei servizi intermedi

1.1 La regolamentazione applicabile alle condizioni economiche dei servizi intermedi

58. Con riferimento al periodo in cui si sono attuati i comportamenti oggetto di contestazione si deve ricordare che TI, essendo notificato dall'AGCOM presso la Commissione Europea tanto per l'anno 2000 che per l'anno 2001 quale operatore avente notevole forza di mercato nei mercati dei servizi di interconnessione, delle linee affittate nonché delle reti e dei servizi di telefonia fissa²⁰, era sottoposta a particolari obblighi regolamentari, e in particolare alla definizione, per alcune componenti di offerta, di condizioni economiche orientate ai costi (in particolare servizi di interconnessione, di accesso disaggregato alla rete locale²¹ e di linee affittate²²), e per altre, di condizioni economiche di tipo wholesale, stabilite secondo il cosiddetto principio del retail minus (in particolare per i servizi di linee affittate²³, x-DSL e CVP²⁴).

59. Per quanto concerne le condizioni tecniche di erogazione dei servizi²⁵ in materia di modalità contrattuali e Service Level Agreement viene fatto obbligo a TI di predisporre uno schema contrattuale che preveda "la definizione di dettaglio dei processi di provisioning e assurance proposti,[...] la definizione di un dettagliato Service Level Agreement contenente tutti gli elementi relativi agli standard di qualità ed alle modalità di fornitura del servizio wholesale, comprensivo di congrue penali per ritardato e/o mancato adempimento agli obblighi contrattuali".

²⁰ [Cfr. in particolare Del. AGCOM n.350/02 per la notifica in relazione all'anno 2000, e la Del. AGCOM n. 160/03 per la notifica in relazione all'anno 2001.]

²¹ [Come noto, fino all'entrata in vigore del Decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, Codice delle Comunicazioni Elettroniche, e quindi all'epoca dei fatti oggetto del presente procedimento, la materia dell'interconnessione era normata in Italia dall'art. 4, comma 9 del DPR n. 318/97 e dall'art. 14, comma 8 del DM 23 aprile 1998, i quali prevedono che l'operatore notificato come avente notevole forza di mercato nell'interconnessione (vale a dire TI) debba pubblicare un'offerta di interconnessione di riferimento e che l'AGCOM, sentiti gli organismi nazionali e comunitari in materia di concorrenza, possa modificarla, anche con efficacia retroattiva. In tale listino vengono individuati i costi per l'interconnessione a traffico (base di costo per la definizione dei prezzi delle diverse direttrici di traffico), i costi per le componenti infrastrutturali necessarie per fruire dei servizi di interconnessione (ad esempio i Kit di interconnessione) e i costi del servizio di accesso disaggregato (Unbundling del Local Loop, ULL d'ora in poi, da confrontarsi con il canone pagato dal cliente finale per la linea telefonica). Recentemente è intervenuta un'importante modifica nelle modalità di valutazione annuale da parte del regolatore dell'Offerta di Interconnessione. In particolare, con la Delibera n. 03/03/CIR del 27 febbraio 2003, l'AGCOM ha introdotto un meccanismo programmato di adeguamento dei prezzi massimi di interconnessione di TI (network cap), stabilendo in particolare che "ai prezzi dei servizi dell'Offerta di Riferimento di Telecom Italia si applica un meccanismo pluriennale [triennale, n.d.r.] di controllo basato sulla fissazione di un vincolo complessivo alla variazione media ponderata dei prezzi dei servizi di panieri in relazione ai quali viene definito un vincolo secondo la regola IPC-X, dove IPC è l'indice dei prezzi al consumo e X il livello di variazione di produttività dell'insieme dei servizi appartenenti allo stesso paniere.]

²² [Cfr. in particolare la del. AGCOM n. 389/00/CONS e la del. AGCOM n. 711/00/CONS.]

²³ [Cfr. le del. AGCOM n. 393/01/CONS e la del. AGCOM n. 59/02/CONS, hanno disposto l'introduzione di offerte wholesale di linee affittate a operatori licenziatari e fornitori di servizi Internet, segnando quindi il passaggio da un regime di regolamentazione basata sull'orientamento al costo ad un regime di tipo retail minus.]

²⁴ [Cfr. la Delibera n. 2/00/CIR del 16 marzo 2000, in materia di accesso disaggregato alla rete locale, che prevede una serie di obblighi specifici in capo a TI connessi alla fornitura di servizi in tecnologia x-DSL]

²⁵ [Cfr. le del. AGCOM nn. 15/00/CIR e. 06/03/CIR.]

60. Con riferimento ai prezzi dei servizi intermedi, TI ha presentato nell'aprile 2002 le condizioni economiche²⁶ per l'interconnessione e l'accesso disaggregato alla rete locale²⁷ a valere per l'anno 2001. L'AGCOM ha provveduto in materia con la Delibera n. 2/03/CIR del 27 febbraio 2003, recante la "Valutazione e richiesta di modifica dell'offerta di riferimento per l'anno 2002 di Telecom Italia". Con tale delibera l'AGCOM, valutando le tariffe dell'Offerta "sulla base delle risultanze dell'analisi dei dati contabili a consuntivo, forniti da TI e relativi all'esercizio 2001", ha disposto una riduzione di alcune componenti dei costi di interconnessione come illustrato nella seguente tabella (Tab. 3), con applicazione retroattiva al 1° gennaio 2002:

Tab. 4. - Servizi di interconnessione a traffico (raccolta e terminazione): riduzione dei costi minutari secondo la del. AGCOM n. 2/03/CIR (valori in centesimi di euro)

	Proposta TI 2002		Valori AGCOM 2002		Var. %	
	Peak	Off-peak	Peak	Off-peak	Peak	Off-peak
SGU	0,65	0,46	0,59	0,42	-9,2%	-8,7%
SGT	1,04	0,74	0,93	0,67	-10,5%	-9,5%
Doppio SGT	1,83	1,31	1,44	1,02	-21%	-22%

1.2 La definizione in via regolamentare dei costi da parte di Telecom Italia

61. In linea generale, al fine di assicurare una maggiore trasparenza e obiettività nella determinazione dei prezzi dei servizi intermedi e finali da parte degli operatori notificati come aventi notevole forza di mercato, come noto, la regolamentazione comunitaria e nazionale stabilisce la necessità di una predisposizione di appositi sistemi di separazione contabile e contabilità regolatoria per tali operatori. In particolare, la normativa comunitaria e nazionale in materia prevede l'obbligo dell'operatore notificato di adottare una contabilità separata per le attività di interconnessione (Dir. 97/33/CE). Essa deve seguire alcune specifiche metodologie di allocazione dei costi e di categorizzazione degli stessi al fine di assicurare che le condizioni economiche di interconnessione siano caratterizzate da trasparenza, non discriminazione e orientamento al costo.

62. In particolare, in relazione al sistema di contabilità dei costi più appropriato, la Raccomandazione "Interconnection pricing - Part I" dell'8 gennaio 1998²⁸ afferma che il principio dell'orientamento al costo implica che il prezzo praticato per la fornitura di un determinato servizio rifletta i costi sopportati per la produzione dello stesso e che, mentre un approccio di tipo *Long Run Incremental Costs* appare appropriato allo sviluppo di un ambiente concorrenziale, viceversa²⁹ l'uso dei costi storici per il calcolo delle tariffe di interconnessione risulta inadeguato

²⁶ [Ai fini del presente procedimento tali condizioni si devono considerare valide dal momento della loro pubblicazione a cura di TI, indipendentemente dall'approvazione dell'AGCom.]

²⁷ [Per ciò che concerne l'ULL, il Listino di TI individuava un costo di contributo impianto pari a 81,86 € e un canone mensile per linea telefonica RTG pari a 10,79 €. Andavano poi aggiunti altri elementi di costo, quali gli oneri dei servizi di co-locazione in centrale TI, costi dei servizi accessori, ecc. Con riferimento ai costi dei Kit di interconnessione, ovvero del complesso delle dotazioni necessarie in termini di circuiti diretti e di funzionalità di centrale TI per il collegamento fra le centrali di commutazione (nodi) dell'OLO e quelli di TI, i prezzi, indistinti per accesso SGU, SGT e CI, erano di circa 5.300,00€ di canone annuo di circa 1.500,00€ di contributo una tantum di installazione.]

²⁸ [GUCE L73 del 12 marzo 1998, p. 42]

²⁹ [Viene al riguardo citato il considerando 10 della Direttiva Interconnessione 97/33/CE, secondo il quale "charges for interconnection based on a price level closely linked to the Long Run Incremental Cost for providing access to interconnection are appropriate for encouraging the rapid development of an open and competitive market"]

ad un mercato concorrenziale in quanto avrebbe comportato una sovrastima dei costi di interconnessione.

63. D'altra parte, la stessa Raccomandazione³⁰, sostanzialmente, indicava nella data del primo gennaio 2000, il momento in cui gli operatori *incumbent* sarebbero stati in grado di elaborare una propria contabilità, anche a scopo regolatorio, che superasse l'approccio *Fully Distributed Historic Costs* con le metodologie più appropriate per il nuovo ambiente competitivo di tipo *Long Run Incremental Costs*.

64. A livello nazionale, la materia è normata dal DM 23 aprile 1998 e dagli artt. 4, comma 7, lettera d), e 8, commi 1 e 2, del D.P.R. 318/97 con riferimento all'obbligo, in capo al soggetto notificato, di definire le condizioni economiche di interconnessione rispettando l'orientamento al costo e di dimostrare che le prime sono basate sui costi effettivi determinati in base alle disposizioni in materia di contabilità dei costi di cui al predetto articolo 8³¹.

65. D'altra parte il successivo DM 23 aprile 1998, all'articolo 14 riaffermava l'obbligo per l'operatore notificato di pubblicare un'Offerta di Interconnessione di Riferimento le cui condizioni economiche dovevano essere, oltre che "a) *disaggregated per singolo servizio offerto...*" anche "b) *orientate ai costi*; c) *non discriminatorie*; d) *trasparenti ed obiettive*." (articolo 14, comma 4, lettere a-d). Per ciò che concerneva la separazione contabile da adottarsi a tale scopo, la società, inoltre, era tenuta a fornire all'Autorità su richiesta della stessa "gli elementi significativi del sistema informativo di separazione contabile e i dati contabili da questo derivanti"(articolo 11, comma 2); il successivo articolo 12 dello stesso DM 23 aprile 1998 individuava nel 1° gennaio 1999 la data ultima entro cui definire il passaggio a una nuova metodologia di determinazione delle condizioni economiche di interconnessione basata sui costi prospettici incrementali di lungo periodo, proprio allo scopo di "tenere conto degli effetti della concorrenza sul mercato dei servizi di telecomunicazioni, con particolare riguardo al mercato dei servizi di interconnessione".

66. La società TI, nel corso del procedimento, ha precisato che a tutt'oggi essa predispone dei Costi regolatori basati su una metodologia del tipo Fully Distributed Cost/Current Cost Accounting (FDC/CCA). Più precisamente "i costi relativi alla rete di accesso sono valutati secondo una metodologia FDC/HCA (Historical Cost Accounting), mentre per quelli relativi al traffico si usa la metodologia FDC/CCA (Current Cost Accounting) che però non è prospettica bensì riferita alla struttura impiantistica esistente. Entrambe le modalità di calcolo conducono inevitabilmente a valori di gran lunga superiori a quelle che si otterrebbero facendo riferimento ai soli costi incrementali" (doc. n. 531.20, memoria di TI).

67. Invero, la stessa TI in una lettera datata 15 maggio 2000, avente ad oggetto "Consultazione pubblica per la definizione di calcolo sui costi correnti per i servizi di interconnessione: Documento

³⁰ [la Raccomandazione riconosceva infatti che "currently most incumbent operators have accounting systems based on Fully Distributed Historic Costs which were developed in monopoly environments" e a tale proposito ammetteva che "Experience suggests that it can take about two years for an incumbent operator to implement a new accounting system, although this period could decrease as cumulative experience is gained in the sector".]

³¹ [In particolare, l'allegato G del predetto DPR n. 318/97 in materia di sistemi di contabilità dei costi faceva riferimento ad un insieme di possibili costi standard da utilizzarsi da parte dell'operatore notificato, fra cui "...i costi interamente distribuiti, i costi incrementali medi di lungo periodo, i costi marginali, i costi diretti incorporati...", e l'art. 8 sopracitato prevedeva che "ogni organismo di telecomunicazioni di cui all'allegato B, notificato dall'Autorità come avente notevole forza di mercato, deve provvedere non oltre 30 giorni dall'entrata in vigore del presente regolamento affinché il sistema di contabilità dei costi da essa utilizzato sia adeguatamente dettagliato secondo le indicazioni dell'allegato G". Il medesimo articolo proseguiva specificando, al comma 3, che avrebbero potuto essere usati altri sistemi di calcolo dei costi, "quali ad esempio i costi prospettici incrementali di lungo periodo... A tale fine l'Autorità potrà emanare specifiche direttive, previa consultazione con gli organismi di telecomunicazione interessati" (enfasi aggiunta). Al comma successivo si specificava che "ciascun organismo di telecomunicazione di cui al comma 1 [operatore notificato, n.d.r.] deve rendere disponibile, una descrizione, ed eventualmente informazioni specifiche, del sistema di contabilità dei costi impiegato che precisi le categorie in cui sono raggruppati i costi, nonché i criteri utilizzati per la loro imputazione, in particolare per il servizio di telefonia vocale".]

di Telecom Italia" (in All. 1 alla memoria finale di TI, doc. 650.22), indicava all'Autorità di settore come "...il modello di costo da utilizzare debba presentare una base di costo corrente applicata ad una metodologia di costi pienamente allocati (CCA/FDC)...". La stessa società evidenziava altresì che "...eventuali modifiche a criteri e metodologie implementate richiederebbero il coinvolgimento di molteplici settori dell'azienda, con tempi di realizzazione che alla luce dell'esperienza avuta (circa 15 mesi per realizzare il progetto CCA) possono risultare lunghi" (ibidem).

68. TI ha quindi fornito i dati completi di contabilità regolatoria derivanti dal preconsuntivo 2001, che hanno condotto alla definizione dei servizi a listino 2002 (OIR 2002) e che sono stati anche utilizzati per una valutazione dei costi di rete per i principali servizi *retail* a traffico (doc. n. 533.20)³².

69. La medesima società ha inoltre prodotto i valori dei costi regolatori minutarci per direttrice di traffico (Locale/Distrettuale, Interdistrettuale, Fisso Mobile) a valere nell'anno 2002. I dati riportati nella seguente tabella alla colonna 1 e 2 sono i costi regolatori dichiarati da TI per direttrice di traffico sulla base di costi regolatori derivanti dal pre-consuntivo 2001, mentre i dati indicati nella colonna 3 sono costi standard derivanti dal consuntivo 2001. Secondo le dichiarazioni di TI, i vettori 1 e 2 risultano coerenti con l'offerta di interconnessione pubblicata da TI nel 2002, mentre il vettore 3 con la OIR approvata dall'AGCom.

70. In realtà, occorre precisare che TI ha fornito valori dei costi regolatori standard derivanti dal pre-consuntivo 2001 che differiscono quanto alla metodologia di calcolo. Infatti, in un primo momento, in sede di valutazione della replicabilità e profittabilità della offerta per la Gara CONSIP 2002, TI ha fornito i dati evidenziati nella colonna 1, affermando che si trattava di "costi regolatori provvisori per il 2001[...].forniti dall'ufficio contabilità regolatoria di [TI]" (cfr. nota 18 pag. 21, doc. 355,14, allegato 1). In un secondo momento, TI è stata posta di fronte alla necessità di spiegare l'evidente discrepanza tra tali maggiori costi regolatori e quelli forniti in un successivo elaborato denominato "verifica della sostenibilità economica dei nove listini commerciali sulla base dei costi di rete di pre-consuntivo 2001" (doc. 519.19, all. 6) evidenziati in colonna 2, TI ha affermato che: (i) il primo vettore si riferisce (ai "costi di cui si aveva la visibilità all'epoca della gara CONSIP"³³ (ossia nel 2002), ovvero riguardo ai costi di rete interni "prende in considerazione i costi di contabilità regolatoria riferiti al pre-consuntivo 2001, ossia i costi desunti dall'Accounting regolatorio disponibile al momento della formulazione del listino di interconnessione 2002"³⁴ (ossia durante tutto il 2002), mentre per i costi di terminazione delle chiamate verso altre reti (costi esterni verso altri gestori) sono stati presi in considerazione i valori noti a tutti gli operatori nel 2002; (ii) il secondo vettore, invece, è costruito ai fini di un raffronto con i 9 listini applicati da TI nel 2003. Di conseguenza, TI ha preso in considerazione i costi di rete interni desumibili dal pre-consuntivo 2001, ma riguardo ai costi esterni di rete (quote da riversare ad altri gestori) ha ritenuto di dover prendere in considerazione i minori costi effettivamente sostenuti da TI nel 2003, quando cioè erano state ridotte le tariffe di interconnessione con altre reti.

71. Da quanto precisato da TI discende, quindi, che solo il primo vettore di costi regolatori standard a pre-consuntivo 2001 risulta raffrontabile alle offerte praticate da TI in concorrenza con altri gestori nel corso del 2002, perché completamente omogeneo ai dati di costo noti all'epoca di formulazione delle offerte in parola, in quanto commisurato alla OIR pubblicata nel 2002 e al valore dei costi esterni di rete prevalenti nello stesso periodo.

³² [La società ha infatti specificato che poiché nell'aprile 2002 "non erano ancora disponibili i dati della contabilità regolatoria 2001 (che possono essere desunti solo successivamente all'approvazione del bilancio), Telecom Italia ha valorizzato i servizi offerti a Listino sulla base di un modello economico che simulava il processo di contabilità regolatoria, aggiornando i dati statistici, economici e patrimoniali del 2000 sulla base delle prime risultanze di pre-consuntivo 2001"]

³³ [Doc. 519.19, all. 6, pag.4.]

³⁴ [Doc. n. 511.19, Verbale dell'audizione di TI del 4 maggio 2004.]

72. Un terzo vettore dei costi regolatori standard era stato nel frattempo fornito da TI in sede di raffronto tra costi regolatori e offerte dirette all'utenza privata a partire dal 2003 (di cui alla colonna 3)³⁵. Tale vettore, secondo le dichiarazioni fornite da TI, riflette i "dati di Contabilità regolatoria 2001" così come formalizzati da TI " in data 20/12/2002 verso l'AGCom in relazione alla contabilità regolatoria 2001", dati questi che avrebbero successivamente formato la base per le modifiche apportate dall'AGCOM all'OIR di TI nel febbraio del 2003. tali costi regolatori, quindi, devono intendersi raffrontabili esclusivamente alle offerte praticate a far data dall'approvazione dell'OIR modificata (doc. n. 506.19, nota 1 pagina 1).

Tab. 5. - Costi regolatori di TI per il 2001, coerenti rispettivamente con l'offerta di interconnessione pubblicata nel 2002 e approvata nel 2003, in diverse ipotesi di base sui costi di rete (Valori in centesimi di euro e in lire/minuto)

	Costi regolatori standard Dati pre-consuntivo 2001 e costi noti nel 2002 *	Costi regolatori standard Dati preconsuntivo 2001**	Costi regolatori standard Dati consuntivo 2001***
Traff. Locale/distr.	1,549 (30)	1,483 (28,7)	1,509 (29,2)
Traff. Interdistr.	2,750 (53)	2,718 (52,6)	2,628 (50,88)
Traff. F/M	19,82 (383)	18,051 (349)	18,013 (348,7)

Fonte: Elaborazione NERA con metodologia TI., su dati di TI docc.n 355.14, 506.19 e 519.19.

* Valori di costo da pre-consuntivo 2001 coerenti con i valori alla base del listino di interconnessione 2002 proposto da TI nella versione pubblicata nell'aprile 2002 e con costi esterni di rete noti nel 2002.

** Valori di costo da pre-consuntivo 2001 coerenti con i valori alla base dell'OIR 2002 proposto da TI nella versione pubblicata nell'aprile 2002, ma con costi esterni di rete effettivamente prevalenti solo nel 2003.

*** Valori di costo da consuntivo 2001 coerenti con i valori alla base dell'OIR 2002 approvata dall'AGCOM nel 2003, con costi esterni di rete effettivamente prevalenti nel 2003.

2. I comportamenti commerciali di TI nelle offerte alla clientela finale business

2.1 La disciplina applicabile in materia di condizioni economiche dei servizi finali

73. Ai fini dell'analisi da svolgersi nel presente procedimento è inoltre necessario richiamare il regime regolamentare per le offerte di TI alla propria clientela finale di cui all'articolo 7, del DPR n. 318/97, che al comma 1 stabilisce che le condizioni economiche per l'accesso e l'uso della rete telefonica pubblica e per i servizi di telecomunicazioni accessibili al pubblico sulla suddetta rete "osservano i principi di trasparenza, di obiettività e di orientamento ai costi nel caso di operatori con una notevole forza di mercato..". TI risulta quindi vincolata dal punto di vista regolamentare al rispetto dei suddetti principi generali anche nelle proprie offerte alla clientela finale.

2.1.1 Condizioni economiche dei servizi rivolti alla generalità dell'utenza e regime di loro riduzione per situazioni di elevato volume di traffico.

74. Il comma 11 dello stesso articolo precisa altresì che "L'Autorità [l'AGCom, n.d.r.] può consentire che vengano offerti agli utenti regimi di riduzione delle condizioni economiche

³⁵ [Nell'ambito dello studio per conto di TI denominato "Verifica dei costi regolatori standard 2001 per i servizi di fonia retail di telecom Italia verso la clientela Business" (doc. 506.19).]

normalmente applicate in relazione a situazioni di elevato volume di traffico...." *stabilendo quindi l'esistenza di un regime autorizzatorio per pacchetti tariffari particolari.*

75. Per ciò che concerne le modalità di controllo regolamentare delle offerte commerciali di TI non dirette alla generalità dell'utenza, si deve ricordare che queste hanno ricevuto una specifica disciplina nel corso del 2002, nell'ambito della del. AGCom n. 152/02/CONS, recante "Misure atte a garantire la piena applicazione del principio di parità di trattamento interna ed esterna da parte degli operatori aventi notevole forza di mercato nella telefonia fissa". In particolare in tale ambito, l'AGCOM ha delineato linee guida "per valutare l'esistenza di compressione dei margini degli operatori alternativi..." fondate su "test di prezzo" teorici per ciascuno dei servizi a traffico erogati sulla rete telefonica³⁶.

2.1.2 Condizioni economiche per le comunicazioni fisso-mobile

76. Il comma 9 dell'articolo 7 del DPR n. 318/97 stabilisce i principi generali in materia di titolarità della tariffa fisso-mobile, principi che hanno costituito la base per tutta l'attività regolamentare in materia, in particolare della delibera AGCOM n. 338/99 "Interconnessione di terminazione e prezzi delle comunicazioni fisso-mobile originate dalla rete di Telecom Italia" che, oltre a definire un tetto massimo pari a 110 lire al minuto per il valore di *retention* di TI³⁷ aveva stabilito che il prezzo finale offerto da TI nel caso di TIM e Omnitel fosse pari a 360 lire/minuto (valore massimo) o negoziato da TI con gli altri operatori mobili.

77. Con la successiva del. 47/03/CONS del 5 febbraio 2003, "Revisione e meccanismi di programmazione dei prezzi massimi di terminazione praticati dagli operatori di rete mobile notificati e regolamentazione dei prezzi delle chiamate fisso-mobile praticati dagli operatori di rete fissa notificati" l'AGCOM ha rideterminato, a far data dal 1° giugno 2003, il prezzo del servizio di terminazione sulle reti degli operatori mobili notificati nel valore massimo di 14,95 €cent/minuto e quello della *retention* per l'operatore di rete fissa notificato (TI) come al massimo pari a 4,85 €cent/min.

In un considerando della stessa delibera, senza peraltro alcuna corrispondenza nel dispositivo finale, si prevedeva altresì la possibilità di applicare per il futuro, subordinatamente al completamento delle analisi di mercato nel nuovo Quadro Regolatorio, una riduzione del 10% annuo per tre anni dei prezzi di terminazione sulle reti degli operatori mobili notificati. A tale disposizione non risulta, ad oggi, essere stata data alcuna attuazione.

³⁶ *[Il test di predatorietà ("test sul recupero dei costi") opera sulla base di un livello di soglia minimo, utile a verificare che le condizioni economiche di offerta proposte dall'operatore notificato come avente notevole forza di mercato siano tali da garantire al medesimo un ragionevole margine rispetto ai costi del servizio, valutati sulla base di contabilità adottata per la determinazione dei costi dei servizi di interconnessione. Il test di replicabilità ("la sostenibilità per un operatore efficiente") opera anch'esso sulla base della fissazione di un valore soglia al di là del quale verosimilmente le offerte proposte sono replicabili da un operatore alternativo efficiente, che operi nel mercato di riferimento per il servizio in esame utilizzando i servizi di interconnessione ai costi offerti dall'operatore notificato. Nella definizione di tale ultimo test, di specifico interesse rispetto al caso in oggetto, l'AGCOM ha stabilito una serie di ipotesi di carattere metodologico. La prima concerne il deprezzamento del costo fisso di interconnessione in raccolta, che viene considerato, sui primi cinque anni, pari al 20% ogni anno. Viene in particolare applicato ai costi di interconnessione del listino in vigore un "fattore di attenuazione" epsilon pari a 1 il primo anno, a 0.8 il secondo anno, 0.6 il terzo anno, ecc.. Inoltre, questa tipologia di costo fisso non viene ovviamente considerata per i clienti dell'OLO direttamente collegati alla sua rete in accesso disaggregato. La seconda ipotesi è che per la valutazione dei costi della rete dell'OLO si utilizzano "in sede di prima applicazione" i costi unitari di rete dell'operatore notificato. Infine, i costi operativi (costi del personale, gli ammortamenti, le eventuali quote di revenue sharing ed i costi del capitale impiegato al lordo delle imposte), definiti in margine percentuale dei costi di rete, sono fissati per l'OLO nella misura del 35%.]*

³⁷ *[Vale a dire la componente del prezzo fisso-mobile trattenuta da TI per remunerare il trasporto delle chiamate sulla rete fissa di propria competenza.]*

2.2 L'organizzazione interna di Telecom Italia verso la clientela affari

78. Come risulta dagli elementi raccolti nel corso dell'indagine istruttoria, l'organizzazione di TI nei confronti della propria utenza finale affari è particolarmente complessa. Nell'ambito della Direzione Domestic Wireline (DDW d'ora in poi) di Telecom Italia S.p.A., la clientela affari, che ha generato nel 2002 un fatturato pari a [omissis] milioni di euro (doc. 391.15, risposta TI a una richiesta di informazioni), è articolata in due direzioni competenti: la Direzione Commerciale Clienti Business (DW-DCCB)³⁸ e la Direzione Commerciale Clienti Executive (DW-DCCE)³⁹, ciascuna con una propria organizzazione e propri distinti responsabili.

79. Il modello organizzativo prescelto vede [omissis] (doc. n. 26.2).

Considerando la somma dei fatturati DW-DCE e DW-DCB per il 2002, pari a [omissis] milioni di euro, in quello stesso anno il peso della pubblica amministrazione sul totale della clientela business di TI era pari a circa l'11%⁴⁰.

2.3 Le diverse tipologie di offerte commerciali verso la clientela business: offerte "standard", listini personalizzati, Accordi Programmatici, Accordi di Partnership e Accordi Quadro

80. Nel periodo di riferimento dei comportamenti oggetto del presente procedimento TI ha reso disponibili alla clientela business diverse tipologie di offerte con condizioni economiche diversificate rispetto a quelle disponibili alla generalità di tale clientela.

2.3.1. Le Offerte "standard" comunicate all'AGCOM

81. In primo luogo, si possono individuare una serie di offerte cosiddette "standard", consistenti in una serie di pacchetti tariffari per il traffico telefonico con condizioni economiche migliorative rispetto a quelle disponibili alla generalità dell'utenza. Tali offerte, che sono state individuate da TI nelle seguenti: "Business Voice Magnum", "Business Net", "Business Net program", "Offerta Budgetaria", nonché le più recenti "Offerta Business" e "Offerta Corporate" (cfr. doc. 355.14), appaiono rientrare in quelle che, precedentemente autorizzate tramite appositi Decreti Ministeriali, risultano per tutto il periodo di riferimento del presente procedimento sottoposte ad autorizzazione da parte dell'AGCOM, in quanto assimilabili a "regimi di riduzione delle condizioni economiche normalmente applicate in relazione a situazioni di elevato volume di traffico....." di cui all'articolo 7, comma 11 del DPR n. 318/97. Queste offerte predefiniscono normalmente listini particolari per le diverse direttrici di traffico applicabili alla clientela in modo scagionato a seconda dei volumi di traffico realizzato nel periodo di riferimento; inoltre in molti casi stabiliscono condizioni economiche di offerta particolari per determinate direttrici di traffico quando questo è svolto verso numerazioni specifiche e predefinite. In ogni caso, una volta

³⁸ [In particolare, la DW-DCCB ripartisce il territorio in [omissis] aree principali, ciascuna con un proprio Responsabile (cfr. doc. n. 39.2), e gestisce sull'intero territorio nazionale circa [omissis] aziende, di cui [omissis] di dimensioni tali da poter essere seguite, in gruppi di 50 aziende ciascuna, da un venditore diretto, e definibili come clienti TOP-Business, le altre di dimensione più ridotta, di norma anch'esse clusterizzate, ma raggiunte da offerte di tipo standard (canale indiretto) (cfr. doc. 385.15 e doc. n. 391.15). TI ha dichiarato che nel 2003 questa tipologia di clientela ha generato per la società un fatturato di circa [omissis] miliardi di euro, a fronte di un fatturato di [omissis] miliardi nell'anno precedente (cfr. doc. 385.15 e doc. n. 391.15 cit.). Documenti interni di TI danno una quota nazionale di mercato della stessa TI in termini di volumi (milioni di minuti di traffico gestito) su questo segmento di clientela pari al 70,8% nel giugno del 2002 (doc. n. 172.7, Business Review di Territorio, pag. 2, Report mensile -Quote di mercato DW).]

³⁹ [La DW-DCCE, viceversa, gestisce sull'intero territorio nazionale tutti i clienti maggiori, che per caratteristiche e dimensioni rivestono un ruolo di primo piano nell'economia nazionale. A livello globale, con [omissis] clienti di questo tipo solo nel 2002 TI ha fatturato [omissis] milioni di euro -dato corretto da TI stessa in [omissis] milioni di euro (doc. n. 391.15)- come risulta da documenti acquisiti in ispezione (doc. n. 26.2); TI ha dichiarato per il 2003 più di [omissis] milioni di euro di fatturato provenienti da circa [omissis] clienti (doc. 385.15 e doc. n. 391.15).]

⁴⁰ [Per ciò che riguarda la quota di mercato della clientela Executive di TI in relazione a questo segmento di clientela business, il doc. n. 172.7 riporta una quota, in termini di volumi di milioni di minuti di traffico gestiti, pari al 93,3% sul territorio nazionale nel mese di giugno 2002.]

individuata la categoria cui il cliente appartiene, in base ai volumi di traffico e di spesa previsti corrispondenti al fabbisogno stimato del cliente, i prezzi e gli sconti eventuali dovrebbero essere applicati in modo predeterminato e non modificabile.

- Offerte Business Voice

82. Sotto questa categoria ricadono diverse offerte commerciali, le più risalenti, denominate commercialmente come *Business Voice Easy*, *Business Voice Basic*, *Business Voice Corporate* e *Business Voice Magnum*, a seconda della soglia di spesa complessiva del cliente (rispettivamente 200.000, 400.000, 2.000.000 e 10.000.000 lire/mese) a partire dalla quale veniva applicata la tariffa telefonica scontata⁴¹.

83. Tutte le offerte di questo tipo si possono catalogare come offerte di scontistica a volume per scaglioni di traffico, con riduzioni percentuali della spesa per ciascuna direttrice di traffico (distrettuale, interdistrettuale, fisso-mobile e internazionale) crescente al crescere dei consumi del cliente, applicata ai volumi ricadenti in ciascuno scaglione⁴². Il cliente aveva la possibilità di dichiarare il proprio fabbisogno di traffico preventivato aderendo alle formule relative a ciascun scaglione. Accanto a questo profilo standard erano poi previste "alcune condizioni tariffarie aggiuntive e cumulabili tra di loro". Ad esempio, l'opzione *Business Net* prevedeva l'applicazione di un listino specifico a tempo e senza quota fissa alla risposta per il traffico aziendale locale e nazionale e per il traffico verso una predeterminata zona internazionale, nonché verso cinque città internazionali.

84. Si segnala a tale riguardo che la documentazione agli atti evidenzia che in alcuni contratti ricadenti in tale tipologia, quale ad esempio il contratto "*Business Voice Magnum*"⁴³ con il GRUPPO [omissis] del 9 marzo 2000, è presente una clausola di "Adeguamento alla migliore offerta" mediante la quale TI assicura l'allineamento con periodicità trimestrale dei prezzi praticati al GRUPPO [omissis] alle migliori offerte reperibili sul mercato. La clausola prevedeva che le migliori offerte sarebbero state determinate da un ente certificatore, la società Intermedia Iniziative srl, al quale TI si impegnava a fornire periodicamente le informazioni. Il GRUPPO [omissis] si impegnava quindi a "utilizzare unicamente Telecom Italia, quale gestore telefonico, nel caso in cui lo scrivente [TI] assicuri gli impegni previsti in tale paragrafo [ossia l'aggiornamento alla migliore offerta - ndr]" (doc. 481.18)⁴⁴.

85. Nel caso del cliente [omissis] l'offerta *Business Net*, valorizzata nell'agosto 2000, con un listino che prevedeva condizioni economiche per il traffico locale di 30 lire/min., interurbano 100 lire/min. e fisso-mobile 300 lire/min. -listino che risultava inferiore ai costi regolatori riferibili al

⁴¹ [Questi pacchetti tariffari erano stati proposti da TI e visionati dal Ministero delle Comunicazioni già nel 1997; negli anni successivi al 2000, modifiche e aggiornamenti delle loro caratteristiche economiche vengono presentate all'AGCOM. TI ha fornito documentazione di tali comunicazioni; la prima disponibile per queste tipologie di pacchetti tariffari è la lettera dell'11 luglio 2001 con cui è stata chiesta autorizzazione all'AGCOM di una variazione dell'offerta *Business Voice Corporate*.]

⁴² [Questi ultimi variavano fra consumi ricompresi, ad esempio nel profilo standard di *Business Voice Corporate*, fra i 6 e i 45 milioni di lire al di sopra dei 45 milioni di lire. Le riduzioni previste potevano variare da un minimo del 7% a un massimo del 30% nel caso dell'offerta *Corporate* e fino al 40% nel caso di *Business Voice Magnum*.]

⁴³ [Si segnala che con riferimento alla richiesta di rimodulazione delle condizioni economiche delle offerte denominate "*Business Voice Magnum*" e "*Business Voice Corporate*", l'AGCOM, con lettere dell'8 agosto 2001, approvava dette rimodulazioni precisando che "in considerazione di alcune criticità emerse in merito alla potenziale replicabilità dell'offerta da parte di operatori alternativi, l'Autorità si riserva di riesaminare le condizioni economiche in parola alla luce degli esiti dell'attività istruttoria in corso sulla "parità di trattamento interno-esterno".]

⁴⁴ [Nel periodo 2001-2003 il [omissis], pur avendo ricevuto offerte da altri qualificati concorrenti (Wind e ALBACOM) ha continuato a mantenere un rapporto di fornitura con TI sebbene passando ad una formula Accordo di Programma.]

periodo per la componente fisso-mobile (cfr. tabella 5)- includeva una clausola di esclusiva, nel senso che il suddetto listino sarebbe stato applicato "a condizione che le dipendenze del vostro gruppo utilizzino Telecom Italia quale fornitore esclusivo per il traffico telefonico effettuato da rete fissa".

La proposta, accettata dal cliente in data 18 agosto, e valevole sei mesi salvo proroga, è stata presumibilmente prorogata, considerando il fatto che [omissis] ha sottoscritto in data 21 dicembre 2001 un Accordo Programmatico (cfr. *infra*) con TI, sostituito nel marzo del 2003 da un Accordo di Partnership (cfr. *infra*) con la stessa TI.

- Offerta "Budgettaria", "Offerta Corporate" e "Offerta Business"

86. Nel marzo del 2001 TI richiede autorizzazione all'AGCOM per l'introduzione di una nuova tipologia contrattuale di offerta definita "Offerta Budgettaria", applicabile alla clientela che preventivi una spesa media per consumi di traffico telefonico superiore ai cinque milioni annui.

L'anno successivo, nel marzo 2002, TI richiede autorizzazione all'AGCOM per l'introduzione di due nuove tipologie contrattuali di offerta definite "Offerta Corporate" e "Offerta Business", applicabili rispettivamente alla clientela con spesa media per consumi di traffico telefonico superiore a 26.000€ e 11.000€ annuali.

87. Le offerte suddette, sono tutte caratterizzate dalla logica comune del proporre al cliente, per le diverse direttrici di traffico, dei listini di prezzi ridotti rispetto alle condizioni economiche generalizzate, a fronte dell'impegno del cliente stesso a effettuare consumi annuali di traffico per un importo definito sulla base dei fabbisogni stimati dal cliente per l'anno successivo (doc. 385.15, pag. 9).

88. Per tutte le tipologie contrattuali previste l'importo sul quale si è impegnato il cliente è da corrispondersi a TI mediante rate bimestrali di pari valore; si prevedono altresì una serie di penalizzazioni economiche nei casi in cui i consumi, consuntivati su base annuale, fossero inferiori al preventivato, oppure nel caso di recesso dal contratto.

Ad esempio, si prevedeva che, nel caso in cui il recesso fosse intervenuto in una situazione in cui i consumi svolti effettivamente fossero stati inferiori alle rate versate⁴⁵, nell'effettuare il rimborso del dovuto, TI trattenesse il 20% dell'impegno annuo di spesa concordato (*Offerta Corporate*). A seguito dell'intervento dell'AGCOM, tale percentuale è stata ridotta al 10% nella versione definitiva del contratto; in particolare, dalla documentazione agli atti risulta che l'AGCOM, analizzando tanto l'*Offerta Business* quanto l'*Offerta Corporate* abbia valutato che "le penalizzazioni" previste nel caso di recesso del contratto con obiettivo di consumo non ancora raggiunto, ovvero di consuntivazione annuale inferiore a quanto pattuito, potrebbero determinare condizioni per le quali il cliente sia assoggettato ad una spesa superiore a quella che avrebbe sostenuto per lo stesso traffico valorizzato ai prezzi del listino generalizzato" (doc. 391.15, All.1).

89. Per ciò che concerne l'*Offerta Budgettaria*, questa è stata inizialmente oggetto di un provvedimento di diniego dell'autorizzazione dell'AGCOM, che con comunicazione del 23 marzo 2001 significava a TI che "il Consiglio...ha esaminato la citata proposta rilevando che la stessa si pone in contrasto con quanto prescritto dal quadro normativo vigente in tema di trasparenza, proporzionalità e non discriminatorietà delle offerte dei servizi di telecomunicazione" (Doc. 391.15, All.1). A seguito di una riformulazione dell'offerta da parte di TI, nel maggio del 2001, l'AGCOM ha quindi rilevato "la sostanziale congruità rispetto alla normativa vigente, fatta eccezione per quanto attiene al prezzo delle comunicazioni fisso-mobile"; tale prezzo è stato pertanto successivamente rideterminato da TI.

⁴⁵ [E' il caso, ad esempio, in cui il cliente fosse passato in Carrier Preselection con un concorrente durante la vigenza del contratto, o comunque avesse deciso di sviluppare parte del suo traffico con un operatore alternativo.]

90. Nel doc. 143.6, acquisito in ispezione, in relazione all'Offerta Budgettaria, risulta il fatto che, fissata una percentuale di sconto in funzione dei volumi di spesa rilevati del cliente e delle offerte commerciali in essere, si definisce un budget annuo per il quale il cliente potrà "consumare fino al 10% in più senza avere ulteriori costi. Nel caso di consumi superiori al 10%, questi saranno valorizzati a consumo secondo il listino associato al cliente". Inoltre, "in caso di rinnovo dell'offerta per l'anno successivo, il cliente può ottenere una riduzione della sua spesa del 5%"⁴⁶.

2.3.2. I cosiddetti "Listini"

91. Accanto ai summenzionati pacchetti tariffari che individuano listini con prezzi ridotti rispetto a quelli applicati alla generalità dell'utenza, TI ha precisato di utilizzare, nei propri rapporti con l'utenza business, anche altre "formule ad hoc", definite come "i Listini" (doc. 355.14 e doc. 385.15), di cui non è stata fornita alcuna evidenza di comunicazione all'Autorità di regolamentazione.

92. Secondo la definizione fornita dalla stessa TI, i Listini "rappresentano delle griglie di prezzo predisposte da Telecom Italia, mediante un iter interno che tiene conto degli obblighi regolatori che gravano su di essa...[essi] si riferiscono alla sola componente di traffico fonia, sono predisposti sulla base dei c.d. prezzi minimi di riferimento (costi regolatori minuti più un mark up minimo predefinito) e sono pertanto superiori ai costi regolatori"(doc. 355.14). TI ha fornito un elenco di 35 diversi Listini (doc. n. 355.14, all. 3), in vigore "prima del febbraio 2003" a partire presumibilmente dal 2001⁴⁷ costituiti ciascuno da un vettore di 9 prezzi per le seguenti direttrici di traffico: locale, interdistrettuale, fisso-mobile e 6 diverse zone per il traffico internazionale. In realtà, dalla documentazione acquisita in ispezione si rileva la presenza e l'utilizzo, ancora nel giugno 2002, di ulteriori listini, anch'essi caratterizzati da una valorizzazione del traffico particolarmente contenuta strumento ordinario di azioni mirate sui concorrenti (doc. nn. 21.1 e 175.7)

93. I Listini in oggetto sono catalogati in 12 diverse categorie individuabili con lettere dell'alfabeto (da A a M, più di un listino per ogni categoria) (doc. 385.15). I listini suddetti, a partire dal febbraio 2003 sono stati ridotti a 9, denominati AA, AB, AC, AD, AE, AF, AG, AH, AI caratterizzati in generale da prezzi minuti più contenuti (doc. 355.14).

94. Con riferimento a quali dei listini siano stati effettivamente applicati e in che periodo da TI, si deve rilevare che, contrariamente a quanto sostenuto dalla società, già nella seconda metà del 2002, trovavano applicazione, peraltro con esplicite finalità di *winback*, quattro Listini denominati "F4, F5, F6 ed F7" per Accordi Programmatici (doc. n. 27.2 e 175.7, pag. 6), che corrispondono rispettivamente ai listini denominati AF, AG, AH e AI, che TI ha dichiarato essere entrati in vigore a partire dal febbraio 2003 (doc. n. 355.14, All. 3). Si deve rilevare che il prezzo applicato per la direttrice fisso-mobile in tali listini risulta inferiore ai costi regolatori standard di TI di cui gli operatori concorrenti avevano la visibilità nel 2002 (cfr. Tab. 6)⁴⁸.

⁴⁶ [A seguito dell'applicazione di alcune modifiche alle proposte contrattuali originarie, anche l'Offerta Corporate e l'Offerta Business sono state autorizzate con lettere del 15 e del 16 maggio 2002 dall'AGCOM "provvisoriamente...con riserva di riesame e di richiederne integrazioni, modifiche o sospensioni a seguito dell'entrata in vigore del provvedimento in materia di attuazione del principio in materia di parità di trattamento interno-esterno". Si stabiliva altresì che TI era "invitata a ...dare adeguata informativa alla clientela interessata circa la provvisorietà dell'autorizzazione" (doc. n. 391.15, all. 1).]

⁴⁷ [Considerato che le informazioni citate sono state fornite da TI a fronte di una richiesta dell'Autorità di illustrare "la scontistica relativa ai servizi di telecomunicazione su rete fissa adottata da codesta società nei confronti dell'utenza business negli anni 2001, 2002 e 2003" (doc. n.316.13) si deve desumere che i suddetti 35 Listini fossero vigenti almeno dal 2001.]

⁴⁸ [Si deve in questa sede sottolineare la totale inapplicabilità ai casi esaminati dell'argomento utilizzato da TI per mettere in dubbio la natura sottocosto regolamentare del Listino AI (corrispondente al Listino F7) relativamente a tale direttrice di traffico che in sostanza ripropone di utilizzare per offerte praticate nel 2002 i minori costi di terminazione fisso mobile noti solo nel febbraio del 2003.]

Tab. 6. - Listini per Accordi programmatici applicati nel primo semestre del 2002 con finalità di winback (Valori in centesimi di euro e in lire/minuto)

	F4	F5	F6	F7	Costi regolatori standard Dati pre-consuntivo 2001 e costi noti nel 2002
Traff. Locale/distr.	1,55 (30)	1,55 (30)	1,55 (30)	1,55 (30)	1,549 (30)
Traff. Intdstr	4,38 (85)	4,13 (80)	3,61 (70)	3,10 (60)	2,750 (53)
Traff. F/M	19,11 (370)	19,11 (370)	19,11 (370)	19,11 (370)	19,82 (383)

Fonte: Dati di TI, doc. 175.7, doc. 27.2, doc. 519.19 e doc. 355.14.

95. Occorre sottolineare che un dato che emerge in maniera molto chiara dalla documentazione acquisita nel corso delle ispezioni è che i Listini prodotti da TI nel corso del procedimento, relativamente ai quali ha presentato analisi di replicabilità e di redditività, non sono quelli ai quali la forza vendita diretta ed indiretta faceva generale ricorso, in quanto si rileva la pratica diffusa di formule di *pricing* inferiori a tutti i listini *standard* forniti dalle Parti (doc. 355.14).

96. Più precisamente, da documenti acquisiti in sede ispettiva si evince che TI aveva fatto riferimento a Listini più bassi di quelli dichiarati nell'ambito del presente procedimento già dal marzo 2001. In tal senso, risulta dal doc. 140.6 che TI ha applicato al GRUPPO [OMISSIS] condizioni notevolmente più contenute di quelle evidenziate dai 35 listini in vigore in quel periodo e più contenuti anche del Listino AI (o F7), che secondo TI sarebbe stato applicato solo a partire dal febbraio 2003 (cfr. in seguito, tab.7). Si rileva, peraltro che le condizioni economiche applicate al GRUPPO [OMISSIS] per le direttrici di traffico locale e fisso-mobile risultano inferiori ai costi regolatori di TI riferibili al 2002 (cfr. Tab. 7).

97. Peraltro, la documentazione ispettiva evidenzia che l'utilizzo di Listini personalizzati inferiori anche al listino AI era molto diffuso già dal 2002. Infatti, il doc. n. 17.1 mostra chiaramente che, già nel dicembre del 2002, nel settore *Finance* erano stati applicati i seguenti Listini, tutti inferiori a quello che nel medesimo documento viene indicato come il Listino "F più aggressivo" (F7 corrispondente, come già rilevato, al listino AI. Tali listini risultano altresì inferiori ai costi regolatori di TI coerenti con l'offerta di interconnessione pubblicata nel corso del 2002 (cfr. Tab.7).

Tab. 7. - Listini effettivamente applicati per offerte ad alcuni clienti affari privati prima del dicembre 2002. Valori in centesimi di euro e in lire/minuto

	Costi regolatori standard Dati pre-consuntivo 2001 e costi noti nel 2002	[omissis] (marzo 2001)	[omissis]	[omissis]	[omissis]	[omissis]	Gruppo [omissis]	Listino F7 (Listino AI)
Traff. Locale/distr.	1,549 (30)	1,39 (27)	1,23 (24)	1,24 (24)	1,29 (25)	1,29 (25)	1,55 (30)	1,550 (30)
Traff. Intdstr	2,750 (53)	3,61 (70)	2,58 (50)	2,58 (49)	2,58 (50)	2,169 (42)	2,698 (52)	3,100 (60)
Traff. F/M	19,82 (383)	18,59 (360)	17,55 (340)	17,61 (340)	18,07 (350)	18,07 (350)	19,11 (370)	19,11 (370)

Fonte: dati di TI, doc. ispettivo n. doc. n. 17.1., doc.140.4, 355.14 e 519.19.

98. Inoltre, la circostanza che la rete di vendita facesse riferimento ad un insieme più vasto di Listini rispetto a quelli presentati da TI nel corso del presente procedimento risulta anche dal documento "Fonia Clienti Executive Stato dell'arte ricontrattualizzazioni" del 10 aprile 2003 (doc. 161.7), che evidenziava come, dato un listino denominato "Best Price", con valori Locale 24 lire/min., interdistrettuale 48 lire/min. e Fisso-mobile 340 lire /min., si stesse assistendo alla ricontrattualizzazione delle condizioni economiche relative al traffico di fonia, che andavano sempre più riducendosi⁴⁹.

99. In particolare, il 34% dei clienti di Finance risultava essere stato ricontrattualizzato con listino LP (25/50/350), che non trova corrispondenza con il più basso dei 9 listini datati da TI al febbraio del 2003 (Listino AI), bensì con le condizioni praticate a [omissis] già nel dicembre del 2002 (doc. 17.1). Come evidenziato dalla seguente tabella tutti questi listini sono da ritenersi sottocosto regolamentare facendo riferimento ai costi regolatori standard coerenti con la OIR 2002 approvata nel 2003 ed i costi esterni di rete noti nello stesso periodo.

Tab. 8. - Listini effettivamente applicati per offerte ad alcuni clienti affari privati nel 2003 (Valori in centesimi di euro e in lire/minuto).

	Costi regolatori standard Dati consuntivo 2001 e costi noti nel 2002	LP	Best Price	Listino AI
Traff. Locale/distr.	1,509 (29,2)	1,29 (25)	1,23 (24)	1,550 (30)
Traff. Intdstr	2,628 (50,88)	2,28 (50)	2,58 (48)	3,100 (60)
Traff. F/M	18,013 (348,7)	18,07 (350)	17,55 (340)	19,11 (370)

Fonte: dati TI, doc. 17.1 e doc. 161.7, doc. 355.14 e 506.19

100. In ogni caso, si deve sottolineare che i Listini sono considerati di norma solo come uno strumento "di base" per la trattativa con il cliente, rispetto al quale praticare sconti ulteriori. Infatti, a partire da tali Listini, "la forza vendita ha la possibilità di gestire normalmente la trattativa con alcuni margini di sconto predefiniti e può eccezionalmente applicare ulteriori sconti". Sono definiti tanto il pricing che i livelli autorizzativi in funzione del ricavo complessivo previsto, prevedendo che per i contratti di maggiore entità sia richiesta anche l'autorizzazione della Funzione Controllo Operativo della Direzione Domestic Wireline (doc. 9.1).

101. In tal senso, il doc. n. 25.1, in allegato, contiene una reportistica generale della clientela business di TI, dalla quale si evince, ad esempio, che nel 2002 per tutta una serie di clienti bancari appartenenti al GRUPPO [OMISSIS] ([OMISSIS] ([OMISSIS] ([OMISSIS] ([OMISSIS]), era praticato un listino F5 (locale 30 lire/min, interdistrettuale 80 lire/min, fisso-mobile 370 lire/min), sul quale era altresì attribuito un "bonus" del 10% su tutto il traffico sviluppato oltre un certa soglia. Quindi tali contratti non solo risultano caratterizzati da prezzi inferiori ai costi regolamentari per la direttrice fisso-mobile, ma una volta superata la soglia di budget di spesa definita contrattualmente risultano sottocosto regolamentare anche avuto riguardo alla direttrice locale/distrettuale.

⁴⁹ [In particolare, le suddette condizioni apparivano molto simili a quelle che saranno applicate da TI nell'offerta formulata per la gara CONSIP per i servizi di telecomunicazioni su rete fissa alla Pubblica Amministrazione nel 2002 (locale 25 lire /min., interdistrettuale 40 lire/min. e fisso-mobile 204 lire/min.), applicate in seguito anche a clienti appartenenti a settori diversi dalla Pubblica Amministrazione. Cfr. infra nel testo.]

La politica di scontistica applicata da TI, in ragione della sua complessità e incidenza sui fatti oggetto del presente procedimento, verrà ampiamente illustrata più avanti.

2.3.3 Gli Accordi Programmatici

102. Come appena osservato, lo strumento dei listini appare in definitiva solo uno degli strumenti della politica commerciale di TI; secondo le dichiarazioni della stessa società *“nella negoziazione con il cliente possono essere definite ulteriori personalizzazioni delle offerte quanto a pricing ed a soluzioni di razionalizzazione del costo e del mix complessivo di servizi”* (doc. 355.14). In effetti, occorre rilevare che la documentazione ispettiva evidenzia che gli Accordi Programmatici sono utilizzati dalla rete di vendita di TI particolarmente in ambito di gara e/o nei riguardi di azioni di *winback* dei clienti dei concorrenti (doc. 179.7 e 55.3, pagg. 7 e 9, laddove l’Accordo di Programma è classificato fra le offerte *Outbound/Inbound* del segmento *Executive* sotto l’obiettivo *“Offerta per Gare”*).

103. TI ha in effetti affermato che *“le offerte praticate da Telecom Italia alla clientela affari sulla base dei listini vengono sviluppate all’interno di un quadro contrattuale definito “Accordo Programmatico”.* (doc. 355.14).

In tale tipo di contratto l’offerta viene inizialmente costruita sulla base del livello di fabbisogno stimato del cliente sulla base dei dati di consumo storici osservati (volumi e mix di traffico valutati su base annua). L’accordo prevede, da un lato, l’impegno di TI a realizzare attività di monitoraggio dei consumi sviluppati dal cliente e, dall’altro, l’impegno del cliente a *“considerare Telecom quale interlocutore di primaria importanza nello scenario globale dell’ICT”*.

104. *Secondo la stessa descrizione data da TI in un proprio documento interno (doc. n. 55.3, pag. 7), un’Accordo Programmatico è “un’offerta basata su un accordo a volume su base annuale, solo su base autorizzazione della Direzione Generale”. In tali tipo di offerta il corrispettivo delle prestazioni erogate da TI è determinato in maniera aggregata, a fronte di una ipotesi prestabilita sulla ripartizione del traffico nelle diverse direttrici. Esso viene fatturato bimestralmente e pagato anticipatamente, mentre a fine anno vengono determinate le somme dovute a conguaglio in funzione degli scostamenti di traffico superiori a soglie predefinite, che nella formulazione standard sono del 5%.*

Sostanzialmente, mentre nel caso di scostamenti -tanto in aumento che in diminuzione- inferiori a tale soglia l’importo dovuto dal cliente non varia, gli scostamenti superiori possono dar luogo ad aggiustamenti sostanziali. Laddove il cliente consumi traffico in eccedenza rispetto al fabbisogno preventivato definito come obiettivo di budget per più del 5%, si farà riferimento ad una tariffa minutaria media scontata che può giungere fino al 30% rispetto al listino applicato, come ad esempio nel contratto sottoscritto con [omissis] relativo al periodo 2001/2002 (doc. 355.14, allegato 6). In altri casi, come per l’accordo sottoscritto nel 2001 con la [OMISSIS], le Parti pattuiscono che di fronte a scostamenti in aumento o in diminuzione del 10% rispetto all’obiettivo di budget definito dal cliente come suo fabbisogno stimato non sarà dovuto alcun conguaglio rispetto agli importi totali pattuiti (doc. 355.14).

105. TI avrà la facoltà di ritenere risolto il contratto solo nel caso di divergenze fra il fabbisogno di traffico preventivato e il consuntivato che vedano il secondo inferiore al primo in misura superiore ad una particolare soglia, che nel citato caso di [OMISSIS] è pari al 15%, ma nel caso del contratto con [OMISSIS], per 2001 giunge al 20% (doc. 11.1), ovvero nel contratto con [OMISSIS],⁵⁰ e [OMISSIS], si riduce al 10% (doc. 484.18 e doc. 355.14, allegato 6).

Appare avere rilievo il fatto che contrattualmente è previsto l’obbligo per il cliente di informare preventivamente TI della possibile realizzazione di scostamenti rispetto al traffico previsto. In

⁵⁰ *[L’accordo di Programma sottoscritto il 18 aprile 2002 con [omissis] per il traffico fonia outbound prevede l’applicazione di un listino F7 caratterizzato da un livello di prezzo per la direttrice fisso mobile (370 lire /min.) inferiore ai corrispondenti costi regolatori. A ciò sia aggiunge uno sconto ulteriore del 5% erogato a forfait nel dicembre del 2002 per tutte le direttrici di traffico (doc. 484.18).]*

alcuni casi, come per il contratto vigente per l'anno 2002 fra TI e il gruppo [OMISSIS], per servizi di fonia e dati, rinnovato nel 2003, è inoltre previsto un onere del cliente (articolo 6), a "[...]comunicare preventivamente per iscritto a TI eventuali variazioni in diminuzione relative all'utilizzo dei servizi di TLC. Fatto salvo i casi previsti, tali diminuzione non dovranno derivare a seguito cessioni verso altro fornitore" (doc. 355.14, all. 6, enfasi aggiunta). Inoltre, le Parti possono prevedere, come per il contratto sottoscritto con [OMISSIS], per il traffico fonia 2002-2003, che nel caso in cui si verifichi una riduzione dei consumi "derivante dal mancato utilizzo dei servizi erogati da TI, quest'ultima ne sopporterà gli oneri (derivanti dal mancato introito) fino ad un massimo del 10% calcolato sull'obiettivo globale", essendo il rimanente importo (cd. oneri aggiuntivi) comunque a carico del cliente; quest'ultimo, in caso di diminuzioni del traffico inbound, dovrà peraltro corrispondere l'intero importo stabilito per tali volumi. Viceversa, in caso di scostamenti sotto soglia "a seguito delle azioni integrative" di TI, il cliente deve corrispondere "un importo pari al 50%, calcolato sulla differenza fra l'obiettivo globale ... e il costo reale determinatosi a seguito di tali integrazioni" (cfr. l'articolo 8, Verifica delle attività, del contratto con [OMISSIS], in doc. 355.14, all. 6, enfasi aggiunta).

106. A seguito dell'eventuale risoluzione del contratto le prestazioni erogate da TI vengono valorizzate in misura da definirsi in maniera transattiva tra le parti. Spesso, come nel caso del contratto con [OMISSIS], sottoscritto il 18 aprile 2002 e di durata pari a venti mesi (1° maggio 2002-31 dicembre 2003), è previsto che, in caso di disdetta anticipata "...verranno ripristinate anche in modo retroattivo, le condizioni economiche previste dalla Gazzetta Ufficiale" (cfr. la disciplina del recesso nelle condizioni generali del contratto a pag. 9, nonché l'ipotesi di disdetta anticipata del cliente a pag. 3, in doc. 484.18).

107. Il controllo delle azioni dei concorrenti è poi assicurata in alcuni contratti da clausole che prevedono l'applicazione delle migliori condizioni di mercato a fronte del rispetto delle soglie di fatturato preventivamente definite sulla base dei consumi storici del cliente. Così, ad esempio, nell'Accordo di Programma con [omissis], relativo al periodo 2001-2002, vengono definite delle soglie di traffico stimate e delle soglie di tolleranza per gli scostamenti, a fronte del rispetto delle quali TI si impegna a "...applicare di iniziativa tutte le migliori condizioni di mercato che dovessero venire in corso d'anno" (doc. 355.14).

108. Vale sottolineare che la descritta tipologia contrattuale risulta di gran lunga la più diffusa nei confronti della clientela *Executive* (DW-DCE): TI ha dichiarato di aver contrattualizzato con questa formula 789 clienti *Executive* nel 2001, 915 nel 2002 e 694 nel 2003; con riferimento alla clientela della DW-DCB, gli Accordi di Programma sono stati applicati a 3027 clienti Business nel 2001, a 3381 nel 2002 e a 4.472 nel 2003 (doc. 355.14, All. 5). TI non ha fornito il dato relativo all'incidenza, in termini di fatturato, di ciascuna tipologia di contratto distinta, ma dalle affermazioni sulla tipologia di clientela cui queste offerte sono dirette, si deve desumere un elevato peso percentuale sui fatturati delle due Direzioni DCE e DCB di riferimento.

2.3.4 Gli Accordi di Partnership

109. TI ha poi dichiarato di utilizzare, per i clienti di maggiori dimensioni, Executive o Business, un'ulteriore tipologia di offerta di servizi, denominata Accordo di Partnership (doc. n. 355.14 e 385.15).

Mediante tali Accordi, viene ad instaurarsi un rapporto più stretto tra cliente e fornitore "un rapporto di consulenza più intenso tra Telecom Italia e il cliente" che può riguardare non solo la fonia ma il complesso dei servizi di ICT. Similmente a quanto avviene per gli Accordi di Programma, non esistono modelli standard per tali tipi di accordi, nei quali il cliente si impegna di norma a "considerare Telecom quale interlocutore di primaria importanza nello scenario globale dell'ICT, coinvolgendola nello sviluppo di nuove iniziative" (doc. 355.14).

110. Vale segnalare che il summenzionato "rapporto di consulenza più intenso" assume in alcuni casi, anche formalmente, il carattere di un vero rapporto di fornitura esclusiva; ad esempio nel contratto con [OMISSIS] per il 2002, la richiamata formulazione generale è sostituita con la

seguente "il cliente si impegna a: considerare Telecom quale interlocutore di riferimento nello scenario globale dell'ICT, coinvolgendola nello sviluppo di nuove iniziative, affidare a TI tutto quanto ricompreso nel presente accordo e più precisamente: le linee telefoniche ed il traffico telefonico originato da sue sedi, collegamenti ed il traffico per la trasmissione dati, nonché tutti i servizi a valore aggiunto legati alla manutenzione, all'assistenza ed alla gestione tecnica delle infrastrutture ICT previste" (doc. 11.1, enfasi aggiunta).

111. Anche per questo tipo di contratti viene individuato un obiettivo di budget sulla base di analisi riguardanti i consumi storici del cliente su base annuale. Durante il periodo di vigenza contrattuale viene monitorata la dinamica dei consumi.

In particolare, in questa formula contrattuale è prevista la creazione di appositi Gruppi di Lavoro congiunti fra il cliente e TI, in relazione alla definizione dell'upgrade tecnologico delle forniture, al monitoraggio dei consumi ed alla definizione del benchmark per le condizioni economiche migliori. Al termine del periodo contrattuale le modifiche alle consistenze in essere dei servizi oggetto dell'accordo vengono consuntivate e fatturate a conguaglio (doc. 355.14).

112. Con riferimento all'obiettivo di Budget per i consumi, gli scostamenti del traffico effettivo rispetto a quello preventivato inferiori al 5% non danno luogo a variazioni del costo della fornitura. Diversamente, qualora nel primo semestre venissero rilevati scostamenti superiori alle bande di oscillazione predefinite per singola direttrice di traffico o per componenti dell'offerta "si procederà congiuntamente alla ridefinizione delle condizioni economiche applicate". Qualora alla scadenza del contratto gli scostamenti dovessero rivelarsi positivi e superiori a tale soglia gli sconti sugli importi incrementali sarebbero crescenti e pari al 10% e successivamente al 15%. Viceversa, se alla scadenza del contratto si dovesse rilevare che il cliente ha richiesto volumi di traffico minori di oltre il 10% rispetto agli obiettivi di Budget, TI ha la facoltà di recedere dal contratto e applicherà le condizioni tariffarie in vigore alla data di scadenza del contratto con riferimento all'offerta standard Business Voice (cfr. contratti [OMISSIS] periodo 2001-2003, doc. 355.14 allegato 6). In alternativa, come nel caso di [OMISSIS], TI sopporterà una contrazione del traffico solo fino al 5%, essendo comunque dovuto il restante corrispettivo globale (nella misura quindi del 95%), in caso di scostamenti superiori (doc. 11.1).

113. *La durata del contratto è in genere annuale, ma con clausole di impegno al rinnovo, in base alle quali "...le parti dichiarano sin d'ora il proprio reciproco interesse a definire un nuovo accordo, avente le medesime finalità del presente e pertanto si impegnano ad incontrarsi per definire entro il [30 giorni prima della scadenza contrattuale, n.d.r.] lo schema dell'eventuale nuovo accordo". Si veda in tal senso, il contratto [OMISSIS] citato (doc. 11.1) e il contratto [OMISSIS] (doc. n. 355.14, all. 6), entrambi a scadenza il 31 dicembre 2002. Nel caso del contratto concluso con il Gruppo [OMISSIS], del dicembre 2000, relativo al traffico fonia outbound e inbound, nonché ai servizi dati forniti su rete Interbusiness di TI, viene inoltre previsto un divieto a carico del cliente di "...indire bando gara atto alla sostituzione delle attuali reti dati e fonia prima del mese di luglio 2001". Tale contratto prevede, inoltre, che per i nuovi progetti venga applicato da TI "il miglior prezzo ottenibile a seguito di trattativa privata, con eventuale benchmark di mercato" (all. 6 al doc. 355.14).*

114. In ogni caso, la documentazione acquisita evidenzia un rilevante e diffuso ricorso ad offerte di questo tipo aventi finalità di *retention* e di *winback* della clientela. L'impatto economico della scontistica praticata mediante tali contratti deve ritenersi di grande rilevanza in relazione al valore delle commesse ed alla quota parte delle offerte commercializzate in ciascun periodo, al punto che la stessa Direzione Clienti Executive si era preoccupata dei possibili effetti di tale politica sui risultati del *marketing* fonia relativamente all'obiettivo prefissato di ricavi complessivi (doc. 29.2).

2.3.6 Accordi Quadro di Outsourcing e Accordi Quadro

115. Uno strumento contrattuale simile agli Accordi di Partnership è quello degli Accordi Quadro di Outsourcing o Accordi Quadro, la cui caratteristica principale è quella di riferirsi a clientela caratterizzata da strutture societarie complesse, essendo le medesime condizioni di fornitura

estese a tutte le controllate del gruppo. Anche con questo tipo di contratto, infatti, viene ad instaurarsi un rapporto di collaborazione tra TI e il cliente che abbraccia il complesso dei servizi di TLC. Anche in questo caso, inoltre, vengono individuati degli obiettivi di Budget per i singoli anni (la durata è infatti normalmente biennale), a fronte dei quali vengono definite delle soglie di tolleranza, superate le quali si dà luogo alla rinegoziazione delle condizioni e alla sottoscrizione di una "lettera aggiuntiva" integrativa dell'accordo (cfr. inter alia, il contratto di outsourcing sottoscritto con [OMISSIS] nel 2003, 355.14 allegato 6, infra nel testo). Tali obiettivi di traffico sono individuati congiuntamente da TI e dal cliente sulla base dei consumi storici di quest'ultimo: così, ad esempio, l'Accordo Quadro sottoscritto per il 2004 con [OMISSIS] prende a base tutto il traffico TLC (fonia nazionale, internazionale e fisso-mobile) della società del 2003, aumentato delle previsioni di consumo per gli anni successivi a partire dal 2004 (cfr. la Premessa dell'Accordo, in All. 7 al verbale dell'audizione finale del 29 settembre 2004).

116. Accanto a tali accordi di *Quadro di Outsourcing* si rinvengono anche altri esempi come quello degli *Accordi Quadro*, che prevedono precisi impegni della capogruppo stipulante e delle sue singole controllate in relazione alla definizione della soglia di budget contrattuale, per cui *"TI ha la possibilità di recedere dal presente Accordo-Quadro, nel caso in cui il cliente o la singola azienda del gruppo riducano il loro traffico annuale di oltre il 50% a seguito dell'utilizzo di altri operatori o nel caso in cui il cliente effettui un uso improprio del traffico telefonico contrattualizzato"*. L'Accordo Quadro prevede inoltre la possibilità di recesso anche per tutte le società del Gruppo, ma precisa che *"[r]esta comunque inteso che dal momento di efficacia del recesso, TI sarà tenuta ad applicare, alle società del gruppo[...] condizioni non inferiori a quelle in vigore precedentemente alla conclusione del presente Accordo-Quadro"*. Peraltro, tale tipo di accordo prevede la formazione di un Gruppo di Lavoro misto incaricato del monitoraggio e della definizione dei fabbisogni e delle soluzioni tecniche da erogare al gruppo (cfr. accordo quadro sottoscritto con il GRUPPO [OMISSIS], doc. 355.14, allegato 6).

117. Anche in questi contratti, peraltro, si rinvengono clausole di adeguamento alla migliore offerta di mercato ancora nell'anno in corso. Così, a titolo di esempio, nell'Accordo Quadro del 2004 con [omissis], società del gruppo facente capo alla municipalizzata [omissis], la società cliente *"...garantisce e assicura che Telecom rivestirà la qualità di fornitore di riferimento e sarà, quindi, preferito nel caso in cui le condizioni contrattuali ed economiche offerte siano equivalenti..."* (cfr. l'articolo 2 dell'Accordo, in All. 7 al verbale dell'audizione finale del 29 settembre 2004).

2.3.7 L'incidenza del complesso delle offerte personalizzate sulla clientela business di TI.

118. Occorre, infine, rilevare che, come evidenzia la seguente tabella 9, nel periodo dal 2001 al 2003 TI ha applicato le diverse forme contrattuali sopra illustrate ad un elevato numero di clienti business.

Tab. 9. - Numero di contratti relativi ad alcune tipologie di offerte personalizzate rivolte alla clientela business ed executive (2001-2003).

Offerta di fonia	Clients 2001	Clients 2002	Clients 2003 (1° semestre)
Accordi programmatici	3816	4296	5166
Listini personalizzati	2193	1863	1976
Offerta CONSIP	2254	2555	2850
Totale	8263	8714	9992

Fonte: informazioni fornite da TI (doc. 355.14, all.4 e 5).

119. Un dato di maggior rilievo, più che il numero assoluto di contratti inerenti ciascuna tipologia di contratto, sarebbe quello relativo all'incidenza in termini di fatturato dei ricavi derivanti dall'applicazione di queste formule contrattuali particolari sui ricavi totali derivanti a TI dalla vendita di servizi alla clientela Business. A tale riguardo, poiché la società non ha fornito indicazioni quantitative precise in tal senso, una prima valutazione può essere compiuta considerando che nel 2002 il valore medio di un contratto *Executive* è pari a circa [OMISSIS] mila euro, mentre il valore medio di un contratto *Business* è di poco superiore a circa [OMISSIS] mila euro.

Ne deriva che il peso complessivo di tali offerte in termini di fatturato presumibilmente è molto elevato, e certamente queste costituiscono, in termini di fatturato, la parte più ampia del giro di affari di TI sui mercati di riferimento.

Peraltro, la Parte ha fornito una stima dell'incidenza del fatturato realizzato attraverso i contratti relativi agli Accordi di Programma, agli Accordi di Partnership e ai listini personalizzati sul totale del fatturato realizzato per servizi di fonia relativi alla clientela *Business* ed *Executive*, che dovrebbe attestarsi intorno all'11%. Tale dato, peraltro, deve ritenersi puramente indicativo in quanto è stato stimato sulla base di proiezioni basate sul fatturato realizzato nei mesi di febbraio e marzo 2004 e sui dati contabili dei fatturati realizzati nel 2003 relativamente ai clienti *Business* ed *Executive* per servizi di fonia.

2.4 La strategia commerciale di TI sui mercati business: azioni di *retention* e di *win-back* attuate attraverso l'offerta di contratti personalizzati

2.4.1 Gli obiettivi strategici aziendali

120. Le risultanze istruttorie evidenziano come TI, in un contesto di progressiva liberalizzazione dei mercati, ha utilizzato le formule contrattuali sopra elencate per attuare una politica commerciale estremamente aggressiva e di forte recupero di quote di mercato attraverso azioni mirate su specifici clienti, potenzialmente o concretamente suscettibili di accettare offerte della concorrenza. Per attuare questa politica commerciale TI si è avvalsa di una forte organizzazione, basata su una rete di vendita diretta e indiretta, le cui azioni sono state attentamente indirizzate e monitorate a livello centrale mediante un complesso sistema di reportistica⁵¹.

121. Più precisamente, dalla documentazione acquisita in ispezione emerge che nel corso del periodo 2000-2004 TI ha adottato mediante la rete di vendita politiche commerciali attentamente monitorate a livello centrale tanto attraverso un processo di validazione unitario per le singole proposte commerciali, quanto mediante la definizione dei parametri di riferimento ai quali le autorizzazioni in parola risultano condizionate (docc. nn. 9.1, 142.6 e 355.14). La documentazione ispettiva evidenzia altresì che con cadenza mensile, la rete di vendita ha riportato i risultati in termini di *winback* e *retention* della clientela, quanto lo stato di avanzamento delle trattative in essere. A tali risultati risulta collegato poi un sistema di incentivazione della rete di vendita⁵².

122. Un quadro delle indicazioni generali fornite periodicamente alla rete di vendita da TI può essere desunto, ad esempio, da un documento interno del giugno 2002, denominato "*Incontro con Vendita Business*", nel quale venivano indicate le seguenti strategie: "*Difesa quote, riconduzione contratti in formule standard, recupero quote con offerta aggressiva di winback retention proattiva per mantenimento quote e prevenzione ULL*" e venivano fornite indicazioni

⁵¹ [Si vedano, ad es., i cd. *Business Review mensili redatti dalle Direzioni Commerciali clienti Business ed Executive ed altri tipi di presentazioni denominate Incontri con le Industries, ed i Marketing Road Map della Direzione Domestic Wireline.*]

⁵² [Si ricordano i già richiamati *Business Review mensili redatti dalle Direzioni Commerciali clienti Business ed Executive ed le presentazioni Incontri con le Industries, ed i Marketing Road Map della Direzione Domestic Wireline.*]

riguardo all'approccio commerciale, quali "winback selettivo su clienti ad alto potenziale" ed anche "winback aggressivo per evitare migrazione in CPS/ULL" (doc. 59.3)⁵³.

Inoltre, dalla documentazione agli atti si evince che le Direzioni centrali hanno definito obiettivi generali quali il "mantenimento e recupero della QdM e ulteriore incremento dei ricavi attraverso: l'effettuazione di azioni di winback e retention sui grandi clienti con commercializzazione di formule di pricing mirate" (doc. n. 55.3).

123. In funzione di tali obiettivi sono state individuate le azioni da seguire su ciascun mercato. In particolare, per i servizi di fonia era previsto l'"utilizzo della leva del prezzo in un'ottica di lock-in clienti vs ULL concorrenza" e la necessità di "continuare ad esercitare una forte aggressività commerciale ed estenderla oltre il traffico di base" (doc 37.2). Inoltre, la Direzione Wireline Services (della quale fanno parte la DCE e la DCB) nell'ottobre del 2002 indicava le seguenti azioni: "F.O. Contrastare aggressivamente e selettivamente la penetrazione di COLT e FASTWEB sui singoli clienti corporate", mediante l'"autorizzazione investimento anche con ritorni di breve e medio non soddisfacenti" e "pricing selettivo e di contrasto in base alla singola trattativa" (doc 138.6).

124. Per ciò che concerne il monitoraggio delle azioni della concorrenza, le direzioni commerciali di TI predisponavano periodicamente una fotografia dei principali clienti dei concorrenti in termini di traffico, definendo le strategie commerciali da adottare nei riguardi di tali clienti. Così, dalla *Business Review* dell'agosto del 2002, redatta dalla Direzione *Executive*, si evince che "la ripartizione della concorrenza è fortemente concentrata su pochi clienti" e che il 30% del traffico totale realizzato dai concorrenti di TI risultava concentrato su 5 clienti ([OMISSIS], [OMISSIS], [OMISSIS], [OMISSIS] e [OMISSIS]), mentre sui primi 15 risultava concentrato il 40% del traffico (doc. 65.3). Tale quadro veniva riproposto alla fine dello stesso anno per fornire il punto di partenza per la definizione delle strategie commerciali da adottare nel marzo del 2003. La *Business Review* del 20 marzo 2003, infatti, evidenziava che il 78,6% del traffico *outbound* della concorrenza era concentrato su 30 clienti e che, di questi, i primi 5 ([OMISSIS], [OMISSIS], [OMISSIS], [OMISSIS] e [OMISSIS]), ne rappresentano quasi il 50%, ed i primi 10 quasi il 60% (doc. n. 182.7).

125. Le Direzioni risultano, inoltre, aver fornito precise indicazioni riguardo alle azioni di *winback* da seguire nei confronti di singoli clienti dei concorrenti rappresentativi delle più elevate quote di traffico. A titolo esemplificativo, la *Business Review* del 20 marzo 2003 riporta diverse azioni di *winback*, attuate o in corso, che risultano poi essersi concretizzate nei confronti tra gli altri di [OMISSIS] (cfr. infra), [OMISSIS]⁵⁴, [OMISSIS], [OMISSIS], [OMISSIS]⁵⁵, e [OMISSIS]⁵⁶ (doc. n. 182.7).

126. In concreto, gli obiettivi di ordine generale preliminarmente fissati sono stati declinati in obiettivi quantitativi specifici che fungevano da punto di riferimento per determinare gli incentivi per la rete di vendita. Infatti, sia per il canale di vendita diretto che indiretto TI ha previsto un

⁵³ [In particolare, per il 2002, la Direzione business aveva individuato come "obiettivo sfidante" il contenimento della perdita di clienti in CPS da 174.000, previsti nel peggiore degli scenari, a soli 32.000 previsti. Tale obiettivo avrebbe dovuto concretizzarsi in una contrazione della quota di mercato nel 2002 per la clientela TOP (-1,2%) più che compensato dall'aumento della quota riferita alla clientela business di minori dimensioni (+1,9%) (doc. 59.3).]

⁵⁴ [Dal doc. 21.1 agli atti si evince che a tale operatore sono state praticate condizioni fuori listino.]

⁵⁵ [Con il Gruppo [OMISSIS] risulta essere stato concluso un Memorandum of Understanding che prevede la fornitura di tutti i servizi di fonia fissa nazionale per la generalità delle aziende appartenenti al Gruppo a fronte della definizione di una spesa complessiva preventivamente definita tra le parti, nonché l'applicazione di un ulteriore sconto del 5% nel caso di rinnovo di un'annualità del contratto. Tra l'altro l'accordo prevede la costituzione di un Team Misto (composto da rappresentanti di [OMISSIS] e TI) al quale viene demandato il compito di definire ed applicare a tutte le aziende del gruppo le condizioni più favorevoli riscontrate sul mercato per la componente di traffico internazionale (doc 355.14).]

⁵⁶ [Le evidenze documentali mostrano che tra TI e la [OMISSIS] è stato concluso nel 2003 un Accordo Programmatico per un consumo di traffico pari a 14 milioni di minuti (Cfr. doc. 182.7). Tale cliente era servito da COLT per il 2002; tale ultima società, infatti, lamenta la natura aggressiva dell'offerta proposta da TI (doc. 330.13).]

sistema di misurazione delle *performances* al quale è collegato il sistema di incentivazione economica.

Tale sistema risulta particolarmente premiante delle azioni di *winback* e della conclusione di formule contrattuali caratterizzate da una scontistica correlata al raggiungimento di soglie di traffico stabilite in relazione ai fabbisogni storici del cliente⁵⁷.

2.4.2 Gli strumenti di monitoraggio della scontistica adottata da TI: il "Budget Sconti" e gli indicatori di redditività

127. Dalla documentazione ispettiva emerge l'esistenza di uno strumento di politica commerciale denominato "Budget Sconti". Strumento applicato a partire dal 2000, esso "*indica la riduzione massima dei ricavi che può essere raggiunta per effetto delle modifiche ai contratti in corso di anno. Tale valore è programmato all'interno delle Direzioni Commerciali Executive e Business che lo devono utilizzare quale riferimento per la formulazione delle offerte personalizzate*" (doc. n. 355.14)⁵⁸.

128. Dalla documentazione acquisita nel corso delle ispezioni presso le diverse sedi di TI emerge un procedimento di autorizzazione degli sconti per i servizi offerti all'utenza business molto strutturato. Infatti, all'interno delle Direzioni Commerciali Executive e Business tale meccanismo serve come riferimento per la formulazione di offerte personalizzate, nel senso che "*il ricorso agli sconti nelle trattative commerciali è reso possibile mediante un meccanismo di preallocazione di un budget sconti assegnato all'inizio dell'anno dalla funzione marketing sulla base delle cornici di budget e delle politiche di pricing attuate [...]. Il budget sconti complessivo previsto dalla normativa [commerciale] e comunicato al Sales Management [...] viene preallocato [...] dalla funzione centrale [...] sulla base degli obiettivi di programma delle singole industry*"⁵⁹ (doc. 15.1).

129. In relazione al rispetto di tali obiettivi di *budget sconti*, la commercializzazione dell'offerta è preceduta da un processo di validazione della stessa, la quale prevede che il responsabile commerciale che presidia il cliente verifichi che la nuova proposta soddisfi determinati requisiti in relazione alla redditività del contratto, alla variazione del ricavo assoluto associata alla nuova offerta e alla variazione del ricavo percentuale.

130. A tale riguardo, TI ha fornito una serie di precisazioni sugli strumenti utilizzati internamente per valutare la convenienza delle diverse proposte commerciali formulate alla clientela (doc. nn.142.6 e 355.14). In particolare, "*il responsabile commerciale che presidia il Cliente, sulla base di stime relative al totale dei minuti di traffico annuo per singolo cliente e per singola tipologia di traffico, verifica che la nuova proposta soddisfi il requisito che l'indicatore di redditività, denominato p , assumesse un valore maggiore o uguale del 5% per la clientela Executive e del 10% per la clientela Business.*

131. Laddove la nuova proposta commerciale di TI determini un risultato di p inferiore al valore minimo individuato, TI ha sostenuto che "*il processo prevede un'ulteriore verifica dell'offerta sulla*

⁵⁷ [Infatti, il "Piano di incentivazione anno 2001", relativo ai clienti TOP valido dal 1 gennaio 2001 al 31 dicembre dello stesso anno, definisce accanto alla retribuzione fissa, un incentivo variabile in funzione del raggiungimento durante l'anno di alcuni obiettivi, tra i quali compare "l'obiettivo di fidelizzazione (della clientela attraverso la sottoscrizione del maggior numero di contratti quali Business One, Outsourcing e di Partnership contenenti condizioni economiche correlate al raggiungimento di obiettivi di traffico definiti in relazione ai fabbisogni del cliente) (doc. 106.4).]

⁵⁸ [TI ha precisato che il "Budget Sconti si riferisce al solo traffico fonia per il quale l'evoluzione tecnologica del settore ha comportato una riduzione dei costi e quindi un trend di prezzo decrescente" (doc. 385.15).]

⁵⁹ [Il documento spiega, inoltre, il meccanismo di gestione delle richieste di autorizzazione sconti che prevede una responsabilità in capo al responsabile Industry di verifica della capienza nel budget sconti residuo dello sconto e la predisposizione della scheda relativa all'esito della trattativa, corredata se disponibile dal posizionamento di prezzo degli altri concorrenti partecipanti alla trattativa.]

base dei riferimenti regolatori e valuta la coerenza/praticabilità dell'offerta con l'avanzamento del budget sconti disponibile"(doc. n. 355.14).

A tale riguardo, vale osservare che la stessa TI non nega l'applicabilità, ancorché con un processo di controllo interno sostanzialmente finalizzato a verificare che lo sconto proposto non ecceda i limiti di budget periodicamente preventivati, di offerte con valori di margine al di sotto del minimo preventivato, o, al limite, negative.

2.5 L'applicazione effettiva della politica commerciale di TI

2.5.1 Alcuni esempi di contratti applicati

132. Occorre anzitutto rilevare che nell'ambito della documentazione ispettiva è stata reperita documentazione comprovante la sottoscrizione di contratti e/o la formulazione di offerte che a fronte di indicatori di redditività negativi ($p < 0$), alle quali si accompagnano condizioni economicamente e/o tecnicamente incoerenti con quelle definite in sede regolamentare e/o la previsione di clausole particolari quali vincoli di esclusiva espliciti o discendenti dalla struttura della scontistica o dalla previsione di penalizzazioni in caso mancato rispetto degli obiettivi di consumo definiti preventivamente oppure ancora di adeguamento alla migliore offerta. Tali esempi di politica commerciale di TI rispondono ad un esplicito obiettivo aziendale di difesa e recupero di quote di mercato il cui raggiungimento è oggetto di costante verifica interna.

133. Nell'ambito delle ispezioni presso la Direzione Wireline di TI è stato infatti possibile reperire numerose autorizzazioni di sconti che associano ad indicatori di redditività che sono non solo inferiori a valori standard, ma negativi, vettori di prezzo inferiori ai costi regolatori (cfr. tabella 7). Ad esempio, l'autorizzazione alla conclusione del contratto con [OMISSIS], uno dei primi 5 clienti della concorrenza per Traffico Fonia *Outbound* (cfr. doc 182.7), riguarda la sottoscrizione, con decorrenza dal 1 gennaio 2003, di un contratto con "*Listino Personalizzato*" Applicato su [OMISSIS] che presenta: $p = -21,9\%$; con la precisazione che si tratta di un *winback* da Atlanet per 38 milioni di minuti (doc.27.2).

134. In effetti, la casistica di autorizzazioni di sconti relativi a contratti a redditività negativa associati a vettori di prezzo inferiori ai costi regolatori è molto nutrita. La scheda relativa al GRUPPO [OMISSIS], cliente valutato 14 milioni di euro relativamente alla fonia e 3,2 milioni di euro relativamente alla trasmissione dati, riporta una autorizzazione a realizzare 273 milioni di minuti di Traffico Fonia *Outbound* con $p = -24,2\%$ e 290 milioni di minuti di Traffico Fonia *Outbound*, con $p = -25,9\%$, rispettivamente per il 2002 e per il 2003. Peraltro, la scheda documenta l'applicazione di un ulteriore sconto del 5% sul valore complessivo biennale di 16,5 milioni di euro, come condizione particolare prevista per un accordo globale con il GRUPPO [OMISSIS] (riguardante cioè traffico *inbound*, *outbound* e il costo dell'accesso, cfr. doc. 27.2). Tale sconto ulteriore non può che accentuare la natura sottocosto regolamentare delle condizioni economiche applicate a tale cliente (cfr. tabella 7).

135. Similmente, per il GRUPPO [OMISSIS], cliente al quale viene attribuito un valore annuo di 600 mila euro per la fonia e 700 mila euro per la trasmissione dati, è stato autorizzato, con decorrenza 1 novembre 2002, un Accordo di Partnership con "*Listino Personalizzato*", che prevede la possibilità di recesso da parte di TI in caso di scostamenti in diminuzione di oltre il 5% del traffico rispetto a quello preventivamente dichiarato dal cliente (doc. 444.17). Tale contratto prevede per il 2002 6,8 milioni di minuti con $p = -4,3\%$ per Traffico Fonia *Outbound*. La scheda precisa che tale cliente era stato contattato anche da ALBACOM e Wind. Risulta, peraltro, agli atti una successiva scheda di autorizzazione all'applicazione di una "*Nuova offerta [omissis]*", riferita al 2003, che riporta un valore del $p = -11,7\%$ (doc. 27.2 e 444.17). Come evidenziato dalla tabella

7, anche per tale concorrente le condizioni di prezzo applicate risultano inferiori ai costi regolatori riferiti al preconsuntivo 2001⁶⁰.

136. Una dettagliata analisi è stata condotta da TI nel caso dell'autorizzazione sconti a [OMISSIS] per l'anno 2002, in ragione dell'offerta presentata da ALBACOM e della presenza di "un'intensa attività della concorrenza, in particolare ALBACOM e Infostrada, sulla fonia". Tale analisi ha determinato la sottoscrizione di un *Accordo Programmatico* con $p=-14\%$ per tutto il 2002 (doc. 140.6 e doc. 141.6). Della natura sottocosto regolamentare di tale offerta si è già data evidenza nella tabella 7.

137. Occorre, inoltre, evidenziare che, per [OMISSIS], il NAM ha auspicato "un'azione congiunta con Tim (proposta MSC-Pabx per ottimizzare i costi veicolando parte del fisso-mobile in mobile mobile)", al fine di raggiungere l'obiettivo della formulazione di un'offerta complessiva per la gestione dell'intero traffico nazionale, internazionale e fisso-mobile (doc. 140.6).

138. Tale esempio non è isolato nel quadro delle offerte presentate da TI. Infatti la documentazione in atti evidenzia che anche per la gara [OMISSIS], avente ad oggetto tra gli altri il traffico Fonia *Outbound* e *Inbound* per [OMISSIS], TI ha prevalso sulle offerte dei concorrenti (AT&T, Worldcom, TISCALI, Wind, ALBACOM, FASTWEB, Edisontel e Atlanet), presentando per il traffico *Outbound* un listino F5 con "fisso-mobile a TIM" (doc. 174.7). Con tale cliente TI risulta avere in corso un *Accordo di Partnership* (doc. 355.14 allegato 6)⁶¹. Peraltro, la documentazione agli atti (cfr. di seguito al par.2.6) ha evidenziato anche la sostanziale non replicabilità tecnica delle condizioni applicate da TI a tale cliente.

139. Agli atti del fascicolo risulta, altresì, un quadro riassuntivo delle autorizzazioni rilasciate per trattative di fonia relative a Clienti *Executive* del secondo quadrimestre del 2002 (doc. 179.7). Da tale documento risulta la formulazione nel primo quadrimestre del 2002 di 8 offerte (con i clienti [OMISSIS], [OMISSIS], [OMISSIS], GRUPPO [OMISSIS], [OMISSIS], [OMISSIS], [OMISSIS], [OMISSIS]), diverse da quelle elencate precedentemente, caratterizzate da indici di redditività p negativi. Con tali clienti risultano essere stati sottoscritti Accordi di Programma con listini F6⁶², con l'eccezione del GRUPPO [OMISSIS] con il quale è stato sottoscritto un *Accordo Quadro* (cfr. doc. 25.1, 355.14, allegato 6)⁶³. Giova rilevare che dallo stesso documento emerge altresì la sottoscrizione di ulteriori 12 Accordi Programmatici caratterizzati da indici di redditività negativi. Sicché possiamo rilevare che le autorizzazioni richieste nell'aprile del 2002 per formule contrattuali quali gli accordi di Programma e gli Accordi Quadro, prevalentemente con listini F6, connotati da redditività negativa complessivamente rappresentavano più di 24 milioni di euro (ossia il 3% del fatturato globale *Executive* di TI nel periodo considerato) (doc. 179.7).

140. La documentazione in atti evidenzia, altresì, che TI ha adottato a partire dal marzo 2001 una procedura di autorizzazioni per sconti riguardanti l'offerta di servizi di trasmissione dati (limitatamente ai servizi basati su accessi tradizionali, con esclusione dei servizi xDSL per i quali

⁶⁰ [Anche per il GRUPPO [OMISSIS], cliente valutato 850 mila euro per la fonia e 350 mila per la Trasmissione dati, è possibile rinvenire un'autorizzazione a sconti per 7,7 milioni di minuti Traffico Fonia *Outbound*, per il 2003, ai quali sono associati indicatori di redditività negativi, ossia con $p=-7,2\%$, mediante l'applicazione di un *Accordo di Programma* con listino F7 (cfr. tabella 6), in relazione alla presenza di offerte dei concorrenti Wind ed ALBACOM. Analogamente, il GRUPPO [OMISSIS] (doc. 27.2) ha sottoscritto un *Accordo di Programma*, con decorrenza 1 gennaio 2003, con $p=-0,7\%$ e con listino F5 (cfr. tabella 6).]

⁶¹ [Si rileva che l'accordo con [OMISSIS] per il 2003-2004 prevede che variazioni significative di traffico ($>10\%$) debbano essere preventivamente comunicate a TI. Peraltro l'accordo precedente valido per il 2002 prevedeva che il venditore non avrebbe sopportato alcun onere derivante da una contrazione del traffico superiore al 10% (doc. 355.14).]

⁶² [Si ricorda che, come evidenziato dalla tabella 6, la componente fisso mobile del listino F6 è da ritenersi sottocosto regolamentare.]

⁶³ [Peraltro, si rileva come nel caso dei contratti con il GRUPPO [OMISSIS] ($p=-7,8\%$) e [OMISSIS] ($p=-12\%$) (doc. nn. 179.7), che sono Accordi di Programma con listino F6, la parte abbia affermato che la non redditività ex post delle offerte era dovuta a errori previsionali (doc. 355.14). Viceversa, la documentazione ispettiva dimostra che TI era ben consapevole già ex ante della redditività negativa di tali contratti.]

si auspicava, comunque, l'introduzione di livelli di flessibilità) ulteriori rispetto a quelle previste per le normative tecnico commerciali ⁶⁴ in relazione al grado di "criticità" del cliente e della trattativa (doc. 112.5). Il *Report delle Autorizzazioni* evidenzia che nel giugno del 2003 erano stati accordati sconti dal 10% al 40% a 19 clienti. Peraltro in due casi, ossia GRUPPO [OMISSIS] (sconto del 40%) ed [OMISSIS] (sconto del 19%), si tratta di clienti che avevano sottoscritto contratti a redditività negativa (registrando rispettivamente $\rho=-9,7\%$ e $\rho=-2,8$)⁶⁵ in relazione ad una finalità dichiarata di *winback*. Inoltre, alcuni *Accordi di Programma* ed *Accordi di Partnership* agli atti del presente procedimento, in particolare, i contratti con [OMISSIS] (doc. 447.17) e con [OMISSIS] (459.17), prevedono sconti per componenti corrispondenti a circa il 30% del valore complessivo dei contratti che si traducono nella formulazione di tariffe *retail* inferiori alle corrispondenti offerte *wholesale* (doc. 549.20).

141. Particolarmente incisiva è la scontistica applicata nei confronti dei clienti afferenti all'Area *Finance*, quali banche, istituti di credito, assicurazioni. Ad esempio, per il cliente [OMISSIS] (doc. 460.17) la formula contrattuale adottata è stata quella dell'*Accordo di Partnership* accompagnato ad un listino personalizzato ed a sconti ulteriori associati al superamento di determinate soglie di spesa. Al superamento della soglia di 45 milioni di euro viene riconosciuto uno sconto ulteriore del 7%, al quale si va ad aggiungere un ulteriore 3% sul fatturato a consuntivo dell'intero anno e su tutti i servizi di TLC se vengono fatturati ulteriori 2,5 milioni di euro. Tale contratto è stato sottoscritto il 12 novembre 2003 e la scadenza è prevista per il 31 dicembre 2006. Nel 2003 viene riconosciuto uno sconto del 5% sul fatturato consuntivato 2003 ed una ulteriore riduzione del 5% sul fatturato consuntivato 2003 se vengono realizzati progetti innovativi per ulteriori 2,5 milioni di euro. Ne deriva che il valore stimato del fatturato generato da questo cliente nel triennio è perlomeno di 135 milioni di euro. Per tale contratto, inoltre, non è prevista la possibilità di recesso unilaterale.

142. Il monitoraggio dell'andamento della spesa di [OMISSIS] viene svolto in funzione del raggiungimento di obiettivi si spesa definiti sulla base del traffico dell'anno precedente e delle previsioni per il periodo successivo (articolo 2). L'accordo prevede, inoltre, la costituzione di un gruppo di lavoro i cui componenti sono nominati da ciascuna parte, incaricato di svolgere attività di monitoraggio e reportistica della spesa con cadenza bimestrale (articolo 3). L'accordo individua un obbligo da parte di [OMISSIS] a "*considerare Telecom come partner di riferimento[...]; a considerare, quale interlocutore di riferimento e in via preferenziale, Telecom Italia relativamente ai nuovi progetti incrementali in ambito TLC che favoriscono l'implementazione delle soluzioni di ottimizzazione tecnologiche, che dovessero scaturire nel periodo di vigenza del presente accordo, anche in funzione del raggiungimento degli obiettivi economici*" (doc. 460.17) ⁶⁶.

143. Ad ulteriore esempio, si può ricordare il *winback* ai danni di ALBACOM del cliente [OMISSIS], attuato attraverso un *Accordo Programmatico* con un listino personalizzato, nonché la sottrazione del cliente [OMISSIS] a WIND con un *Accordo Programmatico* con listino EFFE (doc. 179.7). Sempre documentazione ispettiva evidenzia altresì che per i clienti defezionati vengono applicati prezzi maggiori, ossia viene fatto riferimento alle offerte standard, quale ad esempio l'offerta "Business Voice" (vedi doc. 190.8, pag.21, per il cliente [OMISSIS]) o altre Business Solutions (vedi il caso del Contratto con [OMISSIS], doc.453.17).

144. In alcuni *Accordi Programmatici* conclusi tra gli altri con [OMISSIS] relativamente al 2003 sono stati utilizzati listini particolarmente aggressivi in presenza di offerte di ALBACOM. In particolare, per [OMISSIS] sarebbe stato utilizzato un listino ([OMISSIS]) usualmente riservato a

⁶⁴ [Le normative tecnico commerciali relative al 2001 prevedevano, infatti, la possibilità di corrispondere sconti del 10 per il servizio Interbusiness e fino al 20% per i servizi Datawan e ATMosfera.]

⁶⁵ [Cfr. doc. 179.7.]

⁶⁶ [Una simile previsione è contenuta anche nell'*Accordo di Partnership* con il Gruppo [OMISSIS] relativo al 2003, già citato. Tale Accordo, come si ricorderà, ha durata annuale ma le parti si impegnano a incontrarsi entro 30 giorni dalla scadenza del contratto per la definizione di un nuovo accordo (doc. 355.14).]

clienti a volumi di traffico ben più alti. Nello stesso periodo risultavano allo studio listini più bassi (locale 30 lire/min., interdistrettuale 50 lire/min. e fisso-mobile 350 lire/min. e al limite locale 25 lire/min., interdistrettuale 50 fisso-mobile 350 lire/min.) "ma solo per i casi di winback ed in qualche caso [sono stati] utilizzati proprio per questo scopo (es gare [OMISSIS] e Gruppo [OMISSIS])" (doc. 29.2). Come mostrato dalla tabella 9, tanto le condizioni applicate ad [OMISSIS] (listino [OMISSIS]) che i vettori di prezzo con finalità di winback indicati da tale documento risultano inferiori ai costi regolatori di riferimento per una o più direttrici di traffico.

Tab. 10. - Listini effettivamente applicati per offerte ad alcuni clienti affari privati nel 2003 (Valori in centesimi di euro e in lire/minuto).

	Totale costi regolatori Dati consuntivo 2001 *	[OMISSIS] Listino [OMISSIS]	[OMISSIS] e Gruppo [OMISSIS]
Traff. Locale/distr.	1,509 (29,2)	1,45 (28)	1,55 opp. 1,29 (30 opp.25)
Traff. Intdstr	2,628 (50,88)	2,33 (45)	2,58 (50)
Traff. F/M	18,013 (348,7)	18,59 (360)	18,07 (350)

Fonte: doc. ispettivo n. doc. 29.2 e dati TI, doc. 506.19.

145. In conclusione, la documentazione evidenzia come TI abbia attuato contrattualizzazioni ad esempio nella forma di Accordi di Programmatici che prevedevano listini ampiamente inferiori ai Listini indicati come vigenti. Così, ad esempio, per [OMISSIS] l'Accordo viene attuato mediante l'applicazione di listini personalizzati (doc. 25.1).

146. Sempre rimanendo nell'ambito delle formule in cui sono previsti sconti subordinati al raggiungimento di soglie di traffico stimati per il cliente, emerge anche la caratteristica di particolare durata di determinati contratti stipulati da TI. In effetti, con riferimento alla natura sostanzialmente esclusiva di tali tipologie di accordi, occorre sottolineare che, sebbene TI abbia a più riprese dichiarato che la durata degli *Accordi di Partnership* e degli *Accordi di Programma* è annuale (docc. 355.14, 385.15 e 511.19), dai documenti acquisiti nel corso delle ispezioni emergono esempi dei suddetti contratti aventi durata pluriennale. Ad esempio l'*Accordo di Partnership* con [OMISSIS] ha durata triennale, essendo stato sottoscritto il 12 novembre 2003 e avendo scadenza al 31 dicembre 2006 (doc. 460.17); così, l'*Accordo di Programma* con [OMISSIS] per il 2001 prevede la possibilità di rinnovo automatico; analogamente, l'articolo 2.2-*Rete Dati [OMISSIS] Group* del contratto sottoscritto il 26 luglio 2002 con [OMISSIS] dispone il rinnovo tacito di anno in anno, salvo disdetta a carico [OMISSIS] "da inviare tre mesi prima della scadenza (cfr. pag. 4 del contratto; v. anche articolo H)-*Decorrenza delle condizioni proposte*, in cui è previsto "...il rinnovo automatico annuale, salvo disdetta di una delle Parti...". Si deve sottolineare che quest'ultimo contratto, così come i contratti con i gruppi bancari [OMISSIS] e [OMISSIS] hanno già di per sé durata biennale (doc. 460.17).

147. In altri casi, le Parti dichiarano il loro reciproco interesse a definire un nuovo contratto, avente le medesime finalità del presente e pertanto si impegnano ad incontrarsi per definire entro una certa data lo schema dello stesso (doc. 461.17 e 11.1). Negli accordi Quadro, inoltre, la durata del contratto è di norma biennale. Infine, si deve ricordare la convenzione conclusa da TI con il [OMISSIS]. A tale riguardo, dai documenti di valutazione interna di redditività del progetto commerciale, che aveva fra le sue principali caratteristiche strategiche quelle di "Rafforzamento della Telecom all'interno dell'Amministrazione del cliente[...] Prezzi bloccati ai listini attuali per

tutto il periodo della Convenzione" (doc. 205.9, pag 87-93) si evince che la fornitura in oggetto aveva una durata di addirittura 9 anni.

148. In linea generale, la documentazione ispettiva evidenzia come il ricorso a trattative personalizzate fosse così diffuso e ampio da non consentire neppure una corretta gestione contabile dei contratti sottoscritti dai clienti. A tale riguardo, il doc. n. 25.1 "Problematiche di gestione di contratti di fonia", datato giugno 2002, richiamando un precedente documento del febbraio dello stesso anno, ricorda l'esistenza di criticità in relazione alla "gestione degli "Accordi a Budget Outbound" laddove il contratto prevede un profilo di riferimento per la valorizzazione del traffico che non rientra nei 35 listini predefiniti".

149. Nello stesso documento si evidenzia come per una serie di clienti ([OMISSIS], [OMISSIS], [OMISSIS], [OMISSIS]⁶⁷, [OMISSIS]⁶⁸) non sia stata attuata alcuna verifica di redditività. In particolare per il contratto con [OMISSIS], di valore annuo pari a 60 milioni di euro, così come per il contratto [OMISSIS] (valore annuale del contratto 21 milioni di euro) si afferma che "non sono presenti autorizzazioni adeguate alla tipologia del contratto ed al pricing previsto; non sono valorizzati i prezzi per tipologia di servizio...". Nel caso di [OMISSIS] si specifica che "ha decorrenza retroattiva (01.01.2001) e non sono stati previsti accertamenti contabili in diminuzione ricavo per l'anno 2001" così come pure del cliente [OMISSIS], si è sottoscritto un Accordo di Programma con redditività negativa ed anch'esso con validità retroattiva sin dal 1 luglio 2001, si specifica che "non sono presenti adeguate autorizzazioni in funzione della redditività negativa e del pricing previsto..." (doc. 25.1. e 355.14, all. 6).

2.5.2 La verifica del raggiungimento degli obiettivi di retention e di winback

150. Come già accennato in precedenza il raggiungimento degli obiettivi di *retention* e di *winback* risulta evidenziato dalla reportistica interna⁶⁹ di TI redatta con cadenza mensile. Ad esempio, la Direzione Commerciale Clienti Executive ha presentato nel 2002, con cadenza mensile, un quadro dello stato di avanzamento dell'attività di commercializzazione. Da tale documentazione si evince che nel giugno del 2002, la Direzione Executive aveva realizzato il rinnovo di contratti con redditività inferiore a -10 (escluso CONSIP) per oltre 278 clienti (con un incremento di 34 clienti rispetto al dicembre del 2001) per complessivi 38 miliardi di lire (doc. 175.7).

151. La reportistica interna evidenzia il risultato anche in termini di *winback* sul mercato dei servizi di fonia sui clienti dei concorrenti definiti *key contributors* (ossia sui clienti che realizzano più di 30.000 minuti/mese nel segmento alto defezionati, ovvero sui clienti rappresentativi di più del 40% del traffico della concorrenza). Nel giugno 2002 tali contratti corrispondevano a 1,1 milioni di minuti mensili e si rilevavano altresì trattative in corso per 1,8 milioni di minuti (doc. 175.7). Nello stesso documento si precisava che "entro il 31.07 per tutti i clienti all'interno del cluster KEY CONTRIBUTORS deve essere avviata la trattativa per l'azione di winback", in relazione a tale obiettivo di *winback* venivano indicati i "Listini EFFE per A.P. [accordi programmatici, n.d.r.]".

⁶⁷ [Agli atti risulta una proposta per un contratto con [OMISSIS] con sconti a budget e con la previsione che in relazione a scostamenti in diminuzione di oltre il 10% del traffico preventivato dal cliente TI avrà la facoltà di ritenere risolto l'accordo e applicherà le condizioni tariffarie in vigore alla data della scadenza (doc. 355.14, all.6).]

⁶⁸ [In particolare, risulta agli atti un contratto tra TI e [OMISSIS] per la fornitura di telefonia nel periodo 2000-2002 dal quale si evince che le condizioni di prezzo applicate erano certamente al disotto dei costi regolatori del periodo (29-105-295) (doc. 355.14, allegato 6). Per gli anni successivi [OMISSIS] ha sottoscritto con TI Accordi Quadro.]

⁶⁹ [Si ricordano i già richiamati Business Review mensili redatti dalle Direzioni Commerciali clienti Business ed Executive ed le presentazioni Incontri con le Industries, ed i Marketing Road Map della Direzione Domestic Wireline.]

152. L'azione di *winback* sui *key-contributors* è stata portata avanti nel primo semestre del 2002 con esito positivo relativamente a sei contratti (doc. 175.7)⁷⁰. La documentazione in atti evidenzia, inoltre, il caso di *winback* rispetto al concorrente WIND su *Key Contributors* (uno dei clienti rientranti nel primo 40% del traffico realizzato dai concorrenti) dell'[OMISSIS]. Tale contratto per Fonia Outbound è stato concluso tra aprile e giugno del 2002 mediante l'applicazione del listino CONSIP 2000, che prevedeva per il locale 32 lire/min., per l'interdistrettuale 50 lire/min. e per il fisso-mobile 288 lire/min. e che pertanto risultava certamente al di sotto dei costi regolatori relativi al preconsuntivo 2001 per le direttrici interdistrettuale e fisso-mobile (docc. 175.7 e 180.7).

153. Infine, sempre da tale reportistica interna si evince che nell'aprile del 2002 era stato realizzato un aumento del *pricing* mediante il passaggio alla formula Business Voice per 4 clienti defezionati, tra i quali [OMISSIS]⁷¹ e [OMISSIS], clienti passati ad ALBACOM per il traffico di fonia (docc. 158.7, 175.7 e 180.7).

154. Relativamente all'anno 2003 un documento interno denominato "Incontro con le Industry" redatto dalla DCE. FINANCE in data 8 aprile 2003 (doc. 21.1) fa emergere la sottoscrizione di contratti con i Clienti GRUPPO [OMISSIS]⁷², [OMISSIS] e [OMISSIS], con listini personalizzati ed un bonus aggiuntivo del 10% (doc. 25.1) per un valore complessivo di 11,1 milioni di euro per la Fonia Outbound e 2 milioni di euro per Fonia Inbound.

155. La seguente tabella presenta un quadro riassuntivo delle principali caratteristiche delle offerte presentate da TI ai clienti affari privati, che sono state sin qui citate a titolo esemplificativo della politica commerciale adottata da TI. Vale sottolineare che i contratti citati costituiscono solo degli esempi delle pratiche commerciali in parola che, alla luce delle evidenze istruttorie, devono ritenersi particolarmente diffuse e generalizzate.

Tab. 11. - Tavola sinottica relativa alle caratteristiche degli esempi citati delle proposte commerciali di TI con finalità di *winback* e *retention*.

Cliente	Listino con componenti inferiori ai c. regolatori	Vincoli di esclusiva	Sconti subordinati al raggiungimento di soglie di traffico stimato per il cliente	Penalità nei casi di recesso o di non raggiungimento dell'obiettivo	Adeguatezza alla migliore offerta
[OMISSIS]	-	X	X	-	-
[OMISSIS]	X		X	-	-
[OMISSIS]	-	X	X	X	-
[OMISSIS]	-	X	X	-	X
[OMISSIS]	X	-	X	-	X
[OMISSIS]	X	-	-	-	-

⁷⁰ [Giovà rilevare che relativamente ad uno di essi, [OMISSIS], risulta dalla documentazione in atti che tale azione sia stata attuata mediante la sottoscrizione in data 24 aprile di un "Accordo programmatico" con listino F, caratterizzato da un indice di redditività negativo ($p=-1,5\%$) mediante il quale è stato attuato un *winback* nei confronti di Wind (doc. 179.7)..]

⁷¹ [Si rileva che nell'agosto del 2002 Banca [OMISSIS], cliente di ALBACOM, era censita al nono posto tra i clienti di maggiori dimensioni della concorrenza e responsabili del 15% del traffico globale (doc. 65.3).]

⁷² [Si rileva che alla Banca [OMISSIS] per il 2002 era applicato un listino F5 (30-80-370) che risultava al di sotto dei costi regolatori preconsuntivo 2001 per la componente fisso mobile. A tale sconto andava poi ad aggiungersi un bonus del 10% sulla spesa totale realizzata al superamento dell'obiettivo di budget. (doc. 355.14, all.6).]

[OMISSIS]	X	X	X	-	X
[OMISSIS]	X	-	X	-	-
[OMISSIS]	-	-	X	X	-
[OMISSIS]	-	-	X	X	-
[OMISSIS]	-	-	X	X	-
[OMISSIS]	-	-	X	X	-
[OMISSIS]	X	-	X	-	-
[OMISSIS]	-	-	X	X	-
[OMISSIS]	X	-	-	-	-
[OMISSIS]	-	-	X	X	-
[OMISSIS]	X	-	X	-	-
[OMISSIS]		-	X	X	-
[OMISSIS]	X	-	X	X	-
[OMISSIS]	-	-	X	-	X
[OMISSIS]	-	-	X	X	-
[OMISSIS]	X	-	X	-	-
[OMISSIS]	X	-	X	-	-
[OMISSIS]	X	-	X	X	-
[OMISSIS]	X	-	X	X	-
[OMISSIS]	X	-	X	-	-
[OMISSIS]	X	-	X	-	-
[OMISSIS]	-	X	X	-	X
[OMISSIS]	X	-	X	X	-
[OMISSIS]	X	-	X	-	-
[OMISSIS]	X	-	X	X	-
[OMISSIS]	-	-	X	-	-
[OMISSIS]	-	X	X	X	-
[OMISSIS]	X	-	X	-	-
[OMISSIS]	X	-	X	-	-
[OMISSIS]	-	-	X	X	-
[OMISSIS]	-	-	X	X	-
[OMISSIS]	-	-	X	X	X
[OMISSIS]	-	-	X	X	-
[OMISSIS]	X	X	X	X	-
[OMISSIS]	X	-	X	X	-
[OMISSIS]	X	-	X	X	-

[OMISSIS]	X	-	X	X	-
-----------	---	---	---	---	---

2.6 L'offerta di condizioni tecniche di erogazione del servizio alla clientela finale sostanzialmente migliorative rispetto a quelle garantite nelle corrispondenti offerte wholesale per gli OLO

156. Nel corso del procedimento sono, inoltre, emerse azioni di *winback* attuate da TI facendo leva su fattori diversi dalle condizioni economiche applicate, quali ad esempio le condizioni previste nei *Service Level Agreement* (cd. SLA), per la fornitura di fattori intermedi e di servizi finali⁷³, quali la fornitura all'ingrosso dell'accesso in CVP (canale virtuale permanente), di servizi x-DSL e di linee affittate.

157. Un esempio di tale tipo di comportamento è dato dalla recente rescissione del contratto di ALBACOM con [OMISSIS] per la fornitura del servizio di trasmissione dati IP VPN siglato nell'agosto del 2002. Tale accordo aveva un valore di 1,5 milioni di euro /anno e prevedeva il collegamento di 137 sedi di banche del gruppo. [OMISSIS] ha esercitato il diritto di recesso in quanto non erano stati rispettati i tempi di fornitura e ripristino dei servizi previsti contrattualmente. Tale circostanza, peraltro, risulta riconducibile al fatto che i tempi richiesti da [OMISSIS] erano in realtà di gran lunga più stringenti di quelli garantiti dalle corrispondenti offerte wholesale 2003 di TI per la fornitura di servizi di CDN, di HDSL e di ADSL. Il Gruppo [OMISSIS] risulta aver successivamente sottoscritto, in data 28 novembre 2002 attraverso la società [OMISSIS]⁷⁴, un contratto con TI contenente specifiche analoghe a quelle che ALBACOM non era stata in grado di assicurare sulla base delle offerte wholesale 2003 di TI.

Tab. 12. - SLA [OMISSIS] e Offerte wholesale corrispondenti 2003: Tempi di provisioning.

	[OMISSIS]	Offerte Wholesale 2003
CDN<64 kb/s	10 gg. solari	24 gg. solari
CDN n x 64 kb/s	15 gg. solari	37 gg solari
HDSL	12 gg. Lavorativi (40 gg. solari nel 90% dei casi)*	44 gg. solari
ADSL	20 gg. lavorativi (40 gg. solari nel 90% dei casi) *	42-44 gg. solari

Fonte: docc. 404.16 e doc. 519.19, allegato 2.

* I dati tra parentesi sono desunti dal contratto effettivamente sottoscritto tra TI e [OMISSIS].

Tab. 13. - SLA [OMISSIS] e Offerte wholesale corrispondenti 2003 (Tempi di Assurance).

	[OMISSIS]	Offerte Wholesale 2003
CDN<64 kb/s	Da 2 a 8 ore (da 1 a 2 ore)*	8 ore lavorative
CDN n x 64 kb/s	Da 2 a 8 ore (da 1 a 2 ore)*	4,5 ore lavorative
HDSL	Da 2 a 8 ore (da 1 a 2 ore) *	2° giorno lavorativo successivo al reclamo nel 100% dei casi
ADSL	Da 2 a 8 ore	2° giorno lavorativo

⁷³ [Si tratta delle condizioni tecniche di fornitura del servizio, quali i tempi di attivazione (cd provisioning), i tempi di risposta ai disservizi (cd assurance) ed i tempi di disponibilità del circuito.]

⁷⁴ [OMISSIS]. è la società del gruppo [OMISSIS] incaricata dell'approvvigionamento di infrastrutture e servizi.

(da 1 a 2 ore) * successivo al reclamo nel 95%
dei casi

Fonte: docc. 404.16 e doc. 519.19, allegato 2.

* I dati tra parentesi sono desunti dal contratto effettivamente sottoscritto tra TI e [omissis].

158. Dal confronto tra le specifiche richieste dal cliente e a questi garantite nel contratto sottoscritto con quelle garantite dalle offerte wholesale 2003 ai concorrenti di TI si evince che i tempi di attivazione (provisioning) garantiti da TI agli OLO sono sempre superiori rispetto a quelli assicurati a [OMISSIS]. Analogamente i tempi di risposta ai disservizi garantiti dalle offerte wholesale 2003 sono sempre superiori a quelli assicurati a [OMISSIS] (doc. 404.16 e 519.19).

159. Un esempio ulteriore di questo tipo di azioni, fornito in memoria da FASTWEB (doc. 399.16), sarebbe costituito dalla gara indetta nel 2001 dalla [OMISSIS] per la fornitura di un servizio di collegamento di rete dei "Centri per l'Impiego della [OMISSIS]" (fornitura di un *Virtual Private Network*). Il capitolato tecnico richiedeva infatti la fornitura di circuiti di accesso in tecnologia CVP (Canale Virtuale Permanente), con utilizzo del protocollo di trasmissione HDSL e, laddove non disponibili, mediante circuiti diretti (CDN), con tempi di attivazione massimi di 60 giorni. Considerato che le condizioni previste dal *Service Level Agreement* per la fornitura di servizi di Canale Virtuale Permanente sono pari a 60 giorni, i concorrenti (FASTWEB, Edisontel e ALBACOM) non hanno potuto proporre tempi di attivazione del servizio paragonabili a quelli proposti da TI, che in tal modo si è aggiudicata la fornitura.

160. Nel caso dell'Accordo per servizi di telecomunicazioni sottoscritto con [OMISSIS]⁷⁵, inoltre, sono previste condizioni sostanzialmente migliorative per la fornitura dei servizi ADSL rispetto a quelle contenute nelle corrispondenti offerte *wholesale* (doc. 355.14, allegato 6). In particolare, i tempi di *provisioning* garantiti al cliente sono pari a 30 giorni nel 100% dei casi, contro i 42 giorni nel 100% dei casi previsti da TI nell'ambito dell'offerta *wholesale* ad accesso singolo. Inoltre, i tempi di *assurance* (tempo medio di accettazione e riparazione guasti) è di 4 ore lavorative (con ricezione delle segnalazioni in orario 8.00-18,30, dal lunedì al venerdì), mentre l'offerta *wholesale* corrispondente garantisce la riparazione del guasto entro il giorno successivo alla ricezione della segnalazione nel 90% dei casi (doc. 355.14, allegato 6). Similmente nel caso dell'offerta ad [OMISSIS] per servizi di telecomunicazioni relativi al 2002, TI ha previsto SLA relativi ad interventi sul 99,9% dei guasti bloccanti per gli accessi su CDN, ADSL, HDSL con *backup* ISDN con tempi di ripristino di 4 ore lavorative nell'85% dei casi e 8 ore nel 100% dei casi, ed un tempo di risposta di 1,5 ore lavorative, quando le corrispondenti condizioni proposte ai concorrenti sono che nel 90% dei casi la risoluzione del guasto avverrà entro 15 ore lavorative, in orario lavorativo dal lunedì al venerdì (doc. 459.17).

161. Un esempio più recente è fornito dall'accordo sottoscritto il 10 giugno 2004 con la [OMISSIS], in cui i tempi di attivazione garantiti da TI alla [OMISSIS] sono pari a 30 giorni, a fronte dei 60 giorni offerti agli OLO, mentre sono introdotti parametri di qualità (latenza garantita di 40 ms nel 90% dei casi) e di disponibilità del servizio (nel 99,9% dei casi) non previsti nella corrispondente offerta *wholesale* (cfr. pag. 7 dell'All. 4 al verbale dell'audizione finale del 29 settembre 2004 e la memoria Fastweb del 7 luglio 2004, in doc. n. 550.20, in cui si evidenziano altresì discriminazioni nelle condizioni tecniche di fornitura alla multinazionale [OMISSIS], a cui è stato garantito un ripristino dei servizi in caso di guasti entro 8 ore lavorative, a fronte del secondo giorno lavorativo successivo offerto agli OLO).

162. Per quanto concerne le stesse modalità di fornitura di input ai propri concorrenti, la documentazione prodotta da FASTWEB e COLT (rispettivamente, doc. 399.16, All. 1, e doc. 517.19, All. 4 e 5), evidenzia altresì che TI, nel 2003, avrebbe fornito CVP, CDN e circuiti parziali,

⁷⁵ [Si rileva che le previsioni in parola sono contenute nel "Amendment periodo 01/05/2003-40/04/2004, Allegato B: Service Level Agreement per ADSL" del contratto in parola.]

indispensabili per prestare i servizi alla utenza finale, al di fuori degli SLA previsti nelle condizioni di fornitura approvate dall'AGCom. Più precisamente, nel caso di COLT, il predetto ritardo si sarebbe verificato nel 43% del totale degli ordini presentati. L'incidenza di questi ritardi nella consegna dei circuiti si sarebbe tradotta, quindi, in un rilevante pregiudizio alla capacità competitiva degli OLO citati.

163. Infine, comportamenti analoghi di ritardata fornitura da parte di TI di servizi essenziali ai concorrenti per poter accedere al mercato della fornitura di linee telefoniche (accesso *retail*), si registrano in relazione ai tempi di *provisioning* dell'ULL (doc. 547.20).

Più precisamente, secondo i dati forniti da ALBACOM, i tempi di consegna dei siti ordinati da tale società nel 2001 sarebbero sempre stati superiori a quelli definiti nello SLA, di cui alla Delibera 13/00/CIR del 30 dicembre 2000, attestandosi in media intorno ai 204 giorni, anziché i 115 giorni massimi previsti in via regolamentare.

I tempi di consegna dei doppini in rame da parte di TI, invece, risultano non rispettati nell'89,6% dei casi, registrando un tempo medio di consegna pari a 25 giorni a fronte dei 10 giorni previsti in via regolamentare.

2.7 La gara CONSIP 2002 per l'affidamento dei servizi di telefonia fissa e di telefonia mobile per le Pubbliche Amministrazioni

164. Un ulteriore comportamento di TI oggetto di istruttoria attiene alla sua partecipazione alla gara comunitaria a procedura aperta indetta, nel luglio del 2002⁷⁶ e ai sensi del D.Lgs. n. 157/1995⁷⁷, dalla società CONSIP⁷⁸ per l'individuazione del soggetto con cui procedere alla stipula di una Convenzione per l'affidamento dei servizi di telefonia fissa e mobile per le Pubbliche Amministrazioni⁷⁹.

165. CONSIP è, infatti, la società incaricata, ai sensi del Decreto Ministeriale 24 febbraio 2000⁸⁰, della stipula delle Convenzioni, previste dall'articolo 26 della legge n. 488/1999⁸¹, per la fornitura di beni e servizi per conto delle amministrazioni dello Stato.

166. In forza della legislazione vigente al momento dell'espletamento della gara *de qua*, l'adesione alla Convenzione CONSIP per l'acquisto di beni o servizi era obbligatoria per le amministrazioni pubbliche centrali e periferiche dello Stato, mentre per le restanti pubbliche amministrazioni era, alternativamente, prevista la "*facoltà di aderire alla Convenzione stessa*,

⁷⁶ [Il relativo bando di gara è stato pubblicato in GUCE serie S-Appalti, n. 135 del 13 luglio 2002.]

⁷⁷ [D.Lgs 17 marzo 1995, n. 157, "Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi", in Suppl. ordinario alla G.U., 6 maggio 1995, n. 104.]

⁷⁸ [CONSIP è interamente controllata dalla società Concessionaria Servizi Assicurativi Pubblici - CONSAP S.p.A., a sua volta controllata al 100% dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.]

⁷⁹ [Gli stessi servizi di telefonia, al momento dell'aggiudicazione della gara in esame, erano forniti da TI in base a una precedente Convenzione stipulata con CONSIP nel giugno del 2000 a seguito dell'aggiudicazione di analoga gara.]

⁸⁰ [Il Ministero dell'Economia e delle Finanze, con il richiamato Decreto del 24 febbraio 2000 (in G.U. 10 marzo 2000, n. 58), ha deciso di avvalersi della società CONSIP ai fini della stipula delle previste convenzioni. La, pertanto, ha "assunto" espressamente la funzione di amministrazione aggiudicatrice ai sensi della normativa vigente" (art. 1, comma 1, del D.M. 24 febbraio 2000).]

⁸¹ [L'art. 26, comma 1, della legge 23 dicembre 1999, n. 488 ("Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato", legge finanziaria 2000, in Suppl. ordinario n. 222/L, alla G.U. n. 302 del 27 dicembre 1999) ha, infatti, introdotto un sistema centralizzato per l'acquisto di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni, che prevede la competenza del Ministero dell'Economia e delle Finanze a stipulare, "anche avvalendosi di società di consulenza specializzate selezionate [...] con procedure competitive tra primarie società nazionali ed estere", convenzioni in base a cui le imprese fornitrici, individuate attraverso le procedure a evidenza pubblica previste dalla normativa vigente, si impegnano "ad accettare, sino a concorrenza della quantità massima complessiva stabilita dalla convenzione ed ai prezzi e condizioni ivi previsti, ordinativi di fornitura deliberati dalle amministrazioni dello Stato".

Le Convenzioni stipulate da CONSIP rappresentano, quindi, le condizioni generali del contratto di approvvigionamento che sarà stipulato tra l'aggiudicatario della gara e le singole Amministrazioni contraenti (cfr. lett. o) delle premesse della Convenzione stipulata tra CONSIP e TI.)

ovvero [l'obbligo di] utilizzarne i parametri di qualità e prezzo per l'acquisto di beni comparabili con quelle oggetto di convenzionamento" (articolo 26, comma 3, legge n. 488/1999⁸²).

2.7.1. Le caratteristiche della gara

167. Le principali caratteristiche della gara in esame possono riassumersi nei termini seguenti:

(i) articolazione in due lotti⁸³: **Lotto A** per l'affidamento dei servizi di telefonia fissa, di base e aggiuntivi di connettività IP, fornitura e ottimizzazione di *Local Loop*, nonché di servizi connessi di fatturazione, rendicontazione, manutenzione, assistenza e reportistica (copertura richiesta: intero territorio nazionale); **Lotto B** per l'affidamento dei servizi di telefonia mobile, di base e aggiuntivi, di noleggio e manutenzione di apparati radiomobili e di schede SIM, nonché di servizi connessi di rendicontazione e di reportistica (copertura richiesta, 80% del territorio nazionale);

(ii) condizioni di offerta: 1) divieto di offerte parziali; 2) ogni offerta deve riferirsi al singolo lotto; 3) possibilità di presentare, oltre a un prezzo necessario (c.d. offerta non condizionata) anche un prezzo facoltativo (offerta c.d. condizionata)⁸⁴;

(iii) condizioni di partecipazione: divieto di partecipazione per le imprese con rapporti di controllo ex articolo 2359 c.c. con altre imprese partecipanti singolarmente o come componenti di RTI o di Consorzi⁸⁵;

(iv) criteri di aggiudicazione: secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa valutata in base alle modalità e ai criteri fissati nel Capitolato, che attribuiscono 30 punti alla valutazione della componente tecnica e 70 a quella economica. Inoltre, le offerte condizionate sono prevalenti per ciascun lotto su quelle non condizionate solo se la somma dei punteggi di due offerte condizionate risulti maggiore della somma dei punteggi della migliore coppia di offerte non condizionate (doc. n. 89.4);

(v) durata: la Convenzione ha una durata di 12 mesi, nel senso che entro questo termine le Amministrazioni possono aderirvi, mentre i singoli contratti attuativi della stessa hanno durata sino al diciottesimo mese dalla scadenza della durata della Convenzione. Di conseguenza la generalità dei contratti ha una durata al più di 30 mesi, ma in media minore.

168. TI ha partecipato alla gara per entrambi i lotti presentando per ciascuno sia un'offerta non condizionata che un'offerta condizionata, ed è risultata aggiudicatrice del **Lotto A**, in quanto la sua offerta non condizionata, del valore complessivo di 488,731 milioni di euro, è stata valutata economicamente più vantaggiosa di quella dell'altro unico operatore concorrente che ha partecipato alla gara, ossia ALBACOM, che aveva presentato un'offerta di circa 798 milioni di

⁸² [In coerenza con il richiamato riferimento normativo, l'art.5, comma 1, ultimo capoverso, della Convenzione conclusa tra CONSIP e TI a seguito della gara di cui è questione, prevede che "[...] le Amministrazioni centrali e periferiche dello Stato [...] hanno l'obbligo di utilizzare la convenzione in ragione dei propri eventuali fabbisogni e limitatamente alle proprie eventuali esigenze, le restanti pubbliche amministrazioni [...] hanno facoltà di utilizzare la Convenzione alle medesime condizioni". La successiva legge 24 dicembre 2003, n. 350 (Legge Finanziaria 2004, in Suppl. ordinario alla G.U. n. 299 del 27 dicembre 2003) ha modificato la richiamata disposizione, non prevedendo più l'obbligo ma soltanto la facoltà del ricorso alle convenzioni CONSIP per tutte le amministrazioni. Inoltre, il ruolo di CONSIP è, di fatto, circoscritto alla stipula di convenzioni relative a beni e servizi di "rilevanza nazionale" i cui parametri di prezzo e qualità rappresenteranno una sorta di benchmark per le amministrazioni che preferiranno rivolgersi direttamente al mercato. Per le forniture di beni e servizi a livello locale è, infine, possibile discostarsi dai parametri contenuti nelle convenzioni semplicemente fornendo adeguata motivazione.]

⁸³ [Si ricorda che per la fornitura dei servizi di telefonia fissa, mobile e dati, CONSIP aveva già indetto, nell'agosto del 2001, una gara ma a fornitore unico e che il relativo bando era stato ritirato a seguito dei ricorsi amministrativi depositati da alcuni concorrenti (cfr. doc. n. 89.4).]

⁸⁴ [L'offerta condizionata è un'offerta economica in cui il concorrente X si impegna a offrire, ad esempio per il lotto A, un prezzo più vantaggioso rispetto a quello necessario ma a condizione che la migliore offerta del Lotto B sia quella del concorrente Y da lui indicato e che questi, a sua volta, abbia presentato per il Lotto B un'offerta condizionata all'aggiudicazione del Lotto A in favore del concorrente X (c.d. offerte incrociate).]

⁸⁵ [Il bando prevedeva, inoltre, che il concorrente che intenda partecipare a entrambi i lotti deve presentarsi sempre nella medesima forma (singola o raggruppata) e, in caso di RTI o di Consorzio, nella stessa composizione.]

euro. Per il **Lotto B** è, invece, risultata vincitrice la società WIND Telecomunicazioni S.p.A. con un'offerta di oltre 60 milioni di euro.

169. I servizi di telefonia fissa di cui al **Lotto A** erano, peraltro, già forniti, al momento dell'aggiudicazione della gara in esame, da TI in quanto vincitrice della precedente gara CONSIP indetta nel 2000. In considerazione di quanto precede ha, pertanto, trovato applicazione la clausola di cui all'articolo 7 del Capitolato tecnico del **Lotto A** che prevede l'applicazione automatica alle Pubbliche Amministrazioni già convenzionate delle condizioni previste dalla nuova Convenzione se oggettivamente migliorative e salvo comunicazione di revoca da parte dell'Amministrazione stessa.

2.7.2 La predisposizione dell'offerta di gara secondo la documentazione ispettiva

170. La documentazione ispettiva evidenzia l'impiego di notevoli risorse umane (almeno 38 persone) alla preparazione economica e giuridica dell'offerta⁸⁶CONSIP. Di particolare rilievo ai fini del presente procedimento appaiono le note interne redatte dalla Direzione Clienti Executive divisione Pubblica Amministrazione Centrale di *Domestic Wireline* (DW.DCE.PAC)⁸⁷, che rendono possibile la ricostruzione dell'iter di formazione della proposta in concreto formulata da TI nell'ambito della gara. Tali NOTE sono state predisposte in previsione della riunione del Consiglio di Amministrazione della società TI del 5 settembre 2002 (cfr. docc. n. 88.4 e 218.10), nell'ambito della quale è stato conferito il mandato a formulare la proposta per la gara CONSIP⁸⁸.

171. In via preliminare, occorre rilevare che in tale processo di formazione dell'offerta sono stati coinvolti tanto le funzioni operative che la funzione Legale e Affari regolamentari dell'azienda. Lo stretto coordinamento tra tali funzioni emerge chiaramente, infatti, sia dall'articolazione dei gruppi di lavoro preposti alla formulazione dell'offerta, sia dai frequenti riferimenti a suggerimenti provenienti dalle diverse funzioni (cfr. docc. 79.4 e 89.4).

172. Occorre altresì rilevare che le analisi di redditività effettuate da TI in fase di formulazione dell'offerta (doc. n. 79.4)⁸⁹, sono formulate per singolo servizio e, nell'ambito dei servizi di fonia, per direttrice di traffico.

173. La documentazione preparatoria dell'offerta evidenzia i seguenti elementi:

(i) il peso preminente che ha, nell'ambito del **Lotto A**, l'offerta relativa al traffico fonia rispetto a quella relativa alla connettività dati, considerato che la prima delle due voci di traffico ha, per il segmento PA, un valore annuo stimato in circa sette volte la seconda (220 milioni di euro annui per il traffico fonia, rispetto a 30 milioni di euro annui relativi a servizi di connettività dati e a 150 milioni per canoni da rete fissa; cfr. doc. n. 89.4). Per quanto concerne i servizi voce, i documenti ispettivi mostrano peraltro che TI stimava che la gara avrebbe esercitato un peso rilevante sul

⁸⁶ [Vd doc. n. 73.4 che illustra i Gruppi di lavoro costituiti appositamente per la gestione della gara 2002 e la loro articolazione. Tali gruppi risultano essere articolati in "Steering Commitee" (gruppo composto di 8 persone al quale viene attribuita la responsabilità sulla gara e una competenza specifica in relazione a decisioni di valenza strategica e sulla rappresentazione verso il vertice aziendale) e diversi gruppi di lavoro operativi "Marketing", "Progettazione", "Rete", "Post Vendita", "Legale", "Vendita", "Qualità", per un totale di 23 persone (doc. 73.4). Peraltro altre 15 persone risultano aver lavorato alla predisposizione concreta dell'offerta (doc. 75.4).]

⁸⁷ [tali documenti sono stati rinvenuti nel corso delle ispezioni svolte il 13 giugno 2003 presso la Direzione Commerciale Clienti Executive Pubblica Amministrazione Centrale.]

⁸⁸ [Occorre ricordare che il termine di presentazione dell'offerta era il 16 settembre 2002; risultava, quindi, necessaria l'attribuzione del mandato al Presidente (Tronchetti Provera) ed all'Amministratore delegato (Ruggiero) al fine di definire e presentare l'offerta economica di TI per la gara Consip. Di conseguenza le Divisioni PAC e PAL di TI Domestic Wireline hanno lavorato a partire dal 12 luglio 2002 alla definizione di una presentazione dell'offerta al CDA, di concerto con le Divisioni Rete, Affari Regolatori, Affari Legali, Marketing mediante i su citati gruppi di lavoro.]

⁸⁹ [Nel doc. 79.4, peraltro, è contenuta una stima dell'effetto dell'aggiudicazione della gara Consip in termini di minor ricavo derivante dall'applicazione alle diverse categorie Executive e Business (classificate Large, Platinum e Silver), delle nuove condizioni economiche proposte in gara. Anche tale analisi risulta condotta per singola direttrice di traffico.]

complesso dei servizi erogati nei riguardi dell'utenza business. Infatti, essa stimava che si sarebbe registrata una elevata adesione alle condizioni CONSIP in termini di clienti e di percentuale di traffico per ciascuna categoria di clienti *Big*, *Executive* e *Business* di primo livello (catalogati in *Large*, *Platinum* e *Silver*). Per le sole categorie *Big* ed *Executive*, infatti, si prevedeva un'adesione pari rispettivamente al 61,5% e 70,6% dei clienti, corrispondente al 72% e al 65,7% del traffico voce complessivo. Il peso in termini di percentuale del traffico della gara CONSIP sul totale del traffico voce *Executive* e *Business* di TI era invece stimato come pari al 63% (doc. 79.4, pag.2).

(ii) la rilevanza, nell'ambito del traffico di fonia, dell'offerta economica relativa al traffico fisso-mobile. Il quadro economico evidenzierebbe, infatti, un'incidenza del traffico fisso-mobile pari a circa il 43% dell'insieme del traffico di fonia - il cui peso è a sua volta pari al 55% del valore totale di riferimento - nonché un'incidenza dei canoni pari al 38% di tale ultimo valore. I gruppi di lavoro preposti alla formulazione dell'offerta hanno, pertanto, chiaramente indicato che l'esito della gara sarebbe stato determinato dalle scelte effettuate in merito alle tariffe fisso-mobile e ai canoni sul *local loop* (doc. n. 89.4). Peraltro, TI stimava che la percentuale di traffico fisso-mobile sul totale del traffico voce affari sarebbe stata pari al 76% (doc. 79.4);

(iii) la criticità dell'offerta relativa alla direttrice di traffico fisso-mobile, considerato che: "l'attuale prezzo di 288 lire/minuto è basato sull'ipotesi di un decalage annuale della termination charge verso operatori mobili che, nella realtà, non si è concretizzata. Ciò rende tale tariffa già un limite di offerta per non incorrere nelle sanzioni della Autorità competenti in materia"(doc. n. 89.4). In merito, si rileva, peraltro, che l'offerta effettivamente presentata da TI per la gara CONSIP in esame è stata addirittura inferiore a tale limite critico, ossia pari a 10,53 eurocent/ minuto;

(iv) la rilevanza strategica dell'offerta relativa alla direttrice fisso-mobile: risulta, infatti, agli atti che TI abbia determinato le sue scelte di partecipazione alla gara in funzione dei prevedibili comportamenti di WIND. (doc. 89.4).

174. In relazione a quest'ultimo punto, la documentazione interna evidenzia come TI abbia valutato gli effetti delle possibili offerte di gara in una logica di gruppo, tenendo cioè conto dei ricavi e dei margini delle due società, TI e TIM, in tutte le diverse ipotesi di esito finale della gara. In tal senso, il documento 79.4 illustra (pag. 4, tabella denominata *TELECOM (Gruppo) Lotto A*), i risultati in termini di fatturati, costi e margini per il Gruppo Telecom nelle due diverse ipotesi, giungendo ad una definizione dei distinti margini, derivanti dall'applicazione delle vecchie tariffe CONSIP ai nuovi minuti di gara, rispettivamente spettanti a TI e a TIM.

Da questa tabella si evince altresì che la percentuale di traffico fisso-mobile pertinente all'operatore del gruppo (cioè TIM), raggiunge addirittura il 48%. Questo rende evidente la maggiore convenienza, considerati gli elevati livelli dei prezzi per le chiamate fisso-mobile, di una situazione in cui TI avesse vinto il Lotto A e TIM non avesse vinto il Lotto B, come poi in effetti si è verificato. La pag. 7 del documento citato dà in effetti contezza di come in tale scenario TIM, pur incassando i ricavi derivanti tanto dalla terminazione da fisso quanto da quella da mobile, non avrebbe dovuto sostenere alcun costo esterno.

175. Di particolare interesse è poi la simulazione effettuata nel periodo tra luglio ed agosto del 2002 da uno dei gruppi di lavoro al fine di presentare all'azienda i possibili risultati in termini di redditività associati alle diverse opzioni, tenuto conto di diversi scenari (doc. 89.4). Le ipotesi che vengono prese in considerazione sono le seguenti: (i) entrambi i lotti sono assegnati al Gruppo Telecom (TI/TIM); (ii) il lotto A è assegnato a TI e il Lotto B ad un OLO (TI/OLO); (iii) il Lotto A è assegnato ad un OLO e il Lotto B a TIM (OLO /TIM); (vi) entrambi i lotti sono assegnati ai concorrenti (OLO/OLO). Detto documento espone, inoltre, nell'ultima colonna ("as is") una valutazione del risultato economico dell'ipotesi limite di assenza di gara (il quale avrebbe potuto realizzarsi ad esempio in caso di annullamento della stessa) e di assegnazione dei servizi a TI alle

medesime condizioni emergenti dalla precedente convenzione per la componente fonia (gara CONSIP 2000)⁹⁰.

Tab. 14. - Simulazione dei risultati associati a diversi esisti della gara CONSIP 2002 – LOTTO A (Valori espressi in miliardi di lire)

Gara Fisso	TI	TI	OLO	OLO		As is
Gara Mobile	TIM	OLO	TIM	OLO		Wind Like
Ricavi					Delta TI	
Fatturato CONSIP ed altri OLO	909, 7	909,7	660,2	660,2	249,5	-
Altri ricavi da terminazione M/F lotto B	4,9	4,9	3,5	3,5	1,4	-
Altri ricavi CDN lotto B	31,9	6,4	31,9	6,4	25,5	-
Totale ricavi	946, 5	921,0	695,6	670,1	276,4	1242,1
Costi						
Costi interni	366, 2	366,2	275,0	275,0	91,2	385,8
Costo CDN	27,8	5,6	27,8	5,6	22,2	-
Quote da riversare ad altri operatori	249, 8	249,8	69,6	69,6	180,2	345,1
Totale Costi	643, 8	621,6	372,4	350,2	293,6	731,0
Tot. Conto economico TI A + lotto B						
Ricavo Netto (ricavi- Costi esterni)	696, 7	671,2	626,0	600,5	96,2	897,0
Risultato al netto dei costi interni	302, 7	299,4	323,2	319,9	-17,2	511,2

Fonte: doc. 89.4.

176. Lo scopo dell'esercizio di simulazione è evidentemente di comparare la redditività economica delle diverse opzioni, prendendo in considerazione, quindi, le diverse fonti di ricavo derivanti a TI ed a TIM dalla Gara CONSIP 2002. Nella prima sezione della simulazione relativa al bilancio economico di TI, alla voce "Fatturato CONSIP ed altri OLO" vengono quindi presi in considerazione nelle prime due colonne i ricavi diretti derivanti a TI dall'aggiudicazione della gara (909,7 miliardi di lire)⁹¹ e nelle seconde due colonne (corrispondenti all'ipotesi di perdita della gara per il Lotto A) si evidenziano i ricavi per TI connessi alla mera interconnessione e all'acquisito all'ingrosso da

⁹⁰ [Si rileva che le proiezioni del valore della gara tenuto conto delle condizioni di aggiudicazione della Gara Consip 2000 risultano necessariamente espresse in miliardi di lire (coerentemente con quanto evidenziato dal doc. 79.4). Infatti, il risultato di 1.242 miliardi di lire evidenziati dalla simulazione di cui all'89.4 deriva dalla valutazione dei proventi derivanti da tutti i servizi della gara Consip 2002, considerando per la fonia i prezzi di aggiudicazione della convenzione vigente.]

⁹¹ [Si rileva che il valore di 909,7 miliardi di lire è molto prossimo all'effettivo valore di aggiudicazione della gara espresso in lire (944,8 miliardi di lire), tenuto conto del fatto che, come rilevato dalla Memoria di NERA nella nota 21 a pagina 26, precisa che TI aveva inizialmente computato erroneamente Ricavi e costi alla tariffa relativa all'ULL (pari a 10,74 euro /mese) per tutto il periodo del contratto (30 mesi) e sulla totalità delle linee, sicché tale dato andrebbe corretto perlomeno di 11,22 miliardi di lire.]

parte del concorrente aggiudicatario di ulteriori *input* necessari alla concreta erogazione del complesso dei servizi richiesti dal bando di gara (pari a 660,2 miliardi di lire)⁹².

177. Inoltre, tale simulazione evidenzia che i soli costi interni di TI stimati in corrispondenza dell'ipotesi che entrambi i lotti vadano ad operatori concorrenti sarebbero stati di 275 miliardi di lire, ed il totale dei costi associati a tale ipotesi sarebbe stato di 350,2 miliardi di lire.

La valutazione della redditività della gara per TI risultante da detta simulazione dimostra che anche se TI e TIM non fossero riuscite ad aggiudicarsi la gara CONSIP relativa al lotto A ed al lotto B, essa si sarebbe rivelata comunque redditiva per TI. Infatti, nell'ipotesi OLO/OLO il Ricavo al netto dei costi esterni sarebbe stato di 600,5 miliardi di lire, mentre i "Ricavi complessivi al netto dei costi interni" derivanti dalla rivendita di fattori intermedi di TI per la fornitura tanto dei servizi del Lotto A e B al netto dei costi interni sarebbe stato pari a 319, 9 miliardi di lire (doc. 89.4).

178. Peraltro, nell'ipotesi OLO/OLO il ricavo netto di TI associato alla mera rivendita di fattori intermedi necessari alla sola fornitura del lotto A da parte del concorrente può essere calcolato, secondo una stima conservativa che tiene conto solo dei ricavi inerenti al Lotto A (660,2 miliardi di lire), e di tutti i costi evidenziati dalla simulazione (ivi compresi quindi non solo i costi interni, ma anche i costi dei CDN e le quote da riversare ad altri operatori per un totale di 350,2 miliardi di euro) in 310 miliardi di lire, che costituiscono un costo opportunità per TI, ossia un minor ricavo netto associato all'ipotesi di vittoria della Gara CONSIP.

179. Si rileva peraltro che tale costo opportunità potrebbe essere stimato, in alternativa, come differenza tra ricavi inerenti al Lotto A per rivendita di fattori intermedi (660,2 miliardi di lire) e costi interni di TI per la produzione degli stessi (275 miliardi di lire) in 385,2 miliardi di lire.

180. Infatti, dal confronto tra l'ipotesi che la gara sia vinta da una o entrambe le società del gruppo con l'ipotesi che la gara sia vinta da operatori concorrenti emerge che, considerati tali costi opportunità (ossia i ricavi di TI derivanti dalla vendita ai concorrenti di fattori intermedi) e i costi interni delle società del gruppo, il risultato associato alla aggiudicazione a TI singolarmente o congiuntamente con TIM è sempre negativo.

Tab. 15. - Valutazione dei risultati per TI, per TIM e per il Gruppo Telecom Italia dei diversi esiti di gara per il lotto A e per il lotto B (valori espressi in miliardi di lire).

	Delta tra gara vinta e gara persa		
	Gruppo	TIM	TI
Totale Ricavi	389,3	112,9	276,42
Ricavi- Costi esterni	43,4	-52,8	96,2
Risultato al netto dei costi interni	-140	-123	-17,2

Fonte: doc. 89.4.

181. In particolare, all'ipotesi di aggiudicazione della gara a TI (lotto A) e TIM (lotto B), considerati i mancati ricavi da interconnessione che sarebbero derivati a TI ed a TIM in caso di

⁹² [Giacché la simulazione prende in considerazione anche l'aggiudicazione del Lotto B, vengono evidenziati separatamente i ricavi da terminazione mobile-fisso del lotto B (pari a 4,9 miliardi di lire nelle prime due ipotesi) e gli altri ricavi CDN Lotto B (pari a 31,9 miliardi di lire nel caso TI/TIM). Si osserva che il valore di 4,9 miliardi di lire è esattamente coincidente con quello evidenziato nella simulazione contenuta nel doc. 79.4, allegato n.4, rinvenuto in sede ispettiva presso la Direzione Commerciale Clienti Executive Pubblica Amministrazione Centrale redatto certamente dopo la pubblicazione del bando di gara che evidenzia uno studio dello scenario in miliardi di lire e che riporta il "costo di terminazione fisso rete da mobile" per TIM pari a 4,9 miliardi di lire. Tale elemento contribuisce a confermare che la simulazione in parola fa riferimento a miliardi di lire. Quest'ultima voce corrisponde a ricavi derivanti dall'acquisto da parte di TIM della giunzioni necessarie per consentire l'accesso diretto PABX alla centrale di commutazione mobile, nell'ipotesi che venisse adottata tale soluzione per la gestione del traffico Fisso-mobile (cfr. verbale dell'audizione di TI del 4 maggio 2004. Quindi i Ricavi totali derivanti dall'ipotesi OLO/OLO sono pari a 670,1 miliardi di lire.]

vittoria da parte di operatori concorrenti, è associata una perdita di 140,2 (milioni di euro), in prevalenza derivanti dalla telefonia mobile (123 milioni di euro di perdita per TIM a fronte di una perdita di 17,2 milioni di euro per TI).

182. Il risultato negativo del raffronto tra gara vinta e gara persa per TI (-17,2 miliardi di lire) non stupisce se si considerano accanto ai costi totali di TI, anche il costo opportunità derivante dalla aggiudicazione della gara (doc. n. 89.4). In altri termini, tale simulazione evidenziava, date le ipotesi formulate, che la scelta economicamente più razionale per il gruppo TI sarebbe stata quella di non partecipare affatto alla gara e percepire i ricavi derivanti dalla rivendita di fattori intermedi e da terminazione al netto delle quote da riversare ai concorrenti. La partecipazione alla gara è, del resto, spiegata dai vertici aziendali non in base a considerazioni economiche, ma richiamando “[...] ragioni che vanno al di là della mera componente economica” considerato che “il contesto competitivo e i criteri di aggiudicazione [...] potrebbero anche comportare apparenti diseconomie per Telecom Italia o per TIM [...]” (C.d.A. di TI del 5 settembre 2002, doc. n. 218.10).

2.7.3 L'aggiudicazione a TI del Lotto A della gara CONSIP 2002

183. TI ha presentato in data 14 settembre 2002 le proprie offerte (doc. n. 104.4) e, il successivo 9 dicembre 2002, è risultata la società aggiudicataria del Lotto A. Con riferimento alla componente fonia, l'offerta di TI prevede un canone per la linea telefonica analogica di 10,07 Euro/mese (valore inferiore a quello del canone di unbundling previsto nell'offerta di interconnessione 2002 e pari a 10,79 Euro/mese), e per le singole direttrici di traffico e la realizzazione di giunzioni tra PABX, per circuiti fino a 15 Km, le tariffe riportate, rispettivamente, nelle tabelle n. 15 e n. 16.

Tab. 16. - I prezzi di TI nella gara CONSIP 2002 (Valori in Eurocent) *

Tipologia di chiamate	Offerta TI
Chiamata urbana	1,29
Chiamata nazionale	2,06
Chiamata verso mobile	10,53

* Fonte: documentazione di gara.

Tab. 17. - Canoni mensili offerti da TI nella gara CONSIP 2002 (in Euro)

Canale bidirezionale fino a 15 Km	Offerta TI
Canale bidirezionale fino a 128 Kbps	287
Canale bidirezionale a 384 Kbps	443
Canale bidirezionale a 2 Mbps	547
Canale bidirezionale fino da 16 a 30 Km	Offerta TI
Canale bidirezionale fino a 128 Kbps	377
Canale bidirezionale a 384 Kbps	706
Canale bidirezionale a 2 Mbps	1.093
Canale bidirezionale da 31 a 60 Km	Offerta TI
Canale bidirezionale fino a 128 Kbps	488
Canale bidirezionale a 384 Kbps	1.030

Canale bidirezionale a 2 Mbps	1.787
Canale bidirezionale da 61 a 120 Km	Offerta TI
Canale bidirezionale fino a 128 Kbps	596
Canale bidirezionale a 384 Kbps	1.351
Canale bidirezionale a 2 Mbps	2.464
Canale bidirezionale oltre 121 KM	Offerta TI
Canale bidirezionale fino a 128 Kbps	717
Canale bidirezionale a 384 Kbps	1.751
Canale bidirezionale a 2 Mbps	3.291

184. Il documento ispettivo n. 87.4, di pochi giorni successivo alla data di presentazione dell'offerta di TI, permette di ricostruire, anche criticamente, il contenuto dell'offerta vincitrice del **Lotto A**; di particolare interesse è la ricostruzione della metodologia adottata ai fini della sua formulazione sia con riferimento alla componente voce che a quella dati.

185. Con riferimento all'offerta fonia, dal richiamato documento, risulta che essa è stata costruita sottraendo "[a]i costi regolatori noti in ambito AGCOM e Antitrust" alcune voci di costo in considerazione del fatto che si tratta di "una gara che si sviluppa su 30 mesi" e, precisamente: (i) sono stati azzerati i costi di *marketing* e di vendita (in quanto costi che TI non sosterebbe in considerazione del fatto che le Amministrazioni sono attualmente già inserite nella Convenzione CONSIP fonia scaduta), nonché gli altri costi di struttura, in quanto costi "*comunque presenti sia in caso di vittoria o di sconfitta*"; (ii) i costi di fatturazione e i costi di *customer care* sono stati ridotti rispettivamente del 50% e del 40%, in ragione del fatto che TI è aggiudicataria della gara CONSIP precedente e, quindi, possiede un sistema di fatturazione già attivo; (iii) il costo di terminazione del fisso-mobile è stato calcolato con un *decalage* del 15% annuo (che permette di ridurre il valore dagli attuali 17,56 eurocent a circa 10,64 eurocent al terzo anno di gara); (iv) il costo del traffico urbano distrettuale e interdistrettuale è stato calcolato con un "*decalage annuale di circa il 4,5% dei costi della rete [prevedendo] e ulteriori riduzioni sulle altre componenti commerciali*"; (v) i canoni sono stati calcolati con un "*decalage annuale di circa il 4% per RGT e 16% per ISDN BRA, 4,5% dei costi di rete e ulteriori riduzioni sulle altre componenti commerciali*".

186. La descritta metodologia di calcolo consentirebbe, secondo TI, di ottenere un'offerta sia redditiva per TI, in quanto "a fronte di costi regolatori di 389,3 milioni di euro [...], ricavi [per] 390,3 milioni di euro" e replicabile⁹³ da parte dei concorrenti. Infatti, a fronte di ricavi di 390,3 milioni di euro i costi di un OLO sono stati valutati sulla base delle "risorse di rete che devono essere acquistate da Telecom Italia, quotate a prezzi noti e paritetici; tali costi ammontano a circa 346 ⁹⁴ milioni di euro". Sicché un OLO concorrente avrebbe potuto realizzare ricavi per circa 44 milioni di euro (pari a circa l'11%). I costi di rete sono stati calcolati, "sulla base delle seguenti ipotesi :

⁹³ [Si ricorda che il gruppo di lavoro responsabile della presentazione dell'offerta e della definizione della strategia di gara si compone oltre che della Direzione Commerciale Clienti Executive Pubblica Amministrazione Centrale anche della Divisione Affari Regolamentari.]

⁹⁴ [Tale dato (346 milioni di euro) è esattamente coincidente con il dato di 670 miliardi di lire riportato in corrispondenza dei ricavi di TI nell'ipotesi OLO/OLO (ossia dei costi di rete esterni dell'aggiudicatario della gara Consip) nella simulazione di cui al doc. 89.4 acquisito presso la Funzione Pubblica Amministrazione Centrale.]

- tutto il traffico generato dai telefoni entrati in convenzione con l'OLO termina su altri gestori;
- il costo della terminazione del mobile per tre anni è al valore medio nei tre anni di 14,37 eurocent/minuto;
- anche i costi dell'interconnessione con TI sono stati calcolati come valore medio nei tre anni con un decalage annuale del 3,5%. In particolare per la raccolta è stato previsto un costo di 0,85 eurocent/minuto, mentre per la terminazione 0,61 eurocent/minuto;
- il costo dell'unbundling del local loop medio per i tre anni è stato valutato in 10,12 euro/mese per la coppia simmetrica, applicando anche in questo caso un decalage annuale di 3,5%".

187. Per quanto riguarda l'offerta relativa all'accesso IP dedicato (xDSL), la connettività a Intranet e l'accesso commutato, i criteri con i quali è stata definita l'offerta presentata da TI sono descritti in un documento interno intitolato "Gara CONSIP: elementi di offerta" (doc. n. 86.4).

188. Dal richiamato documento emerge, in particolare, che: (i) le voci di costo regolatorio sono identiche o, in ogni caso, riconducibili ai prospetti finora presentati all'AGCom; (ii) non è stato considerato nessun decalage dei costi per gli anni 2003-2005; (iii) sono stati azzerati i costi relativi al canale di vendita, *packaging* e promozione; (iv) non sono stati applicabili i costi relativi a *server* e contenuti⁹⁵; (v) per la definizione di alcune voci di costo, sono state fatte alcune presunzioni (es. al fine di determinare il canone per i servizi IP e per l'accesso via RTG e via ISDN).

189. Sulla base di tali premesse, il documento rileva che, a fronte di costi regolatori per 36,92 milioni di euro, si registrano, per tali componenti di offerta, ricavi di 42,34 milioni di euro (doc. n. 86.4).

190. Un'analisi più dettagliata dell'offerta di TI al segmento dati della Gara CONSIP è desumibile dal documento ispettivo n.92.4. in particolare a pagina 7 di detto documento si rinviene una tabella denominata "Sintesi Gara CONSIP segmento Dati" che evidenzia un'analisi del MOL industriale associato all'offerta relativamente alle tabelle 20 (giunzioni tra PABX), 27 (Audioconferenza e videoconferenza), 31 (accesso commutato), 32a e 32b (Accesso dedicato xDSL misto e flat) e 33 (Accesso Internet banda minima garantita). In particolare, la seconda colonna riporta una valutazione interna delle offerte dei singoli servizi in relazione all'ipotesi di MOL industriale pari a zero. Tale valutazione corrisponde, quindi, alla valutazione effettuata dalla stessa TI relativamente ai soli costi totali dei servizi corrispondenti. Occorre sottolineare che per la Videoconferenza, così come riportato in dettaglio a pagina 5 dello stesso documento, si stimavano costi totali pari a 13,763 milioni di euro corrispondenti a un MOL industriale negativo pari all'80,1%. Similmente per l'accesso commutato (servizi in dial up) in corrispondenza dei prezzi di offerta di TI, vengono evidenziati costi per 9,3 mln. euro ed un MOL industriale negativo e pari a 20,9% (doc. 92.4).

191. La CONSIP, nel corso della gara, ha, peraltro riscontrato, ai sensi dell'articolo 25 D.Lgs. n. 157/1995, il carattere anormalmente basso⁹⁶ dell'offerta presentata da TI per il **Lotto A**, richiedendo all'impresa di "fornire dettagliate giustificazioni in ordine alle voci di costitutive dell'offerta di gara, con espresso riferimento ai singoli servizi oggetto di gara, [con particolare riferimento al]l'economia del processo di prestazione dei servizi, [al]le soluzioni tecniche adottate e/o [al]le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui eventualmente si dispone per eseguire le attività contrattuali oggetto della gara de qua" (doc. n. 387.15).

⁹⁵ [Nel doc. n. 86.4 è precisato che i costi regolatori ed i ricavi da consumo sono esclusi da tale confronto in quanto "su tale componente già sussiste una forbice regolatoria al 30% a favore degli OLO.".]

⁹⁶ [Art. 25, commi 1 e 3, D.Lgs n. 157/1995: "1. Qualora talune offerte presentino carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di escluderle, chiede per iscritto le precisazioni in merito agli elementi costitutivi dell'offerta ritenuti pertinenti e li verifica tenendo conto di tutte le spiegazioni ricevute. [...] 3. Sono assoggettate alla verifica [...] tutte le offerte che presentano una percentuale di ribasso che superi di un quinto la media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse, calcolata senza tener conto delle offerte in aumento".]

192. TI ha risposto ai richiesti chiarimenti con comunicazione del 28 novembre 2003 giustificando la particolare convenienza della propria offerta economica in considerazione: (i) della significativa durata contrattuale; (ii) del numero elevato delle Amministrazioni che potranno aderire alla Convenzione; (iii) della possibilità di ridurre alcuni costi fissi (es. pubblicità, *customer care*) e (iv) della tecnologia di cui la società dispone a livello di infrastruttura di rete. L'insieme di queste circostanze avrebbe, infatti, permesso a TI di applicare "i migliori prezzi riferiti alle richieste di elevati volumi e relativi a una significativa durata contrattuale", di implementare soluzioni innovative su tecnologie convergenti *cost effective* e di razionalizzare l'impiego della propria rete (doc. n. 387.15).

193. Le argomentazioni presentate da TI sono state valutate dalla stazione appaltante sufficienti. CONSIP, peraltro, sottolinea la circostanza che nessuna delle imprese in gara abbia presentato ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione del **Lotto A** in favore di TI (doc. n. 387.15).

2.8 L'utilizzo strategico dell'offerta CONSIP 2002

194. La documentazione acquisita nell'ambito dell'istruttoria evidenzia che la portata e l'effetto della condotta di TI nell'ambito della definizione dell'offerta commerciale relativa alla gara CONSIP 2002 si estendono certamente oltre la pubblica amministrazione centrale, alla pubblica amministrazione locale, nonché ad una pluralità di soggetti pubblici dotati di autonomia amministrativa e contabile. Infatti, nel corso del procedimento è stata acquisita la corrispondenza tra TI e alcune amministrazioni, nonché l'elenco delle amministrazioni aderenti a CONSIP sino all'autunno del 2003 dai quali si evince l'adesione alle condizioni economiche di offerta proposte per la gara CONSIP citata (all.1 doc. 387.15) di numerose USL, Aziende Autonome, Istituti Universitari, sedi locali dell'[OMISSIS] e delle Camere di Commercio. A partire dalla seconda metà del 2003, inoltre, risultano aver aderito alla Convenzione CONSIP anche società controllate da enti locali, quali, ad esempio, [OMISSIS], [OMISSIS] e [OMISSIS] (all.1 doc. 387.15).

195. Dalla documentazione istruttoria emerge, altresì, un uso strategico del listino CONSIP 2002 sia nei riguardi delle amministrazioni pubbliche, sia nei riguardi di società di diritto privato. In primo luogo, la documentazione in atti evidenzia che, nelle more dell'aggiudicazione della gara CONSIP 2002, già dal novembre 2002 TI ha cercato di indurre l'[OMISSIS] a sospendere l'aggiudicazione di una gara indetta per il solo traffico fonia (locale, interdistrettuale, fisso-mobile e internazionale) in vista della prossima aggiudicazione della Gara CONSIP 2002 (doc. 70.4).

196. Inoltre, TI stessa aveva stimato una riduzione dei ricavi complessivi derivanti dall'aggiudicazione della Gara CONSIP 2002 per tutto il 2003, valutando un "Effetto CONSIP" per 59 milioni di euro di riduzione dei ricavi considerando sia il traffico totale che gli accessi e i numeri intelligenti (doc. 162.7) e quindi aveva cercato di limitare tale effetto, disponendo l'applicazione selettiva delle condizioni economiche della nuova Convenzione 2003. In particolare, il documento n. 96.4 ("Criteri di gestione del contratto CONSIP 2003") rivela la predisposizione, da parte di TI, di una strategia diversificata a seconda che la Pubblica Amministrazione in questione sia già cliente non CONSIP di TI ovvero sia cliente di un operatore concorrente: nel primo caso è prevista "un'azione di melina" diretta "a cercare di ritardare la specifica richiesta di adesione alla nuova Convenzione 2003", mentre nella seconda ipotesi è prevista una "necessaria [...] azione di vendita immediata, tramite tutti i canali istituzionali, con applicazione rapida della richiesta di adesione alla Convenzione".⁹⁷

⁹⁷ [Una strategia dilatoria è prevista anche al fine di evitare l'applicazione delle condizioni della Convenzione CONSIP 2002 per "tutti gli altri servizi previsti dalla Convenzione CONSIP (numero verde, giunzioni tra centralini, connettività IP, ecc...)": per questi servizi è, infatti, previsto che se ne possa "evitare l'applicazione delle condizioni economiche in essa previste, purché si dimostri che i servizi attualmente erogati a condizioni Telecom alla singola Amministrazione non sono perfettamente sovrapponibili a quanto previsto alla Convenzione stessa" (doc. 96.4).]

197. Tali indicazioni devono aver prodotto effetto, considerato che l'impatto effettivo degli sconti CONSIP (a parità di volumi) sul ricavo unitario per il traffico fonia registrato al termine del primo quadrimestre 2003 è stato inferiore rispetto al valore previsto a *budget* (doc. 177.7).

198. Infine, è stata raccolta evidenza della circostanza che TI utilizza le condizioni economiche dell'offerta CONSIP 2002 per portare avanti azioni di winback nei riguardi di clienti che, pur abilitati ad aderire alla Convenzione, non possono essere considerati soggetti pubblici in senso stretto. Si sottolinea che tali azioni di winback a danno dei concorrenti sono state attuate attraverso la proposta dell'adesione alle condizioni CONSIP 2002 per la sola componente di fonia, eventualmente accompagnata da alcune componenti specifiche dell'offerta CONSIP.

199. Ad esempio, in una e-mail del 26 maggio 2003 si dà notizia della positiva conclusione dell'azione di winback sul traffico telefonico (Inbound + Outbound) dell'[OMISSIS], fino a ieri uno dei migliori clienti di WIND nel sud Italia. L'[OMISSIS] ha infatti formalizzato l'ordinativo di fornitura CONSIP[...] stima del valore complessivo almeno 400.000 euro" (doc. 34.2)⁹⁸.

200. Similmente TI ha attuato una azione di winback ai danni di ALBACOM mediante la proposta formalizzata alla [OMISSIS] di Napoli⁹⁹, dell'adesione all'offerta CONSIP 2002 per la sola componente di traffico fonia (doc. 436.16). La [OMISSIS] risulta aver successivamente aderito alla Convenzione CONSIP (all.1 doc. 387.15). Una analoga proposta limitata alla componente Fonia, è stata formalizzata nei confronti di un altro cliente di ALBACOM, [OMISSIS]¹⁰⁰.

201. La documentazione acquisita nel corso delle ispezioni, inoltre, conferma quanto sottolineato dalla generalità dei concorrenti in sede di audizione, ossia che a partire dal 2003 le condizioni praticate a CONSIP hanno cominciato a trovare una generalizzata applicazione nei riguardi dell'utenza affari privata di fascia alta sino a divenire "il pricing di riferimento sul locale/nazionale" (doc. n.161.7). Si segnala, in particolare, che il documento "Fonia Clienti Executive Stato dell'arte ricontrattualizzazioni" evidenziava come dato un listino denominato *Best Price*: locale 24 lire/min., interdistrettuale 48 lire/min. e fisso-mobile 340 lire/min., si stesse assistendo alla ricontrattualizzazione delle condizioni economiche relative al traffico di fonia, che andavano nella direzione del listino CONSIP 2002 (locale 25 lire/min., interdistrettuale 40 lire/min. e fisso-mobile 204 lire/min.), per clienti appartenenti anche a settori diversi dalla Pubblica Amministrazione.

202. In particolare, le condizioni economiche della Convenzione CONSIP 2002 sono state praticate certamente ai clienti *business* privati per i quali era prevista una clausola di "Adeguamento alla migliore offerta". Risulta, infatti, che questo sia accaduto con riferimento a Poste Italiane S.p.A. (doc. n. 28.1), il cui contratto concluso con TI in data 24 febbraio 2001¹⁰¹, prevede "l'applicazione delle tariffe CONSIP [2001]"¹⁰². Tale previsione è stata poi confermata mediante l'integrazione a detta scrittura privata, sottoscritta tra le parti nel corso del 2003 (all. 1 al doc 511.19, verbale di audizione di TI del 4 maggio 2004). Dalla documentazione agli atti risulta l'applicazione anche a Poste S.p.A. della nuova convenzione CONSIP (all.1 doc. 387.15).

⁹⁸ [Peraltro, agli atti del procedimento risulta che l'originaria sottoscrizione della richiesta di adesione alla Convenzione Consip dell'[OMISSIS] datata 22 maggio 2003 è stata successivamente annullata dal cliente stesso (doc. 355.14, allegato 6).]

⁹⁹ [La [OMISSIS] di Napoli è una struttura ospedaliera privata accreditata con il servizio sanitario nazionale.]

¹⁰⁰ [Tale azione di winback non ha sortito effetti solo in quanto l'[OMISSIS] è controllato anche da [OMISSIS], uno degli azionisti di ALBACOM.]

¹⁰¹ [Il richiamato contratto costituisce un'integrazione della Scrittura privata, stipulata in data 30 dicembre 1999, tra Poste Italiane S.p.A. e TI "per la definizione di rapporti anche contenziosi" sorti tra le due società a seguito della privatizzazione del servizio postale e del conseguente venir meno delle condizioni agevolate fissate dalla Convenzione conclusa tra l'allora Ministero delle Poste e Telecomunicazioni e l'allora SIP. La scrittura privata richiamata è stata oggetto di valutazione positiva da parte dell'Autorità a seguito della sua comunicazione volontaria (I/409 - POSTE ITALIANE/TELECOM ITALIA, provv. n. 8718 del 27 settembre 2000, in Boll. n. 39/2000).]

¹⁰² [Doc. n. 28.2, cit.]

IV. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

A) LA DIFESA DI TELECOM ITALIA

203. La società è stata sentita in audizione in data 5 agosto 2003, 26 gennaio, 4 e 7 maggio, 16 giugno 2004, e da ultimo in data 29 settembre 2004. Nel corso del procedimento ha prodotto numerosi scritti difensivi fra cui, nel novembre 2003, uno studio dal titolo "Analisi dei calcoli effettuati da Telecom Italia sulla profittabilità e replicabilità della gara CONSIP"; successivamente, una nota di puntualizzazione delle dichiarazioni rilasciate dal consulente di TI (Prof. Ergas), nel corso della citata audizione del 26 gennaio e, infine, nell'aprile 2004, un secondo studio, "Verifica Costi Regolatori Standard 2001 per i servizi di fonia retail di Telecom Italia verso clientela business".

In data 25 maggio 2004 la società ha trasmesso una memoria che riassumeva la propria posizione in relazione all'istruttoria, poi definitivamente ribadita con l'ulteriore memoria difensiva presentata in data 24 settembre 2004 e corredata da 8 allegati.

204. In termini essenziali, le argomentazioni svolte da TI possono essere illustrate separando quelle di ordine generale da alcune più specifiche.

In termini generali, TI si è difesa sostenendo l'incompetenza dell'Autorità a valutare i comportamenti in gare pubbliche, considerando errata la definizione offerta dall'Autorità dei mercati rilevanti, a monte e a valle, nonché le valutazioni in merito al quadro regolamentare applicabile a TI, compresa l'identificazione del benchmark di riferimento per le analisi di redditività e replicabilità.

In relazione alle argomentazioni più specifiche, TI ha fornito nel corso del procedimento analisi di replicabilità per la gara CONSIP e di sostenibilità per i listini di prezzi applicati alla clientela business, e in particolare, con l'ultima memoria difensiva, ha contestato la valutazione dell'Autorità di grave restrittività di molte clausole utilizzate da TI nella contrattualistica rivolta alla suddetta clientela.

1. Questioni di carattere generale

1.1 La competenza dell'Autorità a valutare gare pubbliche

205. TI ha sostenuto che l'Autorità non avrebbe competenza a valutare la congruità delle offerte nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica, posto che tale valutazione è rimessa esclusivamente alla stazione appaltante (cfr. doc.n. 284.13)¹⁰³; in sede di ultima memoria difensiva TI ha peraltro richiamato la natura di *lex specialis* della gara CONSIP. In particolare TI ha sostenuto che la gara Consip è un mercato a sé stante, su cui TI non ha posizione dominante; la disciplina *antitrust* invocata non è applicabile alle gare pubbliche; la normativa proconcorrenziale di gara (d.lgs. n. 157/95) è infatti derogatoria della disciplina generale a tutela della concorrenza contenuta nella l.n. 287/90; la disciplina speciale di gara (bando ed allegati) consente espressamente la presentazione di offerte redditizie nel loro complesso a tutti i concorrenti (§ 10.3 Capitolato tecnico lotto A). Quest'ultimo punto è, contrariamente a quanto ritenuto dalla CRI, massimamente rilevante: (i) un contegno consentito dalla disciplina di gara non può essere qualificato illecito ai sensi della generale normativa antitrust, se non altro perché essa è comunque derogata dalla disciplina speciale; (ii) in ogni caso la conformità alle regole della gara del comportamento tenuto esclude che esso sia sanzionabile (Provvedimento AGCM n. 8451 del 13 luglio 2000, Consorzio Industrie Fiammiferi).

Le conseguenze a cui porta l'impostazione della CRI sono, in primo luogo, che all'operatore in posizione dominante sarebbe vietata la partecipazione alle gare pubbliche, in quanto non gli potrebbe essere garantita la par condicio con gli altri concorrenti e gli sarebbe negata la

¹⁰³ [A tale riguardo, vale ricordare che un ricorso di TI contro il provvedimento di avvio della presente istruttoria, fondato su motivazioni analoghe, è stato respinto dal TAR Lazio in data 25 febbraio 2004.]

possibilità di rispettare il principio indeclinabile della segretezza dell'offerta; in secondo luogo, che si verrebbe a sanzionare la posizione dominante in sé e non l'abuso di essa.

1.2 La definizione dei mercati rilevanti a valle

206. Secondo TI, l'Autorità avrebbe assunto una errata definizione dei mercati rilevanti a valle, in quanto non avrebbe distinto tra clientela business pubblica (ossia gara CONSIP) e clientela business privata nel cui ambito avrebbe poi dovuto ulteriormente distinguere tra gli utenti che operano su scala nazionale (c.d. Top Business ed Executive) e il resto della clientela affari (cfr. doc. 533.20). A tale riguardo, TI ha precisato in audizione finale che se il presunto abuso è riconducibile ad un'ipotesi di price squeeze, occorre partire dalla definizione del mercato rilevante a valle, una volta definito correttamente il quale occorrerebbe individuare quali elementi a monte sono necessari per i concorrenti per operare nel mercato a valle. Secondo TI, oggetto dell'istruttoria erano, da un lato, le offerte rivolte alla Grande Clientela Affari (di seguito GCA), dall'altro, l'offerta CONSIP 2002. TI ritiene infatti che sia necessario distinguere tra la GCA privata, da un lato, e la GCA pubblica, dall'altro. I GCA privati infatti esprimono una domanda unica in termini di volumi e di qualità richiesta, chiedendo altresì certezza di spesa. Questo è fra l'altro l'orientamento comunitario di riferimento nelle principali operazioni di concentrazione che hanno interessato il mercato delle TLC, in cui la Commissione ha riconosciuto l'esistenza di una GCA, la quale acquista servizi integrati di fonia, dati ed accesso internet e, grazie agli elevati volumi e attraverso l'integrazione delle diverse componenti, è in grado di ridurre i costi.

207. Secondo TI la segmentazione dei mercati prescelta nelle CRI appare immotivata e porterebbe nelle sue estreme conseguenze la necessità di distinguere altresì, all'interno del mercato dei servizi di fonia, fra le varie direttrici di traffico, laddove la società ritiene addirittura non corretto ipotizzare un mercato dell'accesso separato da quello dei servizi di fonia, in quanto da un lato il ribilanciamento tariffario imposto dalla Commissione europea, innalzando il prezzo del canone, avrebbe reso contendibile anche tale componente, dall'altro il cliente affari avrebbe interesse ad avere un interlocutore unico per ottimizzare la spesa ed evitare inutili e dannose duplicazioni che possano incidere sulla qualità del servizio erogato.

208. Per quanto riguarda la gara Consip, TI ha sostenuto che la PA esprime una domanda profondamente diversa da quella dei clienti privati: è obbligata alla gara, ha volumi di spesa unici, conclude un contratto quadro al quale devono aderire le amministrazioni centrali e detta, attraverso il bando, regole inderogabili; e richiama in tal senso una decisione recente dell'Autorità (Pellegrini/Consip), che ha trovato conferma in sede giudiziale, in cui è stato considerato Consip come un mercato rilevante distinto, in considerazione proprio della peculiarità della domanda. In definitiva TI non deterrebbe una posizione dominante in nessun dei due mercati a valle correttamente individuati, in quanto: (i) nel mercato della gara CONSIP è l'esistenza stessa di un meccanismo di gara ad escludere, in principio, che possa esservi un soggetto in posizione dominante; (ii) nel mercato della CGA la posizione di TI sarebbe controbilanciata dal contropotere esercitato dagli acquirenti in quanto soggetti dotati di notevole forza di contrattuale, considerate le loro dimensioni, importanza commerciale e capacità di migrare verso fornitori alternativi (cfr. doc. 533.20).

1.3 La definizione dei mercati rilevanti a monte

209. In relazione all'analisi dei mercati "a monte", TI ha sostenuto che bisognasse stabilire quali elementi della rete di TI fossero non duplicabili da un OLO efficiente per formulare offerte concorrenti. In particolare, con riferimento ai tre livelli in cui può suddividersi la rete di TI, locale, intermedio, e di cd. *Backbone*, la società ha sostenuto l'esistenza di diverse soluzioni disponibili ai concorrenti alternative all'utilizzo di detta rete. In particolare, anche volendo assumere che la rete locale (vale a dire il collegamento cliente/SGU) sia difficilmente replicabile anche da parte di un OLO efficiente, TI ha ricordato che per ottenere accesso a livello locale un OLO efficiente potrebbe sia ricorrere all'ULL (che TI ha reso disponibile in tutte le centrali richieste dagli OLO) sia

all'utilizzo di soluzioni basate su accesso in fibra proprie o acquistate sul mercato da altri operatori.

210. Per ciò che concerne il livello intermedio di rete, secondo TI lo sviluppo di reti alternative è testimoniato dalla diminuzione proporzionale dell'interconnessione richiesta a livello SGT, illustrata nella figura 2 dell'All. n. 5 alla memoria depositata (nel 2000 era il 42% degli OLO ad "interconnettersi" a livello SGU, nel 2002 tale percentuale è aumentata al 72%); TI ha altresì ricordato come sulla rete di trasporto *backbone* c'è da diversi anni un'offerta alternativa realizzata su portanti fisici in fibra ottica, rinviando sul punto alla tabella 1 del citato allegato 5. Sempre basandosi sulle evidenze empiriche riportate in detto allegato, TI ha illustrato alcuni esempi significativi relativi ad importanti istituti di credito, per i quali gli OLO dispongono di infrastrutture alternative nella fornitura ai GCA. In conclusione, TI ha sostenuto l'erroneità del prendere in considerazione il mercato dell'interconnessione e dell'accesso in tutte le sue componenti di rete, poiché non si tiene conto dell'evoluzione del mercato di riferimento in assenza della dimostrazione della necessità da parte di OLO efficienti di utilizzare tali servizi nella predisposizione di offerte rivolte alla clientela affari.

1.4 L'erroneità delle analisi in merito alla regolamentazione ex ante a cui è sottoposta TI e il corretto test di prezzo di valutazione della redditività e replicabilità

211. In relazione a tale specifico aspetto, TI ha ricordato che, laddove le direttive comunitarie di riferimento richiedono di adottare nella contabilità regolatoria dell'*incumbent* una metodologia più innovativa proprio perché occorre incentivare lo sviluppo e promuovere una concorrenza tra operatori efficienti, nel riconoscere la difficoltà di passare da una definizione dei costi sottostanti l'OIR basata su di una metodologia *fully distributed cost/historical cost accounting* (FDC/HCA) ad una metodologia *fully distributed cost/current cost accounting* (FDC/CCA) o meglio ancora *Long Run Incremental Cost* (LRIC), il legislatore comunitario affida tale compito alle autorità nazionali di settore (NRA).

212. In tal senso, la società, che ha più volte dichiarato la propria disponibilità ad adeguarsi ad una diversa e più innovativa metodologia di calcolo, non ritiene propria responsabilità il fatto che in Italia non è stata ancora adottata una metodologia di calcolo più innovativa.

Ciò premesso, TI non ritiene in via generale che i costi regolatori dei servizi finali possano fornire una base corretta per la verifica della replicabilità delle offerte dell'operatore che si assume dominante, in quanto proprio per i ritardi nell'innovazione della base contabile utilizzata, i suddetti costi sovrastimano sistematicamente i costi effettivi, che sono di natura LRIC.

213. Infatti TI ha sostenuto che i costi reali, sia degli imput forniti da TI ai concorrenti sia degli input prodotti dagli stessi sono [...]inferiori ai costi regolatori", perché il costo regolatorio è quello dell'ultimo Accounting regolatorio disponibile, che costituisce una base di costo superiore a quella del prezzo di interconnessione che i concorrenti pagano a TI, "fissato annualmente attraverso un meccanismo di network cap (ad esempio, N.C. 2003)" (doc. 531.20). Secondo quanto dichiarato dalla Parte, ciò deriva dal fatto che i dati di costo desunti dalla contabilità regolatoria predisposta per l'AGCom sono costruiti sulla base di una metodologia di tipo FDC (Fully Distributed Cost), ossia i costi comuni e congiunti vengono allocati rispetto all'insieme dei servizi offerti ai clienti¹⁰⁴. Questi costi regolatori comprendono anche i costi del capitale (WACC, ossia Weighted Average Cost of Capital). Inoltre, "[...] i costi regolatori di TI riflettono una metodologia FDC/CCA (Fully Distributed Costs/Current Cost Accounting), ossia i costi allocati seguono un meccanismo di aggiornamento top-down. Per essere più chiari, attualmente i costi relativi alla rete di accesso sono valutati secondo una metodologia FDC/HCA, mentre i costi relativi al traffico mediante una metodologia FDC/CCA, questo per scelte effettuate con l'AGCOM. Ma per avere dati di costo

¹⁰⁴ [Inoltre, si tratta di costi medi per tipologia di traffico e, pertanto, sono sicuramente largamente superiori ai costi evitabili di lungo periodo. Essendo costi medi, non possono dar conto della maggiore dimensione di traffico sviluppata dai singoli clienti top-executive, né della eventuale maggiore concentrazione di questi clienti in ambito geografico a costo relativamente basso.]

aggiornati (i cd Total Element Long Run Incremental Costs) sarebbe necessario procedere mediante una metodologia bottom-up [...]”¹⁰⁵ (pag. 8 del verbale di audizione cit.). Peraltro, tale metodologia “[...] sovrastima ulteriormente i costi rispetto ad un meccanismo di ottimizzazione bottom-up [...]”, perché non si tiene conto di una rete ottimizzata (ib.). La difesa di TI ha quindi sottolineato che la valutazione del costo di rete sulla base dei costi storici costituisce una sorta di anomalia italiana nel contesto della regolamentazione vigente nella maggior parte dei paesi europei.

214. A tale specifico riguardo, nel corso della propria difesa, TI ha più volte introdotto una distinzione tra: (i) *test* per verificare la non predatorietà di una offerta; (ii) *test* della replicabilità oggettiva di una offerta da parte di concorrenti efficienti, ossia un *test* di *price-squeeze* che attiene al rapporto tra i prezzi a monte ed a valle (docc. 385.15, 399.15 e 531.20). Secondo la difesa di TI, i due test coincidono solo in quanto entrambi devono essere condotti riguardo al prezzo *retail* relativo all’offerta integrata e non disarticolata per singoli servizi. Ciò discende dal fatto i concorrenti sono in grado di presentare gli stessi pacchetti di servizi offerti dall’impresa verticalmente integrata. I due test differiscono invece metodologicamente in quanto, mentre per un *test* di predatorietà occorre prendere in considerazione solo i LRIC (*Long Run Incremental Costs*), per verificare la replicabilità dell’offerta occorre procedere secondo il cd *imputation test*, che richiede di individuare quali sono i servizi di rete che anche un OLO efficiente dovrà acquistare dall’operatore dominante, e quindi tener conto del fatto che, oltre l’interconnessione esistono modalità di accesso più convenienti dell’offerta di interconnessione (ULL e fibra ottica, ad esempio).

215. TI ha sostenuto che per tutti gli elementi di rete che l’OLO non deve acquistare dall’*incumbent* (e quindi almeno le tratte *backbone* a lunga distanza), il riferimento al costo di rete regolatorio dei servizi di TI è fuorviante; in ogni caso, bisogna far riferimento ai costi efficienti, cioè quelli correlati alla realizzazione di una rete a tecnologia innovativa utilizzando modelli di costo LRIC e quelli commerciali effettivamente sopportati. Inoltre, la valutazione deve essere effettuata sull’insieme dei servizi acquistati dal cliente finale perché il cliente sceglierà l’operatore in base all’economicità complessiva della fornitura richiesta. Se il cliente finale acquista servizi integrati e se ciascun OLO presente sul mercato italiano è in grado di formulare un’offerta integrata, quello è il livello dei servizi sul quale si svolge il confronto competitivo.

216. Telecom Italia ha quindi fornito alcune linee di difesa più specifiche sui comportamenti assunti nella gara CONSIP e nella formulazione delle offerte al resto della clientela business, sia in materia di replicabilità economica e tecnica delle offerte che in termini di clausole contrattuali adottate.

2. la profittabilità e replicabilità dell’offerta di TI nella gara CONSIP: l’analisi svolta da TI

217. TI ha prodotto un’analisi di profittabilità e replicabilità dell’offerta presentata nella gara CONSIP 2002 (doc. n. 355.14, allegato 1)¹⁰⁶.

218. Le conclusioni dello studio sulla profittabilità e replicabilità dell’offerta di TI per la gara CONSIP sono basati sui seguenti presupposti generali di analisi:

¹⁰⁵ [Nella CCA si parte dalla contabilità storica e si ridefinisce il costo storico trasformandolo in costo corrente tenendo conto dell’evoluzione degli indici dei prezzi per i beni di capitale, sicché da un valore ad esempio di 100 di costo storico posso giungere ad un costo corrente di 40 che tiene conto del costo di replacement. Viceversa se procedessimo bottom up dovremmo prendere in considerazione una riottimizzazione della rete. Ossia potremmo prescindere dalla rete di TI esistente e tenere conto del fatto che il concorrente oggi compete con TI sulla base di una rete ottimizzata e non di quella storica. Il CCA che è utilizzato nella contabilità regolatoria di TI non tiene conto di questa necessità di riottimizzazione.]

¹⁰⁶ [“Analisi dei calcoli effettuati da Telecom Italia sulla profittabilità e replicabilità della gara Consip” redatto dalla società NERA, nell’ambito della risposta alla richiesta di informazioni pervenuta in data 18 novembre 2003.]

- la valutazione di profittabilità e replicabilità dell'offerta CONSIP deve essere svolta, come previsto nel bando di gara, sull'offerta nel suo complesso¹⁰⁷;
 - i costi regolatori a partire dai quali viene costruita l'analisi di replicabilità sono quelli utilizzati per la formulazione dell'offerta, ossia "quelli stimati dalla Divisione Wireline di TI nel settembre del 2002 con riferimento all'anno precedente e devono essere interpretati come costi regolatori provvisori per il 2001" (doc. n. 355.14);
 - i soli costi rilevanti nell'analisi sono i costi incrementali o evitabili, che non sarebbero sorti se la gara non fosse stata aggiudicata a TI, ciò implica l'azzeramento dei costi operativi e di struttura (marketing, predisposizione dell'offerta, struttura commerciale) e la riduzione dei costi di fatturazione (del 50%) e di customer care (del 40%)¹⁰⁸;
 - molteplici voci di costo sono valutate mediante la previsione di un tasso di decalage annuale lungo l'intero orizzonte temporale di fornitura di 30 mesi: (i) i costi di interconnessione sono definiti applicando un decalage annuale per le tariffe di raccolta e terminazione pari al 3,5%; (ii) i costi di terminazione verso rete mobile e verso reti internazionali, sono calcolati con un decalage pari al 15% e al 3,5% (13,03 e 12,39 eurocent/minuto);
 - i costi di Kit e circuiti di interconnessione¹⁰⁹ (necessari agli OLO per potersi interconnettere alla rete di TI), sono azzerati sulla base della considerazione che un operatore efficiente verticalmente integrato come TI non ne ha bisogno per l'interconnessione;
 - considerato che il capitolato di gara consentiva che a partire dal terzo mese i servizi voce potessero essere forniti mediante ULL, anziché attraverso la preselezione automatica fornita da TI (carrier preselection, cd. CPS), e che tale passaggio dovesse essere completato entro il diciottesimo mese, TI ha ipotizzato che il 51,5% del traffico totale sarebbe stato gestito dal concorrente in ULL mentre la parte restante mediante CPS. Nello studio prodotto da TI si è plausibile tale ipotesi, perché l'utilizzo del *local loop* è molto più economico rispetto alla CPS e, quindi, esisterebbe un chiaro incentivo ad utilizzare tale modalità di accesso alla rete.
- 219.** Sulla base di questi presupposti fondamentali - ritenuti nello studio presentato da TI "ragionevoli" e tali da poter "essere difesi[i] e in modo convincente sulla base di solide e fondate argomentazioni economiche"¹¹⁰ - lo studio conclude nel senso di:

¹⁰⁷ [Riguardo alla necessità di valutare la redditività e la replicabilità dell'offerta Consip per il complesso dei servizi messi a gara piuttosto che riguardo a singole componenti dell'offerta, secondo TI ciò deriva:
a) dalla formulazione del bando di Gara, in quanto esso richiedeva, pena l'esclusione, che l'offerta riguardasse tutti i servizi richiesti e che la Consip avrebbe dovuto effettuare un valutazione relativa alla redditività dell'offerta complessiva a livello aziendale;
b) dalla sua natura di offerta integrata.]

¹⁰⁸ [Inoltre, il costo relativo alle delle chiamate urbane, in quanto costituite da connessioni in dial up verso ISP per il 40%, è stato abbattuto in analoga misura]

¹⁰⁹ [In relazione a quest'ultimo punto occorre, infatti, evidenziare che, come peraltro ammesso dalla stessa NERA in relazione ai soli servizi di fonia, considerando la necessità per l'OLO concorrente di acquistare almeno due kit per l'interconnessione, i risultati dell'analisi evidenziano un margine negativo anche per le chiamate distrettuali e urbane (pari a -0,78 milioni di euro), nonostante l'ipotesi dell'azzeramento del 40% dei costi di terminazione relativi alle chiamate urbane e un margine pari a -43,81 milioni di euro per il fisso-mobile (contro il margine pari a -39,82 milioni di euro su evidenziato). Quanto precede porta alla conclusione che, se nell'analisi si rimuovesse l'ipotesi relativa alle economie dell'operatore verticalmente integrato, realizzate mediante l'azzeramento dei costi relativi ai Kit ed ai circuiti di interconnessione, il risultato di replicabilità si ribalterebbe, con un risultato negativo pari a -35,27 milioni di euro per la sola fonia di base.]

¹¹⁰ [In particolare, NERA a) condivide l'ipotesi che l'offerta vada valutata nel suo complesso. Infatti, "se i ricavi derivanti dal pacchetto dei servizi offerti coprono i costi totali della fornitura, l'offerta risulta profittevole e replicabile da un concorrente efficiente, indipendentemente dal modo in cui i singoli servizi sono prezzati";
b) condivide l'esclusione dei costi generali in quanto non specificamente riferiti alla offerta Consip ed in quanto sarebbero sopportati da TI indipendentemente dall'esito gara. Quindi i soli costi presi a riferimento sono quelli incrementali o evitabili, cioè quei costi che sorgono solamente se i servizi posti a gara vengono effettivamente offerti. Nel far questo NERA afferma che l'esclusione dei costi non evitabili nella valutazione delle condotte predatorie è un approccio utilizzato nelle principali decisioni comunitarie (caso Deutsche Post) e dell'Autorità (Caronte), nonché riconosciuto dalla principale letteratura economica.]

- concordare con la valutazione di TI sulla profittabilità dell’offerta a CONSIP considerando il complesso dei servizi offerti. In particolare, come mostrato dalla tabella 9, dividendo in tre grandi aggregati l’offerta stessa (vale a dire servizi di fonia, fornitura di linee e giunzioni, servizi IP¹¹¹), l’unica categoria non redditizia è quella dei servizi di fonia, con un margine negativo di 20 milioni di euro, laddove, tuttavia, il risultato complessivo dell’offerta CONSIP avrebbe fornito a TI un margine positivo di circa 24 milioni di euro, grazie al contributo positivo della fornitura di linee e giunzioni (+33.72 milioni di euro) e dei servizi IP (+10.67 milioni di euro);
- valutare replicabile l’offerta a CONSIP, considerando il complesso dei servizi offerti. Una delle due analisi compiute da TI nello studio citato in termini di replicabilità (l’unica poi ripresa nella presentazione generale del rapporto), evidenzia un margine negativo di circa 4 milioni di euro per i servizi di fonia (sempre imputabile solo ai servizi fisso-mobile), e una perdita di circa 9 milioni di euro per la fornitura dei circuiti PABX¹¹² nell’ambito della fornitura dei servizi di linee e giunzioni (cfr tabella 14). Complessivamente, tuttavia, il valore positivo dei margini per gli altri servizi porta ad un risultato di replicabilità complessiva dell’offerta, con un margine per il concorrente di circa 30 milioni di euro;
- infine, ipotizzare un margine pari a zero per i servizi IP *dial-up*, CONSIP, data la scarsa incidenza della componente *Internet* sul valore complessivo della gara. Invece, per la componente accesso IP dedicato, nello studio prodotto da TI si sostiene che, se i costi sono stati determinati, come affermato da TI, sulla OIR del 2002 e su offerte *wholesale* precedentemente approvate dall’AGCOM, ne discende un margine positivo e pari a 8,74 milioni di euro.

Tabella 18. - Test di replicabilità per la gara complessiva (valori in euro e milioni di euro)

Servizio	Volume *	Costo Unit. OLO	Prezzo unit. TI	Costo Tot.	Ricavi Tot.	% Ricavi Tot	Margin e
Distr.	7.296	0,0105	0,0129	76,48	94,20	19,6	17,72
Interd.	1.629	0,0156	0,0207	25,34	33,66	7,01	8,32
F/M	1.180	0,1391	0,1053	164,1 7	124,35	25,93	-39,82
Altre comp.**		2,51	2,5	30,13	39,79	8,47	9,66
Tot. fonia	11.045	2,68	2,64	296,6 6	292,54	61,01	-4,12
Accesso	7.753,9 68	6,29	10,74	48,76	83,28	17,37	34,52
Circuiti PABX	36.200	1.118,92	870,42	40,50	31,51	6,57	-9,00
Dial Up	792.000	9,33	9,33	7,39	7,39	1,54	0,00
IP dedicato	228.000	213,98	252,33	48,79	57,53	12,00	8,74
Tot. Serv. IP				57,42	66,16	13,80	8,74
TOT. OFF. CONSIP				449,3 4	479,49	100,00	30,14

c) condivide le ipotesi di decalage adottate da TI in quanto nel settore delle comunicazioni i costi effettivi e regolamentari tendano a scendere nel tempo sicché "esiste una base di evidenza comune ai concorrenti, che rende possibile costruire ragionevoli previsioni sull'evoluzione futura dei costi".]

¹¹¹ [IP sta per Internet Protocol, si tratta dei servizi internet.]

¹¹² [PABX sta per Private Access Branch Exchange, le cui giunzioni (collegamenti con la rete di un utilizzatore finale) si ottengono mediante l'applicazione di circuiti diretti.]

Fonte: rapporto redatto da NERA per TI, doc. 355.14

**I volumi relativi al traffico voce sono espressi in milioni di minuti*

***All'interno di questa voce compaiono componenti di minor rilievo quali il traffico internazionale, l'addebito ripartito per chiamate da rete mobile, addebito al chiamato per collegamenti IP ed altri addebiti per numeri verdi.*

220. Vale precisare che nella memoria difensiva depositata in data 24 settembre 2004 e in audizione finale, TI ha controargomentato rispetto alla diversa analisi di replicabilità complessiva fornita dall'Autorità, che concludeva nel senso di non ritenere replicabile l'offerta TI neanche complessivamente valutata, laddove si fossero adottate una serie di più opportune ipotesi.

A tale riguardo, TI ha prodotto un ulteriore studio della società Nera, che, modificando nuovamente alcune ipotesi, relative al costo dei kit e circuiti per la terminazione su mobile e internazionale, al costo dei servizi di dial-up e di video conferenza, e alla durata del processo di passaggio all'ULL per le linee della PA, dimostra come l'offerta di TI, oltre ad essere remunerativa nel suo complesso, era certamente replicabile da concorrenti efficienti.

3. L'interpretazione fornita da TI relativamente alla simulazione contenuta nel doc. 89.4.

221. Nel corso delle audizioni tenutesi in data 4 e 7 maggio 2004, ai rappresentanti di TI è stato richiesto di chiarire le ipotesi alla base della simulazione contenuta nel doc. 89.4. Nella prima audizione hanno precisato "che gli scenari descritti nel documento 89.4 rispondevano alla finalità di presentare alla società una delle simulazioni effettuate per la costruzione dell'offerta di gara complessiva e quali fossero i risultati plausibili derivanti dalle diverse ipotesi", ammettendo che i ricavi evidenziati dalla prime due colonne del documento in parola avrebbero dovuto essere interpretati come il fatturato complessivo della gara CONSIP nell'ipotesi che TI vicesse il Lotto A e, quindi, convenendo anche che tale fatturato corrisponde all'incirca all'offerta CONSIP formulata da TI. Le seconde due colonne del medesimo documento si riferiscono invece ai ricavi di TI, giacché un OLO alternativo avrebbe comunque avuto bisogno di acquistare fattori intermedi da TI per fornire i servizi richiesti dalla CONSIP (doc. n. 511.19).

222. In data 7 maggio i rappresentanti di TI hanno presentato una versione differente dei fatti (doc. n. 515.19), secondo cui: (i) gli estensori del documento non sarebbero rintracciabili e forse non lavorerebbero neanche più per TI; (ii) il documento in esame sarebbe solo una delle simulazioni effettuate su possibili scenari scaturenti dalla Gara; (iii) l'unità di misura sarebbero gli euro e non già le lire e ciò sarebbe stato desunto dalla memoria di coloro che lavoravano alla preparazione dell'offerta CONSIP; (iv) la simulazione riguarderebbe le componenti voce ed accessi e non quindi la componente dati, ma l'ipotesi di traffico presa in considerazione non sarebbe di 11 miliardi di minuti come richiesto dal capitolato CONSIP, ma 17 miliardi di minuti; (v) la voce fatturato CONSIP ed altri OLO per le prime due colonne (909 milioni di euro), si riferirebbe a ricavi derivanti da canoni e da traffico fonia nell'ipotesi che il traffico fonia fosse superiore a quello stimato da CONSIP, ma i prezzi fossero prossimi a quelli poi realizzatisi; (vi) i 660,2 milioni di euro (e non già miliardi di lire) evidenziati dalla tabella rifletterebbero in parte i ricavi derivanti dall'interconnessione dei concorrenti e, in parte, i ricavi derivanti dall'erogazione di servizi alle PA che risultano aver sottoscritto il contratto CONSIP 2000 con TI e che avrebbero impiegato un certo lasso di tempo (perlomeno sei mesi) per migrare verso il nuovo fornitore¹¹³. Nel corso

¹¹³ *[In data 12 maggio 2004 TI ha presentato una dimostrazione delle affermazioni rilasciate nel corso della seconda audizione (doc. 519.19), che dal punto di vista metodologico è tesa a dimostrare la presunta incongruenza dei dati della simulazione contenuta nel documento 89.4 con l'ipotesi che l'unità di misura sia la lira e che i volumi di traffico ai quali la simulazione fa riferimento siano pari a circa 11 miliardi di minuti. La prima parte della dimostrazione è incentrata sull'analisi del valore del "Totale Ricavi" di 1.242,1 di cui allo scenario "As is". TI applica i prezzi Consip 2000 alle quantità richieste dal bando Consip 2002 per canoni e traffico fonia e giunge ad un valore minimo di fatturato pari a 1.609,7 miliardi di lire superiore al valore di 1.242 miliardi di lire evidenziati dalla simulazione di cui al doc. 89.4. La seconda parte della dimostrazione*

dell'audizione finale, la Parte ha nuovamente dichiarato essere l'euro la valuta in cui è espressa la tabella contestata.

4. L'analisi di sostenibilità interna (redditività) dei listini applicati nelle offerte commerciali all'utenza business

223. Con riferimento alla replicabilità economica delle offerte formulate ai propri clienti affari, in linea generale TI ha sostenuto che le offerte praticate da essa sul mercato finale dell'utenza pubblica e privata supererebbero l'imputation test in quanto "tutte le offerte formulate da TI sono costruite sulla base di un PMR [prezzo medio di riferimento] sempre superiore al costo regolatorio". Giacché l'imputation test richiede che "il prezzo al dettaglio sia maggiore o uguale alla somma del costo degli input e dei c.d. costi incrementali "downstream", un prezzo basato sul costo regolatorio sarà necessariamente superiore al price floor dell'imputation test" (doc. 531.20).

224. Inoltre, nel corso del procedimento istruttorio è stata fornita da TI una specifica analisi per dimostrare la "sostenibilità interna dei 9 listini di prezzo applicati...nel 2003 alla clientela business di fascia alta". Più precisamente, la società ha prodotto un esercizio mirato a verificare "la sostenibilità interna sulla base di un test coerente con il "Test 1" previsto dalla Delibera n. 152/02/CONS nel calcolo dei costi regolatori per servizi standard" e ha indicato "il computo degli ulteriori elementi di costo necessari per lo svolgimento del test di sostenibilità interna" (doc. n. 506.19 e all. 6 doc. n. 519.19).

Nell'ambito dei 9 listini proposti è individuato il vettore con i prezzi più bassi per tutte le componenti di traffico (listino AI), e tali valori sono poi confrontati con i costi regolatori standard, calcolati utilizzando la contabilità regolatoria standard del 2001. Il risultato così ottenuto indica che i prezzi praticati sono, per ogni componente, superiori ai suddetti costi, calcolati con diverse modalità, nella pur ristretta misura indicata nella seguente tabella¹¹⁴:

Tab.19. - Test di sostenibilità interna (redditività). Valori in centesimi di euro e in lire/minuto

	<i>Prezzo del servizio di fonia /listino AI</i>	Totale costi regolatori Dati consuntivo 2001*	Totale costi regolatori Dati preconsuntivo 2001**	Totale costi 2001 di TI nella versione di pre-consuntivo utilizzata da NERA per la verifica dei prezzi nella gara CONSIP***
Traff. Locale/distr.	1,550 (30)	1,509	1,483	1,549
Traff. Intdsttr	3,100 (60)	2,628	2,718	2,750
Traff. F/M	19,110	18,013	18,051	19,82

condotta da TI verte sul valore dei ricavi corrispondenti allo scenario TI-TIM. In tal caso TI sostiene che il fatturato minimo derivante dalle sole componenti voce e canoni calcolate per 11 miliardi di minuti e 861.552 canali equivalenti mensili sarebbe pari a 1.237,6 miliardi di lire, cifra ben distante dal valore evidenziato di 909 miliardi di lire di cui al doc. 89.4.]

¹¹⁴ [La presenza di tre diverse colonne riferite ai costi regolatori (già rappresentati in precedenza, cfr. Tab. 5) dipende dal fatto che TI ha integrato lo studio di TI originariamente presentato (doc. n. 506.19), che era basato sui costi di consuntivo 2001, con una rielaborazione basata sui costi di pre-consuntivo 2001, che erano quelli alla base del listino di Interconnessione pubblicato nell'aprile 2002 (doc. 519.19, all. 6) Ciò su richiesta dell'Autorità, al fine di individuare dei costi regolatori utilizzabili anche per i confronti con condizioni di prezzi finali all'utenza business praticati da TI nel corso del 2002, in cui vigeva un listino di Interconnessione che costituiva la base di costo per i concorrenti di TI. La società, inoltre, ha individuato nella terza colonna dei costi rappresentata in tabella "i costi di preconsuntivo 2001 di cui si aveva visibilità all'epoca della gara CONSIP", nella versione utilizzata dalla stessa società di consulenza nell'ambito del primo studio relativo alla valutazione della profittabilità e della replicabilità dell'offerta di TI nell'ambito della gara CONSIP 2002.]

	(370)			
Traff. Intz	21,043	16.168	17,404	19,47

Fonte: Elaborazione NERA con metodologia TI.

* **Valori di costo da consuntivo 2001 coerenti con i valori alla base dell'OIR 2002 approvata dall'AGCOM nel 2003, con costi esterni di rete effettivamente prevalenti nel 2003.**

** **Valori di costo da pre-consuntivo 2001 coerenti con i valori alla base dell'OIR 2002 proposto da TI nella versione pubblicata nell'aprile 2002, ma con costi esterni di rete effettivamente prevalenti solo nel 2003.**

*** **Valori di costo da pre-consuntivo 2001 coerenti con i valori alla base del listino di interconnessione 2002 proposto da TI nella versione pubblicata nell'aprile 2002 e con costi esterni di rete noti nel 2002.**

225. Anche in base a tale analisi, TI ha sostenuto la redditività delle proprie offerte all'utenza business, osservando come anche il più basso dei listini applicati a partire dal febbraio 2003 (listino AI), presentasse dei prezzi superiori ai costi regolatori - e ciò pur non essendo tali costi, per le ragioni più sopra esplicitate, i costi effettivamente sostenuti di TI.

226. In relazione a tale specifica analisi, nel corso dell'audizione finale e nella ultima memoria difensiva, TI ha affermato che i costi regolatori medi 2001 cui fare riferimento sono quindi quelli delle colonne 1 e 2 della tab.5, al par.103 della CRI, con ciò confermando la valutazione di redditività delle offerte effettuato nel corso del procedimento istruttorio¹¹⁵.

5. Le clausole contrattuali applicate

227. In merito ai presunti abusi di natura contrattuale, e in particolare in primo luogo alla contestazione relativa alle clausole di esclusiva, clausole assimilabili alle cd. clausole inglesi e sconti cd. fedeltà, TI ha sostenuto che l'interpretazione data ad alcune delle clausole in essi contenute è fuorviante e giuridicamente non corretta. Infatti:

– Con specifico riferimento alle clausole di esclusiva, la maggior parte dei contratti che TI stipula ha durata annuale, e la giurisprudenza antitrust è costante nel ritenere che una clausola di esclusiva inserita in un contratto di breve durata trova spesso una giustificazione economica e non è suscettibile di creare una restrizione sensibile al gioco della concorrenza. Anche l'impegno delle parti di ridiscutere un nuovo contratto qualche mese prima della scadenza di quello in corso sottolinea in realtà la scadenza annuale, lungi dal costituire un vincolante impegno contrattuale al rinnovo, rappresenta probabilmente quanto di meglio l'azienda è riuscita ad ottenere da un cliente che proprio nella brevità del rapporto contrattuale esprime la propria forza negoziale.

– con riferimento alle cd. clausole inglesi, le clausole di adeguamento alle migliori condizioni di mercato utilizzate nei contratti di TI, come dimostrato dall'analisi puntuale di ogni singolo contratto, non presentano i requisiti atti a qualificarle come clausole abusive, vale a dire di garanzia per il soggetto in posizione dominante di conoscere le offerte dei concorrenti al fine di decidere se adeguare la propria offerta ovvero risolvere l'intero rapporto. E' infatti TI che si impegna, in alcuni casi, a praticare al cliente finale le migliori condizioni che in quel momento sta

¹¹⁵ [In particolare, TI ha criticato la correzione introdotta dagli Uffici nella CRI sui costi regolatori medi unitari dei servizi Retail di TI (di preconsuntivo e) di consuntivo 2001 formalizzati nei confronti dell'Agcom nella Contabilità Regolatoria 2001, poi certificata dal Revisore indipendente. TI ha sostenuto che nel correggere i dati forniti da TI utilizzando una ripartizione del traffico del tipo 80% Peak e 20% Off-Peak al posto di una ripartizione 50% Peak e 50% Off-Peak, l'Autorità sembra confondere le tariffe di interconnessione con i costi regolatori di rete, con l'effetto di innalzare il "floor" da utilizzare per il Test di redditività. Tale correzione sarebbe un procedimento errato in quanto nei costi medi regolatori di TI non vi è alcuna ipotesi di ripartizione tra traffico Peak e Off-Peak, essendo i costi regolatori costi medi minutari calcolati come rapporto tra i costi complessivi delle componenti di rete pertinenti ed il totale minuti di traffico generati dall'insieme della clientela (inclusi i minuti di interconnessione).]

applicando sul mercato. In altri casi invece è il consulente esterno del cliente a verificare che sul mercato non vi siano offerte migliori.

– con riferimento agli sconti fedeltà, TI ricorda che lo sconto è considerato fidelizzante, e quindi restrittivo, quando il soggetto dominante della cui fornitura il cliente non può fare a meno subordina l'applicazione dello sconto all'impegno della controparte di acquisire presso di lui l'intero fabbisogno od una parte significativa ed applica la riduzione sull'intera fornitura così da innalzare una barriera economica all'accesso da parte dei concorrenti. Nel caso di specie l'offerta di TI è sempre replicabile da parte dei concorrenti, ciascun OLO è in grado di offrire gli stessi identici servizi ed il cliente può rivolgersi a qualunque altro operatore. Ed inoltre nei casi in esame non vi è alcun impegno da parte del cliente a soddisfare l'intero suo fabbisogno da TI. La struttura dei contratti in esame prevede un'indicazione della spesa, in termini di volume e di tipologia di traffico, che il cliente intende effettuare con TI. Su tale stima, che il cliente conosce e che di conseguenza possono conoscere anche gli OLO, TI formula la propria offerta, tenendo conto delle ottimizzazioni che in tale fornitura possono essere realizzate e trasferendo così al consumatore finale il beneficio della relativa riduzione dei costi. Vi è poi in alcuni casi la previsione di un margine di tolleranza che garantisce al cliente la certezza della spesa che dovrà sostenere.

228. Infine, con riferimento alla contestazione mossa in CRI circa la non replicabilità delle condizioni tecniche, TI ha sostenuto l'infondatezza dell'accusa richiamando l'esistenza di numerosi accordi *premium* conclusi con operatori concorrenti (alcuni esempi sono allegati nell'ultima memoria di TI, All. 6). Esiste un'offerta *wholesale* di SLA standard ma esiste anche la possibilità, tanto per i clienti finali quanto per gli OLO, di accedere a SLA cd. *premium*, sopportandone ovviamente i relativi oneri.

6. Gli impegni sottoposti all'Autorità assunti da TI nei confronti degli OLO

229. TI ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità in data 24 settembre 2004, integrando con chiarimenti e precisazioni ulteriori in data 4 ottobre 2004, una proposta elaborata per la Parte dallo Studio Economico Parcu&Associati, in qualità di soggetto terzo e indipendente, contenente "*misure predisposte al fine di rispondere alle problematiche concorrenziali emerse nel corso dell'istruttoria*". Tale Proposta risulta essere stata sottoposta all'accettazione dei concorrenti al fine di ottenere una sorta di *market test* in relazione ad una prima valutazione dell'idoneità delle stesse *a contribuire al miglioramento del quadro concorrenziale*"[...] "*rispetto alle problematiche concorrenziali sollevate nel procedimento A351 dall'AGCM*" (doc. 560.22, allegato 8).

Alla data del 4 ottobre 2004 risultano aver sottoscritto la proposta per accettazione esclusivamente Albacom, Colt e Tiscali, mentre Wind, Fastweb ed Assoprovider in rappresentanza degli ISP, non hanno sottoscritto la proposta ritenendola inadeguata.

230. In sintesi, la proposta elaborata prevede, nel pieno rispetto della regolamentazione di settore e in continuità con essa, l'impegno di TI verso gli OLO a:

- 1) ridurre le problematiche concorrenziali nei mercati dei servizi all'utenza business, fornendo da un lato una serie di garanzie sui comportamenti commerciali da assumersi da parte di TI e dall'altro migliorando il quadro competitivo attraverso un'anticipazione al 2005 del livello dei prezzi di Interconnessione previsto per il 2006 secondo il meccanismo del Network cap, e una serie di riduzioni (dal 15% al 30%) dei costi di supporti trasmissivi (circuiti dedicati e CVP) per i concorrenti;
- 2) accelerare la concorrenza nel mercato dell'accesso attraverso misure straordinarie e temporanee (per il biennio 2005-2006) valevoli per 1000 siti della rete di TI, equivalenti a due milioni di linee, e consistenti in una possibilità di corresponsione a 24 mesi dei costi fissi da sostenersi da parte dei concorrenti per l'unbundling e nella fornitura di un servizio di ULL virtuale, nonché in un impegno a fornire l'unbundling della fibra ottica fino al 2010.
- 3) realizzare un efficace meccanismo di controllo e di verifica delle pattuizioni assunte attraverso la costituzione di un comitato di controllo di esperti indipendenti.

6.1. Impegni relativi alle condizioni competitive del mercato business

231. In relazione alla prima categoria di obblighi (di durata triennale) TI precisa che essa mirerebbe ad assicurare la piena replicabilità nella componente regolamentata di tutte le offerte TI, sotto il profilo economico, tecnico e qualitativo¹¹⁶. A tal fine essa delinea una suddivisione del mercato business, in GCA (Grande Clientela Affari) e Clientela business di piccole e medie dimensioni in funzione del superamento o meno della soglia di un livello di spesa annuale per telecomunicazioni pari a 36.000 €.

232. In tema di trasparenza e replicabilità, per la clientela Business di piccole e medie dimensioni, TI si impegna alla costituzione di un database informatico relativo ai contratti ed alle condizioni economiche e tecniche, messo a disposizione di un Comitato di Controllo e di qualsiasi Autorità che ne faccia richiesta. TI si impegna a rendere pienamente accessibili e verificabili ai concorrenti i relativi Listini.

233. Riguardo alla GCA, TI si impegna a: a) introdurre nei contratti il rispetto dei profili di consumo previsti in base ai quali è stata assicurata la replicabilità dell'offerta, mediante l'introduzione di una clausola che preveda *"un conguaglio finale in caso di deviazioni dal profilo di consumo annuo effettivo oltre la soglia di tolleranza del 5%. Tale conguaglio dovrà essere fatturato prima dell'eventuale rinnovo contrattuale"*; b) redigere ed a consegnare al cliente per i nuovi contratti nei 60 giorni precedenti alla scadenza naturale o il rinnovo dei contratti, un Prospetto Informativo Profilo Utente; c) garantire la continuità del servizio nel caso di transizione all'infrastruttura del concorrente¹¹⁷. TI si impegna, inoltre, nell'ambito delle offerte integrate alla GCA, a dare evidenza separata ai servizi regolamentati, specificando il dettaglio per ogni servizio le condizioni praticate alla clientela.

234. In tema di contendibilità dei contratti, TI si impegna a non applicare ed a non inserire nei contratti le clausole escludenti che hanno formato oggetto della presente istruttoria ed a consentire alla clientela business e alla PA la possibilità di esercitare, limitatamente alle componenti regolamentate, il diritto di recesso a titolo gratuito alla fine di ogni bimestre¹¹⁸. In tema di gare, TI si impegna a predisporre un documento attestante la piena replicabilità dell'offerta che resterebbe a disposizione del Comitato di Controllo ed ad ogni altra Autorità che ne richieda l'accesso. Per le gara pubbliche e della GCA TI si impegna ad informare tempestivamente i concorrenti ogni eventuale riduzione prospettica dei prezzi wholesale regolati che sia impiegata nella predisposizione dell'offerta di gara, ivi compresa ogni eventuale condizione di miglior favore ottenuta o prevista nella contrattazione con TIM o altri operatori, nella predisposizione delle offerte di terminazione fisso-mobile.

235. L'impegno di cui al punto 1 prevede inoltre una serie di misure volte a realizzare miglioramenti del quadro competitivo e la non discriminazione verso gli OLO, consistenti, tra le altre, nell'anticipazione al 2005 del livello dei prezzi previsto per il 2006 nell'ambito del *network cap* nella definizione dell'Offerta di interconnessione e la riduzione in varia misura dei prezzi di alcune infrastrutture trasmissive per interconnessione Internet nell'ambito del paniere A dell'OIR 2005¹¹⁹.

¹¹⁶ *[In linea di principio TI si impegna a rispettare nelle sue "offerte wholesale condizioni economiche e tecniche di fornitura che rispettano il principio di parità di trattamento interna ed esterna.]*

¹¹⁷ *[Ti si impegna, inoltre, alla creazione di una "Funzione di Interfaccia Concorrenti" all'interno della Direzione Wholesale, che consentirà ai concorrenti la centralizzazione ed il coordinamento delle attività di attivazione dei collegamenti e di gestione guasti.]*

¹¹⁸ *[Inoltre, TI si impegna per i nuovi contratti affari a limitare all'annuo la durata dei contratti, con esclusivo riferimento alle componenti regolamentari.]*

¹¹⁹ *[L'accordo prevede inoltre: a) sconti sostanziali su alcune componenti del servizio di CVP (Canale Virtuale Permanente), assicurando rilegamenti in CDN senza costi aggiuntivi per l'OLO in caso di difficoltà tecniche; b) predisposizione di un'offerta wholesale cost plus bitstream alternativa all'ADSL anche per i nuovi servizi; c) rafforzamento del sistema di monitoraggio degli adempimenti relativi agli SLA, mediante un database messo a*

6.2. Impegni relativi all'accelerazione della concorrenza nel mercato dell'accesso

236. Per il biennio 2005-2006, TI si impegna, inoltre a favorire lo sviluppo concorrenziale del mercato dell'accesso, mediante l'accelerazione straordinaria dell'ULL attraverso la previsione di un'offerta per la predisposizione di infrastrutture e la previsione di un tempo massimo di tre mesi per la realizzazione e presa in carico delle infrastrutture di rete. In particolare l'offerta, alla quale sarà possibile aderire a partire dal 1 gennaio 2005 per 12 mesi, è caratterizzata, tra l'altro, dalla possibilità per l'OLO: a) di corrispondere il prezzo complessivo entro 24 mesi dalla realizzazione dell'infrastruttura, mediante rateizzazione su base mensile; b) la realizzazione dell'ULL virtuale nell'ambito dei 30 giorni; c) sconti per alcune componenti di servizio; d) potenziamento delle infrastrutture tecniche relative ai siti oggetto di ULL. TI, inoltre, si impegna a sconti particolari in relazione ai servizi dati ed all'offerta di infrastrutture di connettività, oltre che a rendere disponibile il servizio di unbundling della Fibra ottica (accesa e spenta) sino al 2010.

6.3. Impegni relativi ad un efficace meccanismo di controllo

237. Infine, TI propone un meccanismo di controllo e verifica degli impegni assunti imperniato sulla costituzione di un Comitato di Controllo composto di tre esperti terzi cui sia demandato il compito di dirimere ogni controversia in relazione all'interpretazione o adempimento degli impegni assunti da TI al fine di ripristinare le condizioni violate anche con efficacia retroattiva. Un membro del comitato sarà nominato d'intesa dai firmatari che aderiscono entro il 29 settembre 2004, un membro viene nominato da TI e un presidente viene nominato d'intesa da i primi due. In caso di mancata nomina di uno dei membri entro il termine di un mese dall'assunzione degli impegni da parte di TI, esso viene scelto dal residente dell'AGCM. Il comitato è costituito in sede permanente ed i membri restano in carica per il periodo di vigenza degli impegni. TI si impegna a relazionare entro 60 giorni dalla conclusione del procedimento A351 in merito alla piena realizzazione di detti impegni.

B) LE ARGOMENTAZIONI DEI SOGGETTI INTERVENUTI NEL PROCEDIMENTO

1. CONSIP

238. Nelle memorie presentate nel corso del procedimento, CONSIP ha chiarito la diversità, non interferenza e non sovrapposibilità tra la valutazione della congruità delle offerte che, in qualità di stazione appaltante deve, ai sensi dell'articolo 25 D.Lgs n. 157/95¹²⁰, svolgere in caso di presentazione di offerte anormalmente basse e l'eventuale valutazione della legittimità concorrenziale del comportamento posto in essere da una società partecipante a una gara indetta per la fornitura di beni e/o servizi alla P.A.: competenza quest'ultima rimessa per legge in via esclusiva all'AGCM e all'Autorità giudiziaria come, peraltro, confermato da costante giurisprudenza amministrativa¹²¹.

239. Con specifico riferimento alla valutazione di congruità svolta in merito all'offerta presentata da TI nella gara oggetto di istruttoria, CONSIP ha, infatti, dichiarato di non aver svolto alcuna valutazione *antitrust* (cfr. docc. n. 11 e n. 12) ma di essersi limitata, in ossequio al dettato del richiamato articolo 25 D.Lgs 157/95, verificare l'attendibilità economica dell'offerta nel suo complesso, al solo fine di valutare la piena affidabilità della proposta contrattuale¹²².

disposizione del Comitato di Controllo, il rafforzamento delle penali a carico di TI e la non applicazione ai propri clienti di SLA migliorativi rispetto ai concorrenti.]

¹²⁰ [Il citato articolo stabilisce l'obbligo della stazione appaltante di verificare, prima di una qualsiasi esclusione, le c.d. offerte anomale, ossia le offerte che "...presentano una percentuale di ribasso che superi di un quinto la media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse, calcolata senza tenere conto delle offerte in aumento".]

¹²¹ [Vd. Consiglio di Stato, IV Sez., decisione del 20 giugno 2002, n. 3368.]

¹²² [Tale verifica "ha natura globale e sintetica [e] deve prendere in considerazione tutte le giustificazioni addotte dall'impresa offerente, ivi incluse quelle relative a prezzi o ad altre condizioni i cui valori minimi siano stabiliti da disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi", a nulla rilevando quanto rappresentato da ALBACOM in sede di apertura delle buste "C", in data 22 novembre 2002, relativamente al fatto che i costi al

240. L'esito di tale valutazione è risultato, nel caso di specie, positivo, in quanto le risposte fornite da TI sono state ritenute idonee a fornire alla stazione appaltante "sufficiente certezza del fatto che il fornitore abbia ben valutato i costi della prestazione richiesta e che non si troverà poi nell'oggettiva impossibilità, o grave difficoltà, ad adempiere agli obblighi contrattuali" (dal verbale del C.d.A. di CONSIP 9 dicembre 2002).

241. CONSIP ha quindi sottolineato la rilevanza economica dell'appalto aggiudicato a TI, considerato che alla Convenzione hanno aderito numerose P.A. con conseguente significativo risparmio di spesa per l'Erario: infatti, "dal confronto tra i prezzi stabiliti nella Convenzione vigente e le tariffe praticate da TI agli utenti business [...]" emerge "[...] considerando i profili di traffico stimati nel capitolato tecnico, la riduzione della spesa telefonica della pubblica amministrazione [...] intorno al 68%".

Nell'ambito dell'audizione finale, la parte ha infine smentito quanto affermato da TI nella sua memoria, in particolare al punto 395, in merito alla priorità dell'obiettivo di contenimento della spesa pubblica rispetto a quello di assicurare l'osservanza delle norme in materia di concorrenza, ritenendo altresì infondata l'argomentazione di TI per cui nella gara CONSIP vi sarebbero state delle regole suscettibile di indurre o favorire un comportamento anticoncorrenziale da parte di TI.

2. ALBACOM

242. Nella propria memoria ALBACOM dimostra come i prezzi offerti da TI nell'ambito della gara CONSIP 2002 siano stati inferiori sia ai prezzi che avrebbe potuto praticare un operatore efficiente, sia ai soli costi di rete per la gestione della chiamata¹²³. Il raffronto proposto da ALBACOM prende in considerazione per ogni direttrice di traffico i costi di raccolta e terminazione, i costi di commutazione, i circuiti e la *carrier preselection*. Inoltre, per le chiamate nazionali sono stati considerati anche i costi di trasporto. Peraltro, il costo di transito è stato stimato pari a quello riferibile al singolo SGT, ossia molto prossimo ai valori che gli OLO attribuiscono come costi interni, mentre per il costo di trasporto si è presa in considerazione la differenza tra tariffa a livello di SGT e tariffa a livello di SGU¹²⁴. Le tariffe di terminazione e raccolta verso e da reti mobili sono invece calcolate pesando le tariffe dei singoli operatori con le relative quote di mercato¹²⁵.

243. ALBACOM ha preso in considerazione tanto l'offerta di interconnessione presentata da TI aprile del 2002, prima dell'approvazione da parte dell'AGCOM, sia l'offerta risultante dalle modifiche apportate dall'Autorità di regolamentazione e il raffronto tiene anche conto delle

minuto indicati da TI nella propria offerta fossero "decisamente inferiori al costo al minuto che TI pratica agli operatori alternativi per i medesimi servizi" (cfr. la memoria del 28 gennaio 2004, pagg 6-8).]

¹²³ *[A questa conclusione si giunge applicando all'offerta di TI la medesima metodologia indicata per i test di prezzo previsti dalla richiamata delibera in materia di Parità di Trattamento, n. 152/02/CONS (all. E - Linee guida per la valutazione delle offerte agli utenti finali).]*

¹²⁴ *[Inoltre, occorre sottolineare che ALBACOM ha effettuato l'analisi di replicabilità dell'offerta di TI utilizzando i prezzi della offerta di interconnessione del periodo 2002- 2005 per un operatore più che efficiente. Infatti, si è fatta l'ipotesi di un operatore interconnesso al 100% a livello SGU, ovvero di un operatore che disponga di una rete propria ma che necessiti ancora di interconnessione a livello urbano. Inoltre, tale operatore ipotetico ottimizza i flussi di interconnessione in termini di percentuale di riempimento e di minima distanza dalle centrali Telecom Italia ed è interconnesso direttamente alle reti degli operatori mobili.]*

¹²⁵ *[Occorre rilevare che si tratta di ipotesi molto favorevoli alla difesa di TI. In particolare, l'ipotesi che l'OLO sia interconnesso al 100% a livello di SGU non trova riscontro nella realtà Italiana. Infatti, anche Wind che possiede una rete più capillare e diffusa di ALBACOM non raggiunge un simile standard. Inoltre, l'ipotesi di un livello di utilizzo dei Kit e circuiti pari al 100%, è incompatibile con la necessità di garantire un certo livello di qualità che costringe le imprese a mantenere un buffer (una scorta cuscinetto) per tali risorse. Inoltre, l'ipotesi che vi sia interconnessione diretta con gli operatori mobili implica l'assenza di costi di transito su rete fissa. L'ipotesi adottata riguardo alla ripartizione del traffico tra fascia peak (80%) e off peak (20%), inoltre, è molto favorevole per la replicabilità perché sappiamo che la PA utilizza il telefono quasi interamente sino alle 18,30 e nei giorni lavorativi. Infine, nel considerare i costi operativi e commerciali dell'operatore alternativo interconnesso si è tenuto conto di un margine del 20% dei costi di rete, inferiore, dunque, al valore del 35% dei costi di rete previsto nel test di sostenibilità di cui alla delibera 152/02/CONS.]*

modifiche introdotte, a partire dal 2003, dall'adozione a livello regolamentare del sistema del network cap.

Le Tabelle seguenti mostrano quindi i risultati dell'analisi di replicabilità condotta da ALBACOM relativamente a tutto il periodo 2002-2005.

Tab. 20. - Raffronto relativo alle chiamate urbane (euro e eurocent).

Chiamata urbana	Costi OLO RIO 2002	C.OLO RIO 2002 appr.	C. OLO RIO 2003	Network cap 2004	Network cap 2005	prezzo T.I.
raccolta SGU	0,612	0,556	0,525	0,493	0,464	
kit e circuiti	0,207	0,207	0,191	0,179	0,169	
CPS	0,040	0,020	0,020	0,019	0,018	
terminazione SGU	0,612	0,556	0,525	0,493	0,464	
kit e circuiti	0,207	0,207	0,191	0,179	0,169	
Costi di commutaz. OLO	0,150	0,150	0,125	0,120	0,115	
Costi di rete	1,827	1,695	1,577	1,485	1,398	1,29
Costi operativi e commerciali	20%	20%	20%	20%	20%	
Prezzo replicabile	2,193	2,034	1,892	1,782	1,678	1,29
Differenz. prezzo TI /costo di rete	-29%	-24%	-18%	-13%	-8%	
Differenz. prezzo TI /costo di rete+ costi commercia.	- 41%	-37%	-32%	-28%	-23%	

Fonte: memoria di ALBACOM (doc. n. 322.13)

Tab. 21. - Raffronto relativo alle chiamate nazionali (euro e eurocent)

Chiamata urbana	Costi OLO RIO 2002	C.OLO RIO 2002 appr.	C. OLO RIO 2003	Network cap 2004	Network cap 2005	prezzo T.I.
raccolta SGU	0,612	0,556	0,525	0,493	0,464	
kit e circuiti	0,207	0,207	0,191	0,179	0,169	
CPS	0,040	0,020	0,020	0,019	0,018	
terminazione SGU	0,612	0,556	0,525	0,493	0,464	
kit e circuiti	0,207	0,207	0,191	0,179	0,169	
Costi di	0,380	0,320	0,323	0,304	0,285	

trasporto e commutazione						
Costi di rete	2,057	1,865	1,775	1,668	1,568	2,060
Costi operativi e commerciali	20%	20%	20%	20%	20%	
Prezzo replicabile	2,469	2,238	2,130	2,002	1,882	2,060
Differenz. prezzo TI/costo di rete	0,1%	10%	16%	23%	31%	
Differenz. prezzo TI/costo di rete+ costi commercia.	-17%	-8%	-3%	3%	9%	

Fonte: memoria di ALBACOM (doc. n. 322.13)

Tab. 22. - Raffronto relativo alle chiamate Fisso-Mobile.

Chiamata urbana	Costi OLO RIO 2002	C.OLO RIO 2002 appr.	C. OLO RIO 2003	Network cap 2004	Networ k cap 2005	prezzo T.I.
raccolta SGU	0,612	0,556	0,525	0,493	0,464	
kit e circuiti	0,207	0,207	0,191	0,179	0,169	
terminazione	18,970	18,970	14,950	13,754	12,654	
kit e circuiti	0,207	0,207	0,191	0,179	0,169	
Costi di trasporto e commutazione	0,150	0,150	0,125	0,120	0,115	
Costi di rete	20,145	20,089	15,982	14,727	13,570	10,530
Costi operativi e commerciali	20%	20%	20%	20%	20%	
Prezzo replicabile	24,174	24,107	19,178	17,672	16,284	10,530
Differenz. prezzo TI/costo di rete	-48%	-48%	-34%	-28%	-22%	
Differenz. prezzo TI/costo di rete+ costi commercia.	-56%	-56%	-45%	-40%	-35%	

Fonte: memoria di ALBACOM (doc. n. 322.13)

244. ALBACOM sostiene, dunque, l'irrePLICABILITÀ dell'offerta di TI con riferimento alle singole direttrici di traffico adottando l'intero orizzonte temporale di validità della Convenzione CONSIP. Infatti, il prezzo della chiamata urbana non è mai replicabile (cfr. Tab. 20), il prezzo della chiamata nazionale risulta replicabile solo nel 2005, ossia alla fine dell'arco temporale di riferimento (cfr. Tab. n. 21), il prezzo per la chiamata fisso-mobile non è mai replicabile nel periodo 2003-2005.

Tab. 23. - Raffronto offerta complessiva traffico voce-Costo totale al minuto medio ponderato*

Costo tot. Min. ponderato	Costi OLO RIO 2002	C.OLO RIO 2002 appr.	C. OLO RIO 2003	Network cap 2004	Networ k cap 2005	prezzo T.I.
Costi di rete medio. ponderato	4,004	3,871	3,292	3,061	2,847	2,494
Costi tot medio. ponderato	4,805	4,646	3,950	3,674	3,417	2,494
Differenz. prezzo TI/costo di rete	-38%	-36%	-24%	-19%	-12%	
Differenz. prezzo TI/costo di rete+ costi commercia.	-48%	-46%	-37%	-32%	-27%	

Fonte: memoria di ALBACOM (doc. n. 322.13)

*Tale raffronto si basa sul seguente mix di traffico per l'offerta CONSIP: Chiamate locali 72,2%, Chiamate nazionali 16,2%, Chiamate fisso-mobile 11,7%

245. Secondo quanto illustrato dalla Tabella 23, inoltre, l'offerta CONSIP sarebbe stata non replicabile non solo per direttrice, ma anche nel suo complesso. Ciò sarebbe evidenziato dal raffronto tra i prezzi medi ponderati (calcolati sulla base dei prezzi e del peso delle tre tipologie di traffico considerate) dell'offerta di TI e i costi di rete medi ponderati (calcolati sull'ipotesi del medesimo *mix* di traffico)¹²⁶. Tenuto conto dell'evoluzione nel periodo di 30 mesi delle offerte di interconnessione, ALBACOM non avrebbe potuto presentare un'offerta competitiva, anche ipotizzando costi operativi e commerciali pari a zero, se non operando in perdita, in quanto avrebbe dovuto praticare prezzi inferiori alle tariffe di interconnessione dovute all'operatore ex-monopolista¹²⁷.

246. Per quanto attiene, inoltre, i prezzi praticati per le linee affittate (si ricorda che il bando della gara CONSIP richiedeva la realizzazione di giunzioni tra PABX), ALBACOM evidenzia che in questo caso i prezzi proposti da TI sono inferiori ai prezzi previsti dall'offerta di linee affittate definiti dall'AGCOM nella Delibera 711/00/CONS. ALBACOM ha proposto a titolo esemplificativo un raffronto tra i prezzi delle linee affittate proposti da TI per circuiti fino a 15 Km e il listino ex delibera 711/00CONS.

Tab. 24. - Offerta linee affittate e offerta Telecom Italia per giunzioni tra PABX.

¹²⁶ [L'analisi di ALBACOM è stata effettuata non tenendo conto dei servizi di telefonia internazionali e dei servizi inbound. Ma anche facendo astrazione da tali direttrici di traffico e considerando il valore complessivo dei costi per tutte le altre direttrici tale valore sarebbe incompatibile con l'offerta di TI. Infatti, il doc. 87.4 evidenzia 390,3 milioni di euro di ricavi a fronte di 346 milioni di euro di costi regolatori, mentre l'analisi di ALBACOM che esclude la direttrice internazionale e i servizi inbound a fronte di 330 milioni di euro di ricavi evidenzia 381 milioni di euro di costi corrispondenti. Si rileva, peraltro, che l'analisi di replicabilità condotta da TI (doc. n. 87.4) non ha preso in considerazione né i costi di trasporto nazionale delle chiamate interdistrettuali, né i costi commerciali.]

¹²⁷ [Peraltro, ALBACOM sottolinea come l'annullamento dei costi commerciali comporta necessariamente la non-replicabilità dell'offerta tenuto conto dei costi di rete per ogni OLO concorrente ed allo stesso tempo è una soluzione applicabile per TI solo nell'ipotesi che tutti gli enti della PA abbiano già sottoscritto un contratto con TI nell'ambito della precedente convenzione; ma anche in tal caso sarebbero da considerare i costi per l'attività operativa di gestione del cliente (customer care e fatturazione).]

(canoni/mese in Euro).

Fino a 15 Km (ipotesi di circuito di 1 Km)	Offerta retail (euro)	Offerta TI (euro)	Scostamento percentuale
Canale bidirezionale fino a 128 Kbps	508	287	-44%
Canale bidirezionale a 384 Kbps	680	443	-35%
Canale bidirezionale a 2 Mbps	695	547	-21%
Fino a 15 Km (ipotesi di circuito di 15 Km.)	Offerta retail (euro)	Offerta TI (euro)	Scostamento percentuale
Canale bidirezionale fino a 128 Kbps	595	287	-52%
Canale bidirezionale a 384 Kbps	933	443	-53%
Canale bidirezionale a 2 Mbps	1187	547	-54%

247. ALBACOM ha tentato, altresì, di ripercorrere l'analisi di replicabilità condotta dalla stessa TI in sede di predisposizione dell'offerta (cfr. doc. n. 87.4), pervenendo a risultati del tutto diversi da TI. Infatti, partendo dalle medesime ipotesi prese in considerazione da TI dall'analisi di ALBACOM emerge che l'OLO avrebbe potuto attendersi non già un margine positivo dell'11%, ma negativo e pari al -16%.

248. ALBACOM ha condotto anche un'analisi di redditività basata sul medesimo indice di redditività utilizzato da TI nella valutazione delle offerte per la clientela *business*, il c.d. indice *p*, che per l'offerta di TI per la gara CONSIP è pari a -42%, risultato che ALBACOM reputa "tanto più significativo se si riflette che la sola gara CONSIP ha un valore complessivo in termini di fatturato di TI quasi equivalente all'intero segmento executive (stimato in circa 500 milioni di euro)"¹²⁸.

249. In data 12 maggio 2004 ALBACOM ha prodotto le proprie osservazioni in merito all'Analisi effettuata per conto di TI relativamente alla gara CONSIP 2002 (doc. n. 523.19).

ALBACOM non condivide l'approccio metodologico dello studio prodotto da TI sotto diversi profili. In primo luogo, la gara andrebbe valutata avuto riguardo alle singole componenti e non al complesso dei servizi forniti, in quanto è necessario verificare che la redditività complessiva non sia garantita mediante il sovvenzionamento interno tra servizi mercati in cui TI è dominante (accesso) e servizi mercati in cui TI è in concorrenza (servizi di fonia). Il comportamento di TI sarebbe contrario al principio di non discriminazione sotto due profili: in quanto pratica prezzi troppo bassi alle proprie divisioni commerciali o società controllate rispetto a quelli praticati ad altri OLO; in quanto pratica prezzi troppo onerosi per i servizi intermedi.

250. In secondo luogo, ALBACOM ritiene inaccettabile che l'analisi relativa all'offerta di TI a un cliente finale sia condotta sulla base dei costi incrementali. Nel lungo termine, l'adozione di tale metodologia di calcolo e di allocazione dei costi sui mercati *retail* è idoneo a compromettere l'assetto competitivo dell'intero settore delle TLC¹²⁹. Al contrario la metodologia della valutazione

¹²⁸ [Peraltro, secondo ALBACOM, le ipotesi adottate dal docc. n. 86.4 e n. 87.4 nell'analisi di redditività dell'offerta di TI (annullamento dei costi di fatturazione, commerciali e di customer care) e la circostanza che TI si attendesse per le componenti fonia e dati un margine rispettivamente pari allo 0,25% ed al 12,8% costituiscono un'ammissione implicita di non replicabilità dell'offerta in quanto i costi regolatori cui TI fa riferimento nella documentazione interna costituiscono solo la base (alla quale dovrà essere poi sommato un coefficiente di remunerazione del capitale) per la determinazione della RIO di TI.]

¹²⁹ [Ciò in quanto gli operatori concorrenti sarebbero estromessi dai mercati in quanto impossibilitati competere anche a causa della minore solidità finanziaria che non consente di sostenere nel lungo periodo

a costi incrementali assume una rilevanza fondamentale nel mercato dei servizi intermedi (*wholesale*)¹³⁰, perchè consente di recepire nell'Offerta di Interconnessione rivolta ai concorrenti i recuperi di efficienza conseguiti nel tempo dall'*incumbent* (efficienze sinora non emerse a causa dell'adozione di una contabilità a costi storici). Di conseguenza l'adozione esplicita nello studio di TI di "*un criterio di imputazione che tenga conto dei risparmi di costo derivanti dalla fornitura interna dell'input piuttosto che la fornitura a un concorrente appare appropriato*", lungi dal rispondere al principio di efficienza, evidenzia la violazione da parte di TI del principio di non discriminazione tra OLO e proprie divisioni commerciali.

251. In terzo luogo, ALBACOM contesta l'applicazione che lo studio di TI fa del principio di entrata efficiente nei mercati. L'azzeramento dei Kit e circuiti di interconnessione non può essere ritenuta una traduzione in pratica di tale principio perché vi sono dei costi per Kit e circuiti che la stessa TI dovrebbe per forza sopportare anche se fosse l'unico operatore nazionale di telefonia su rete fissa (kit e circuiti per la terminazione del traffico su reti mobili e su reti internazionali). Inoltre, l'esistenza di una pluralità di operatori alternativi implica necessariamente l'esistenza di costi aggiuntivi incompressibili ulteriori rispetto ai costi di terminazione sulle reti altrui, ossia i costi per la raccolta del traffico per quella parte del mercato dell'accesso che non possiede e che sono funzione inversa della quota di mercato detenuta sull'accesso dall'operatore dominante¹³¹. Pertanto, l'interpretazione fornita da TI del principio di entrata efficiente porta a concludere che l'efficienza si ottiene solo con la presenza di una sola rete e di un solo fornitore di servizi.

252. In quarto luogo, ALBACOM contesta tanto sotto il profilo regolamentare che quello economico l'azzeramento attuato da TI dei costi generali e di *marketing* ed il ruolo marginale assegnato a tali voci di costi così come desunte dalla contabilità regolatoria¹³². Dal punto di vista economico i costi generali e di *marketing* sono ineliminabili da qualsiasi valutazione di profittabilità in quanto riflettono servizi necessari per la garantire la struttura operativa della azienda. La loro inclusione nell'analisi di profittabilità e replicabilità discende, inoltre, dalla circostanza che tali voci di costo vengono, comunque, inserite nei prezzi dei fattori intermedi praticati agli operatori concorrenti.

253. In quinto luogo, ALBACOM contesta l'adozione di un orizzonte temporale di riferimento pari a 30 mesi per la gara CONSIP in quanto solo per parte delle Amministrazioni vi sarà un'adesione istantanea alla Convenzione. Questo comporta maggiori costi e margini inferiori a causa della ridotta possibilità di beneficiare delle ipotesi di *decalage* adottate. Peraltro, alcune delle ipotesi di *decalage* formulate da TI si non sono realizzate. Ad esempio il 15% di *decalage* annuo per la terminazione del traffico fisso-mobile, dovrebbe essere certamente scontato a un ben più mite 4% annuo.

254. Sulla base di tali osservazioni ALBACOM propone una analisi alternativa dell'offerta CONSIP sulla base della quale conclude che l'offerta di TI non sarebbe stata né profittevole, né replicabile da un operatore efficiente tanto nei singoli mercati considerati, quanto nel suo complesso.

255. In particolare l'analisi di profittabilità della componente di accesso dell'offerta evidenzia, secondo ALBACOM, l'esistenza di sussidi incrociati tra tale componente sulla quale TI detiene una posizione di quasi monopolio e le componenti in concorrenza. Ancora più rilevante è che l'analisi di replicabilità condotta da TI ha sottaciuto l'esistenza di rilevanti costi di investimento legati alla

offerte sottocosto dell'ex monopolista che può adottare sussidi incrociati tra mercati regolamentati e non regolamentati e può contare su una solidità finanziaria costruita nella fase del monopolio.]

¹³⁰ *[Infatti, in tutti i paesi europei sono previste varie forme di contabilità regolatoria LRIC per gli operatori dotati di significativo potere di mercato.]*

¹³¹ *[Tali costi di interconnessione tra reti ovviamente assumono un valore pari a zero in monopolio ed un valore tanto più elevato quanto maggiore il grado di concorrenza.]*

¹³² *[Sotto il profilo regolamentare, infatti, la contabilità regolatoria è l'unico strumento per verificare la compatibilità tra i prezzi praticati dall'operatore dominante ai concorrenti e i suoi costi (orientamento al costo) e per garantire il principio di non discriminazione tra divisioni interne ed operatori concorrenti.]*

fornitura dei servizi in *unbundling*. ALBACOM ha condotto una simulazione per determinare l'entità dei costi associati agli investimenti¹³³, che un operatore efficiente dovrebbe sopportare per realizzare l'infrastruttura di rete necessaria per fornire linee di accesso a CONSIP, nelle tipologie indicate da TI destinate al solo servizio di fonia di base giungendo alla conclusione che anche adottando il medesimo mix di tipologia di accessi di TI (28,7% RTG, 32,8% ISDN BRA e 38,5% ISDN PRA) tale componente evidenzerebbe un margine negativo (-1.780 milioni di euro), a fronte del margine positivo ipotizzato nello studio di TI (34,5 milioni di euro). Inoltre, l'analisi finanziaria degli investimenti correlati a tale servizio ne rafforza la non convenienza economica indicando un valore attuale netto negativo per la durata della convenzione e un tempo di rientro degli investimenti superiore ai 9 anni. ALBACOM fa notare che tale ostacolo alla replicabilità dell'offerta di TI da parte di un concorrente efficiente avrebbe potuto essere rimosso in presenza di un'offerta di *wholesale line rental*, mediante la quale acquisire la disponibilità della linea a prezzi *wholesale* senza alcuna necessità di investimenti aggiuntivi.

256. Sulla base di tali risultati ALBACOM afferma che: TI appare aver praticato per servizi *retail* prezzi troppo bassi per le proprie divisioni commerciali o società controllate rispetto a quelli praticati agli OLO TI appare aver praticato prezzi troppo onerosi per servizi intermedi forniti ai concorrenti rispetto ai veri costi sottostanti. Entrambi i comportamenti configurano una fattispecie di abuso di posizione dominante sotto il profilo del *price squeeze* fra prezzi dei servizi finali e prezzi dei servizi intermedi da parte dell'operatore integrato dominante su entrambi i mercati. Al fine di prevenire il ripetersi di tale tipo di comportamenti in futuro ALBACOM auspica la riduzione dei costi dei servizi inclusi nella OIR, con particolare riferimento alla raccolta ed alla terminazione e l'intraduzione di un'offerta *wholesale line rental* il bitstream access a condizioni economiche orientate al costo.

257. Con memorie del 4 e 5 marzo u.s., ALBACOM ha segnalato ulteriori comportamenti abusivi di TI, consistenti in numerosi casi di *winback* di clienti *business* da parte di TI attraverso offerte sottocosto o comunque difficilmente replicabili dai concorrenti (doc. n. 404.16).

In particolare, l'ex-monopolista avrebbe ricontattato i clienti ALBACOM, al fine di prospettare condizioni economiche analoghe a quelle della Convenzione CONSIP o comunque difficilmente replicabili (cfr. memoria ALBACOM del 5 marzo 2004). Le offerte di TI sarebbero peraltro limitate ai servizi di fonia, così che non potrebbe essere accolta la giustificazione addotta da TI nel presente procedimento in relazione alla gara CONSIP, secondo cui la profittabilità complessiva dell'offerta sarebbe garantita dai margini generati dai servizi dati e a valore aggiunto¹³⁴.

258. La società ha altresì prodotto un approfondimento sui tempi di *provisioning* del servizio di ULL che dimostrano che i tempi di presa in carico delle linee per un OLO concorrente ipotizzati dallo studio commissionato da TI non risultano coerenti con i tempi effettivi di allestimento delle centrali. In primo luogo, infatti, essendo le amministrazioni centrali e periferiche della PA distribuite sul territorio in modo assai capillare questa attività avrebbe richiesto tempi più lunghi di quelli ipotizzati anche se TI avesse rispettato esattamente gli SLA (*Service Level Agreements*) relativi alla consegna dei siti e al provisioning dei doppini in ULL, definiti ai sensi della Delibera AGCom 13/00/CIR. In secondo luogo, nell'esperienza di ALBACOM i tempi effettivi che TI ha impiegato per consegnare le risorse necessarie per il servizio di ULL (siti e doppini) sono stati ben

¹³³ [Si tratta essenzialmente dei costi di investimento per l'acquisto e installazione degli apparati di rete voce (centrali remote) nei siti indicati dal bando di gara e delle centrali principali aggiuntive destinate alla raccolta del traffico generato dalle centrali remote, costi di manutenzione degli apparati, costi di housing e di affitto dei siti. L'analisi di ALBACOM ipotizza un ammortamento di tali investimenti in 10 anni che corrispondono alla vita utile media di tali apparati e non già in relazione all'orizzonte di riferimento di 30 mesi assunto da NERA.]

¹³⁴ [In alcuni casi il win back del cliente ALBACOM si sarebbe realizzato attraverso una discriminazione tra i livelli di qualità dei servizi regolamentati offerti da TI ai propri clienti rispetto a quelli garantiti agli operatori concorrenti. Così, ad esempio, in un caso di servizio di trasmissione dati IP VPN, gli SLA (*Service Level Agreement*) imposti dal cliente a TI sarebbero inferiori a quelli offerti da TI stessa ai propri concorrenti nelle offerte wholesale (pag. 5 della memoria del 5 marzo 2004).]

più lunghi di quanto previsto dagli SLA, ossia 204 giorni per il *provisioning* dei siti a fronte dei 115 previsti come ipotesi massima, con una percentuale dell'89,6% dei casi di consegna dei doppiini oltre i tempi di SLA (doc. 547.20).

259. In sede di audizione finale la società ha svolto, in replica alle argomentazioni difensive di TI, una difesa congiunta con COLT (v. infra).

In particolare, riguardo alla definizione dei mercati, la difesa delle due società ritiene che l'analisi svolta nell'istruttoria abbia correttamente identificato sia i mercati a monte che quelli a valle e, quindi, il tentativo di TI di esercitare il suo potere di mercato su entrambi i livelli attraverso comportamenti discriminatori con riguardo ai servizi all'ingrosso. Inoltre, la difesa di ALBACOM e COLT non ritiene che la mera gara CONSIP del 2002 sia configurabile quale mercato a sé, poiché i servizi al dettaglio sono gli stessi offerti ad altre pubbliche amministrazioni ed ai clienti business privati, i componenti all'ingrosso sono i medesimi, identico l'uso discriminatorio fatto da TI del suo potere sul mercato di tali componenti, gli stessi i concorrenti attuali e potenziali. Peraltro anche i clienti privati spesso usano meccanismi di gara per la selezione del contraente.

260. Riguardo ai comportamenti abusivi, ALBACOM e COLT rilevano che la memoria finale di TI "dimentica" di spiegare nel dettaglio perché sarebbero legittime le offerte dove gli sconti sono praticati ai clienti in modo personalizzato in funzione dei loro complessivi volumi di spesa (commisurati alla spesa dell'anno precedente), gli sconti applicati in modo progressivo rispetto agli scaglioni di spesa e con effetto che retroagisce su tutti gli scaglioni, le "tolleranze" del 10% senza corrispettivo dagli scostamenti di traffico rispetto a quello previsto inizialmente, l'ulteriore sconto del 5% nel caso di rinnovo contrattuale per l'anno successivo. Sulle esclusive, poi, TI si difende leggendo le clausole relative contenute nei contratti in modo da "farle sparire". Ad esempio, la memoria finale di TI, al paragrafo 312, fa riferimento ad un contratto con cliente finale nel quale era stabilito che le diminuzioni di utilizzo dei servizi di TI non dovessero derivare da "cessioni" ad altro fornitore, sostenendo che non si tratta di clausola di esclusiva perché si tratta della cessione del contratto stesso di TI ad un suo concorrente, ma tale interpretazione non è assolutamente credibile. Laddove TI non riesce ad interpretare le clausole di sostanziale esclusiva, sostiene allora che l'esclusiva di per sé non è un illecito, senza giustificare oltre tale affermazione, come avrebbe potuto svolgendo ad esempio una analisi puntuale che spiegasse in concreto perché tale clausola era necessaria negli specifici contratti.

261. Quanto ai trattamenti discriminatori a carattere economico, la difesa delle due società evidenzia che un documento interno di TI (doc. 89.4), non a caso del tutto ignorato nelle oltre 150 pagine della sua memoria finale, testimonia come essa fosse perfettamente consapevole che, tra le varie combinazioni possibili di aggiudicazione dei due lotti, quella della doppia esclusione, rispettivamente di TI dal lotto A e di TIM dal lotto B (cd. ipotesi OLO/OLO) rappresentasse la scelta economicamente ottimale per il gruppo TI, poiché lo stesso avrebbe ottenuto un guadagno maggiore di quello altrimenti realizzabile attraverso la remunerazione da parte del vincitore della gara dei componenti intermedi da essa forniti. Le ragioni della partecipazione di TI alla gara si rinvengono dunque in motivazioni che travalicano la "mera componente economica" (C.d.A. di TI del 5 settembre 2002, doc n. 218.10), e che interessano la continuità del rapporto con un "cliente importante come la PA" (dichiarazione di TI a verbale dell'audizione del 7 maggio 2004, p. 7 del relativo verbale).

Da quanto esposto discende che TI mantiene i costi all'ingrosso (basati sulla contabilità regolatoria) artificialmente alti a fini escludenti e con effetti discriminatori, in quanto ha applicato solo alle sue divisioni commerciali i minori costi effettivi da essa sopportati nel momento della formulazione dell'offerta CONSIP rispetto alla OIR allora vigente.

262. Non volendo entrare nel merito della profittabilità delle offerte al dettaglio di TI, in quanto il procedimento istruttorio ha ad oggetto comportamenti discriminatori e non prezzi predatori, ALBACOM e COLT rilevano tuttavia che la difesa di TI ha speso copiose argomentazioni per sostenere che l'analisi dei suoi prezzi al dettaglio deve essere fatta non sulla base della contabilità regolatoria, ma sulla base dei costi incrementali di lungo periodo (c.d. LRIC). L'automatica

conseguenza è che le offerte al dettaglio di TI sono profittevoli e replicabili sulla base dei LRIC, ma non della contabilità regolatoria dalla stessa società proposta al regolatore di settore e che ha costituito la base dell'offerta di servizi all'ingrosso all'epoca vigente. TI, dunque, ammette di aver commesso la discriminazione a lei imputata perché nell'ambito della sua autonomia imprenditoriale avrebbe potuto e dovuto applicare immediatamente il sistema contabile basato su gli LRIC anche alle condizioni economiche praticate ai propri concorrenti per i servizi all'ingrosso.

263. Circa la discriminazione tecnica, dopo avere esaminato l'offerta di SLA Premium contenuta nell'allegato 6 della memoria finale di TI, COLT e ALBACOM ritengono che la circostanza asserita da TI, per cui si tratta di condizioni migliorative rispetto a quelle imposte dall'AGCom, non risponde al vero.

Infatti dai documenti citati da TI non si evincono indicazioni di impegni di qualsivoglia natura circa la concessione di SLA Premium migliorativi rispetto a quelli standard. I documenti contengono la descrizione di servizi esclusivamente di tipo *Project Management* a supporto della fornitura di servizi finali a clienti multisede. I servizi in oggetto non sono soggetti ad offerta di riferimento e pertanto non sono disponibili riferimenti standard di tempistiche in base alle quali dedurre eventuali prestazioni migliorative di TI.

264. Infine, a proposito dell'inapplicabilità della normativa *antitrust* alla gara CONSIP, è del tutto priva di riscontro l'affermazione che il Tar della Puglia avrebbe stabilito in relazione alla gara per l'aggiudicazione della realizzazione della RUPA regionale che l'operatore con significativo potere di mercato in una gara pubblica può compensare la componente di offerta sotto costo con la libera quotazione delle componenti non regolamentate (par. 418 della memoria finale di TI).

Al contrario, il Tar ha stabilito che, nell'ambito di una offerta composta da servizi regolamentati e non (in cui, tra l'altro, i servizi regolamentati erano assolutamente marginali rispetto a quelli non regolamentati), TI avrebbe potuto comunque partecipare alla gara e presentare una offerta competitiva operando sui margini dei servizi non regolamentati.

3. COLT

265. Nel corso dell'audizione del 27 ottobre 2003, anche COLT ha ribadito che la replicabilità dell'offerta TI nella gara CONSIP del 2002 va valutata per singola direttrice di traffico e, in particolare, con riguardo al traffico fisso-mobile, dove l'operatore è integrato con TIM¹³⁵.

266. COLT ha inoltre prodotto in sede di audizione prove di sconti praticati da TI a favore di clienti aziendali di fascia TOP ed *Executive* che, a suo avviso, sarebbero da giudicarsi illeciti, in quanto avrebbero per oggetto o per effetto la fidelizzazione della clientela, e non sarebbero giustificati da ragioni di crescenti economie di scala (cfr. pag. 5 del verbale di audizione e pag. 25 e segg. dell'allegato 1 al verbale medesimo, in doc. 330.13).

267. Nella sua memoria del 12 maggio 2004 (doc. 517.19) COLT ha ribadito la natura escludente della strategia attuata da TI nel corso della gara CONSIP 2002 mediante la fissazione di prezzi inferiori ai costi di interconnessione. Peraltro, i costi di interconnessione rappresentano dei costi inevitabili per gli OLO, di conseguenza se le offerte di TI risultano inferiori a tali costi esse sono da ritenersi non replicabili dai concorrenti.

268. COLT, inoltre, come già evidenziato dagli altri operatori, non condivide le conclusioni alle quali è giunta TI in merito alla profittabilità e replicabilità dell'offerta CONSIP in quanto, in primo luogo, l'analisi più volte citata non può essere effettuata sulla base dei costi che TI si aspettava di sostenere in caso di vittoria, piuttosto che sul livello medio dei costi calcolato ai fini della

¹³⁵ [A proposito del traffico fisso-mobile, COLT, come Fastweb (infra), ha evidenziato come TI abbia ammesso in audizione il ricorso all'uso di apparati GSM BOX, benché Tim abbia diverse volte sostenuto illegittima l'utilizzazione del Gsm Box da parte degli altri operatori. Peraltro, COLT stessa ritiene tale pratica scorretta e pericolosa, in primo luogo, perché non permetterebbe alle forze dell'ordine che richiedano un'intercezione telefonica di individuare l'origine della telefonata, comportando tale sistema una "ri-originazione" della chiamata, e, in secondo luogo, in quanto determinerebbe una saturazione della rete, essendo istruite sulle Sim card del GSM Box un numero elevato di chiamate che saturerebbero la cella.]

contabilità regolatoria. In questo senso, il comportamento di TI, consistente nel far riferimento a informazioni privilegiate sui costi attesi (in particolare, costi di rete e di terminazione mobile), sarebbe da ritenersi palesemente discriminatorio dei concorrenti, i quali devono necessariamente conformarsi alle condizioni di interconnessione vigenti.

269. In secondo luogo, COLT non condivide l'esclusione dei costi commerciali dal computo della replicabilità e profittabilità dell'offerta, perché TI sarebbe in grado di ripartirli su altre offerte, mentre gli altri OLO sono comunque tenuti a sopportare parte dei costi generali di TI (computati nei costi regolatori della stessa). Tanto meno condivisibile appare l'esclusione dal computo dei costi relativi a fattori indispensabili per l'interconnessione fisica delle reti, quali i kit ed i circuiti.

270. Inoltre, COLT evidenzia il carattere contraddittorio della esplicita ammissione da parte di TI della possibilità di effettuare trasformazioni di traffico Fisso-mobile in mobile- mobile, considerato che gli operatori di telefonia mobile, e tra questi TIM, società controllata da TI, di norma risolvono il contratto per inadempimento, qualora gli OLO adottino tale soluzione tecnica¹³⁶.

271. COLT sottolinea, inoltre, il carattere fidelizzante delle offerte praticate nei confronti dell'utenza affari privata, portando evidenze relative a quattro diversi casi di clienti o potenziali clienti di COLT sottratti alla stessa da TI mediante sconti condizionati ad obblighi di esclusiva [OMISSIS], o di sconti *una tantum* concessi in relazione alla presenza di un'offerta concorrente [OMISSIS], [OMISSIS], [OMISSIS].

272. In generale, COLT evidenzia l'assenza di una coerenza nel sistema di sconti adottato da TI in quanto non appare ispirato ad una comune logica economica. La documentazione in atti evidenzia, piuttosto, numerosi casi in cui gli sconti sono concessi solo in considerazione della presenza del concorrente.

In merito all'ampia difesa svolta congiuntamente ad ALBACOM in sede di audizione finale, si rinvia a quanto riportato sopra in relazione alle argomentazioni difensive di quest'ultima società.

4. FASTWEB

273. Nell'audizione del 17 ottobre 2003, FASTWEB ha sottolineato *inter alia* come, nella gara CONSIP in esame, per alcune direttrici di traffico e, in particolare, per il traffico fisso-mobile, siano stati praticati da TI prezzi sottocosto finanziati attraverso sussidi incrociati con la consociata TIM. Infatti, dato che la gara non definiva limiti quantitativi di traffico, non sarebbe stato possibile prevedere *ex-ante* se le eventuali diseconomie sviluppate su alcune direttrici di traffico sarebbero state o meno compensate da maggiori ricavi su altre direttrici. D'altra parte, come evidenziato dalla documentazione raccolta nel corso delle ispezioni, TI apparentemente ha avuto come obiettivo quello di far sì che i ricavi fossero perlomeno uguali ai costi attesi. Ciò porta FASTWEB a concludere che, come peraltro ammesso dalla stessa TI nel corso dell'audizione del 5 agosto 2003, l'offerta per il traffico telefonico fisso-mobile sarebbe stata finanziata da quella per il traffico mobile-mobile. E' evidente che tale forma di sussidio incrociato, in quanto attuato da un operatore di rete fissa integrato nel mercato radiomobile, risulta idonea a rafforzare o a stabilizzare la posizione dell'ex-monopolista sul mercato della clientela *business*, con particolare riguardo al segmento TOP del quale la pubblica amministrazione centrale costituisce una parte rilevante (doc. n. 318.13).

274. In memoria, infine, FASTWEB ha fornito documentazione riguardante ulteriori episodi di comportamenti abusivi da parte di TI durante il periodo 2002-2003, in particolare relativamente al mercato dell'utenza *business* (doc. n.431.16). In particolare, si tratterebbe delle seguenti tipologie di comportamenti abusivi: (i) sussidi incrociati tra componenti di costo replicabili e componenti di costo che costituiscono *essential facilities* (ad esempio, la fibra spenta, cfr. allegati n. 1, 2 e 7 alla memoria cit.); (ii) *price squeeze* tra prezzi all'ingrosso e offerte al dettaglio,

¹³⁶ [In particolare TIM ha sostenuto che: tale condotta configurerebbe una violazione degli obblighi contrattuali; sarebbe strumentale all'elusione dei corrispettivi dovuti agli operatori mobili per la terminazione delle chiamate; contrasterebbe con il principio di efficienza delle reti; violerebbe l'obbligo di identificazione della linea chiamante.]

praticati in relazione ad alcune componenti di costo per la predisposizione di offerte a larga banda (ad esempio, i servizi intermedi CDN/CVP, cfr. in particolare, allegato n. 1 alla memoria cit.); (iii) pratiche discriminatorie ed escludenti nei confronti degli operatori acquirenti all'ingrosso in merito alla determinazione di prezzi e condizioni di favore (tempi e costi di attivazione del servizio) ai clienti finali con riferimento a talune componenti dell'offerta *retail* rispetto alle corrispondenti offerte *wholesale*¹³⁷, per le quali, tra l'altro, non è ancora disponibile un prezzo di listino (CVP)¹³⁸, (iv) pratiche di *win back* e di finalizzazione della clientela aziendale, spesso riferite a servizi diversi da quelli oggetto delle gare predisposte dai clienti (cfr. pagg. 8-10 della memoria cit.); (v) rifiuto a contrarre in merito all'accesso a cavidotti extra-urbani o costi aggiuntivi alla fornitura *wholesale* ai concorrenti di elementi di rete e di servizi (pagg.10-11 della memoria cit.), e (vi) clausole sostanzialmente equivalenti a quelle c.d. "inglesi" negli accordi programmatici ovvero azioni di *retention* e *pre-emption* a danno dei concorrenti (pagg. 11 e segg.).

275. Da ultimo, in data 7 luglio 2004, FASTWEB ha prodotto una memoria (doc. n. 549.20) nella quale sottolinea che l'effetto abusivo da impedimento nei confronti della concorrenza attuale e potenziale è un elemento costante del tutto evidente delle condotte poste in essere da TI, qualunque sia la definizione di mercati adottata. Le offerte di TI infatti non risultano replicabili dagli operatori concorrenti i quali dipendendo per i servizi di accesso da TI e vengono costantemente discriminati rispetto alle divisioni dell'*incumbent* attraverso diverse pratiche escludenti che vanno dall'incremento dei costi di accesso alla discriminazione dei concorrenti, alla previsione di sconti fedeltà. Tali comportamenti producono forti disincentivi alla realizzazione di nuovi investimenti non recuperabili in infrastrutture alternative. L'effetto ultimo di tali comportamenti, dunque, è quello di inibire lo sviluppo della concorrenza nel lungo periodo.

276. Riguardo alle condotte poste in essere da TI, FASTWEB rileva che le tariffe praticate da TI nelle offerte personalizzate alla clientela affari, agli atti del procedimento, per i servizi di telefonia fissa e trasmissione dati sono sovente non replicabili dai concorrenti in quanto inferiori ai costi di accesso che anche TI stessa deve sopportare o comunque inferiori alla somma dei costi di interconnessione e di rete e dei costi operativi e commerciali per un OLO concorrente¹³⁹. Né vale, secondo FASTWEB il tentativo di TI di sostenere la replicabilità delle offerte in parola sulla

¹³⁷ [Nella memoria del 16 marzo 2004, cit., Fastweb ha segnalato, in particolare, tempi di fornitura di VPN più brevi per i clienti TI rispetto alla corrispondente offerta *wholesale* ai concorrenti (cfr. pagg. 24-25); nei contratti per i servizi su numerazioni non geografiche, nel periodo 2000-2002, una percentuale di compensazione per il rischio di insolvenza dell'OLO tre volte maggiore ai valori AGCom (All. 4, pagg. 34 e segg.); il ritardo nell'adeguamento di TI a quanto disposto nelle delibere AGCom 11/03/CIR, relativa al listino 2003, per la quale l'operatore alternativo poteva richiedere, senza alcun aggravio di costi e senza dover sottoscrivere alcun accordo commerciale, l'applicazione alle proprie numerazioni a tariffazione specifica di tutte le tariffe presenti all'interno della nuova e più completa griglia tariffaria (pag. 40); il ritardo nei tempi di configurazione delle numerazioni su rete TI (pag. 41 e segg.); nel caso di interconnessione di reti secondo la modalità cd. "peering", l'imposizione del pagamento totale di un collegamento che risulta in realtà condiviso fra due operatori, dilazionando altresì in modo pretestuoso le richieste di ampliamento della capacità del collegamento (All. 5).]

¹³⁸ [Fastweb ha riferito in audizione, a titolo esemplificativo, il caso della recente gara indetta dall'Università di Napoli per servizi basati su fibra spenta, in cui il prezzo offerto da TI è stato pari a circa un 1/5 del prezzo praticato da TI ai concorrenti. Riguardo ai CVP non si sono registrati singoli episodi abusivi di TI, ma una strategia complessiva che è culminata nella cancellazione dall'ultimo listino 2002 e dal primo 2003 dei CVP, diminuendo la trasparenza nell'offerta. La giustificazione addotta da TI è stata che la comunicazione dei prezzi per il CVP non rientrava negli obblighi gravanti su TI. Peraltro, su iniziativa di Fastweb, l'AGCom è intervenuta con riguardo alla cancellazione dei CVP dal listino 2003. I CVP sono quindi nuovamente stati offerti a listino solo nel settembre 2003, cfr. altresì per maggiori dettagli la memoria del 16 marzo 2004.]

¹³⁹ [La Parte ha prodotto un'analisi di replicabilità di alcune delle offerte agli atti del fascicolo relative ai servizi di fonia locale e fisso-mobile ed ai servizi di TD contenuti in alcuni Accordi di Programma ed accordi di Partnership agli atti del presente procedimento. In particolare, i contratti con [omissis] (doc. 447.17) e con [omissis] (459.17) prevedono sconti per componenti corrispondenti a circa il 30% del valore complessivo del contratto che si traducono in tariffe inferiori alla corrispondenti condizioni *wholesale*. Fastweb ha altresì denunciato la non replicabilità delle offerte presentate da TI in occasione di alcune gare per servizi integrati a larga banda. Fastweb, infine ha rilevato che nel contratto concluso con [omissis] (doc. 459.17), TI ha previsto dei parametri di SLA migliorativi rispetto a quelli offerti ai concorrenti.]

base della remuneratività per il concorrente dei costi regolatori, suggerendo che ogni sconto ulteriori rispetto a tali costi non implicherebbe la natura sottocosto dell'offerta, perché i nuovi entranti che avrebbero la possibilità, se efficienti, di dimensionare la propria struttura commerciale e distributiva sulle effettive potenzialità del mercato. Così facendo TI trascura di specificare che sotto il profilo del dimensionamento sul mercato ciò che rileva non è il costo marginale del servizio, ma il suo costo medio. Ed è chiaro che i costi medi di TI sono inferiori a quelli di qualsiasi OLO efficiente. Quindi se i costi regolatori contengono dei margini di profittabilità come sostenuto da TI tali margini sono interamente appropriati da TI. Infatti, nel caso di specie o i costi regolatori non sono remunerativi, ed allora le offerte in parola sono sottocosto; oppure contengono dei margini di profittabilità per la sola TI e dunque le offerte non sono sottocosto, ma i prezzi di accesso ai concorrenti sono distorsivi e discriminatori risultando in un sostanziale *price squeeze*. In ogni caso, si tratta di offerte contenenti tariffe inferiori ai costi medi dell'operatore dominante e quindi abusive in quanto gli operatori concorrenti si trovano nell'impossibilità di replicare sulla base delle corrispondenti offerte *wholesale*.

277. FASTWEB ha, inoltre, sottolineato la natura fidelizzante degli Accordi Programmatici in atti in quanto prevedono la corresponsione di sconti in funzione del raggiungimento di obiettivi di budget determinati sulla base dei consumi del cliente dell'anno precedente e di una stima dei consumi previsti per il nuovo anno a cui si accompagna un costante monitoraggio da parte di TI. Inoltre, tali sconti non risultano necessariamente legati ad aumenti nelle economie di scala di TI in quanto su una serie di contratti in atti lo sconto viene concesso sulla spesa sostenuta per tutto il traffico di fonia e non esclusivamente in relazione all'aumento dei consumi (doc. 355.14, all. 6). Tale sistema di sconti personalizzati configurerebbe una fattispecie abusiva in quanto essi risultano non trasparenti, non legati ad economie di scala, ma all'obiettivo di acquisto fissato individualmente per ciascun cliente in funzione del suo fabbisogno (doc. n. 549.20).

278. Esempi più recenti di offerte all'utenza aziendale sottocosto regolamentare sono state prodotti da FASTWEB in sede di audizione finale e hanno ad oggetto rispettivamente la Convenzione Nazionale CONFAPI/TI per servizi di TLC e una offerta per il 2004 ad una società multinazionale [OMISSIS] per connessione ad alta velocità adsl. Tenuto conto dei costi sopportati da FASTWEB per produrre i servizi finali in questione, infatti, le offerte in oggetto non risultano assolutamente replicabili da un OLO. Inoltre, l'offerta a [omissis] presenta un prezzo a tantum non correlato ai livelli di consumo (cfr. pagg. 5 e segg. delle *slides*, in All. 4, e i contratti, in All. 5 e All. 6 al verbale dell'audizione finale del 29 settembre 2004).

279. FASTWEB ha poi argomentato in replica alla memoria finale di TI evidenziando, in primo luogo, che la definizione dei mercati rilevanti adottata da TI erroneamente prescinde dallo specifico comportamento che occorre valutare ai fini dell'accertamento dell'abuso. Quanto al potere di mercato della GCA che renderebbe, secondo TI, impossibile l'attuazione dell'abuso, la società ha sottolineato che tale forza contrattuale rende più difficile l'abuso di sfruttamento a danno del compratore, ma agevola l'abuso di impedimento a danno dei concorrenti. Il tentativo di negare la posizione dominante di TI è smentito dal fatto che, nelle telecomunicazioni, l'interferenza tra i vari mercati trova riconoscimento nella presunzione di dominanza su mercati contigui sancita dall'articolo 14 della Direttiva Quadro, recepito dall'articolo 17 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche.

280. Inoltre, la tesi sostenuta da TI, secondo cui le regole dell'evidenza pubblica rappresentano norme speciali di concorrenza che escludono l'applicazione delle norme generali *antitrust*, almeno nel caso in cui il bando non sia stato impugnato, non risulta fondata. Infatti, se ciò fosse vero, porterebbe a conseguenze paradossali nel caso di collusione generale all'interno di una gara pubblica, il cui accertamento, ad avviso di TI, non sarebbe di competenza dell'Autorità *antitrust*.

281. La società ha infine ribadito di non condividere la valutazione dell'offerta nella sua globalità ai fini dell'analisi di replicabilità della gara CONSIP, in quanto sussistono distinti mercati del prodotto, come ammette anche la stessa TI, proponendo, proprio a sua difesa, il fatto che molti clienti *business* acquistano servizi da diverse imprese di telecomunicazioni.

5. TISCALI

282. Nel corso dell'audizione del 7 novembre 2003, anche TISCALI ha sostenuto che un'analisi per direttrice di traffico evidenzia come le linee internazionali siano le sole remunerative tenuto conto dei costi regolamentari. Tutto il resto dell'offerta appare evidentemente sottocosto (regolamentare), con particolare riguardo al fisso-mobile (doc. 345.14)¹⁴⁰.

Inoltre, l'offerta di TI alla CONSIP sarebbe divenuta l'offerta di riferimento anche per gli operatori *business* privati (in particolare, utenza TOP ed *Executive*, stimata come pari a circa un ulteriore 30% della domanda rispetto alla PA), in quanto questi ultimi ritengono che i costi delle imprese del settore siano quelli che risultano dalla predetta offerta. Tale situazione comporterebbe, secondo TISCALI, "[...] un abbassamento dei prezzi sulla clientela corporate non accompagnato da alcun abbassamento dei costi di interconnessione. In altri termini, gli operatori si trovano a far fronte a una riduzione dei ricavi unitari senza che vi sia una corrispondente riduzione dei costi unitari il che non può che generare delle perdite. Tale situazione non può che rafforzare la posizione dominante di Telecom Italia[...]"¹⁴¹.

TISCALI, infine, avrebbe evidenza di numerose pratiche di prezzo sottocosto di TI a detrimento degli OLO (pag. 2 del verbale di audizione e allegati, in doc. n. 345.14).

283. In data 7 luglio 2004, TISCALI ha prodotto una memoria (doc. 551.20) nella quale rileva che la condotta abusiva di TI deve essere valutata in relazione alla sua natura di operatore integrato verticalmente nella fornitura di servizi di rete fissa e servizi finali e di operatore di rete fissa integrato nella telefonia mobile. Sul mercato dei servizi *retail*, si rileva che i prezzi praticati da TI sono costantemente al disotto dei costi medi variabili ed in quanto tali predatori. In particolare, riguardo all'offerta CONSIP 2002, TISCALI rileva che l'offerta di TI per il fisso-mobile risulta inferiore a costo variabile dell'interconnessione di terminazione su rete mobile. Inoltre, il prezzo dei circuiti diretti è predatorio e suscettibile di produrre effetti più ampi di quelli circoscritti alla gara. Infatti, la pubblica amministrazione locale è obbligata ad acquistare ai valori CONSIP dall'aggiudicatario della gara CONSIP o può acquistare da terzi solo se questi offrano condizioni economiche migliorative di tali offerte: il che, per le ragioni esposte, non è possibile se non al prezzo di gravi perdite. Inoltre, il prezzo CONSIP diviene il nuovo traguardo della clientela privata costituita dalle imprese medie e grandi i valori CONSIP fungono da tetto massimo per le offerte.

284. TISCALI ha sottolineato in sede di audizione finale l'assoluta infondatezza degli argomenti di TI a sostegno della definizione di un unico mercato dei servizi integrati di telecomunicazioni per la GCA, osservando innanzitutto che tale definizione è in chiaro contrasto con l'analisi condotta dalla Commissione Europea nella decisione *Microsoft* del marzo 2004 (§§ 402-427). Secondo TI (§35 della memoria finale), infatti, la domanda della GCA si distinguerebbe per la capacità di fornire previsioni di traffico in termini di direttrici, volumi, etc.; tuttavia, tali valutazioni sono di norma compiute anche da un semplice utente privato per la scelta, tra le diverse offerte esistenti sul mercato, di quella più confacente alla propria tipologia di traffico.

Del tutto inconferenti sarebbero, poi, secondo la società, i riferimenti alla giurisprudenza comunitaria citata nella memoria finale di TI (casi *BT/MCI*, *Atlas*, *Phoenix/Global One*, etc., cfr. §§

¹⁴⁰ [Nel documento citato si afferma infatti che : "[...]Ne consegue, che la stessa offerta complessiva non può che essere considerata sottocosto. Infatti, il traffico internazionale non costituisce più del 5% del traffico complessivo dell'utenza pubblica. Quindi, a meno che il traffico sviluppato dalle amministrazioni pubbliche non evolva nella direzione della composizione del traffico del Ministero degli Esteri, non si vede come si possa sostenere la replicabilità e la remuneratività dell'offerta nel suo complesso".]

¹⁴¹ [Secondo TISCALI, "...[n]on a caso attualmente gli operatori incumbent nei diversi paesi europei hanno sviluppato una catena del valore tale per cui è sull'ultimo miglio che si sviluppano i maggiori profitti in quanto si tratta dei mercati protetti dalla concorrenza ed indipendentemente da qualsiasi considerazione in merito ai costi industriali". Lo sviluppo dei mercati dei servizi di Tlc in senso concorrenziale sarebbe pertanto ostacolato dall'integrazione tra la fornitura di servizi di rete e servizi finali che consente a TI di attuare politiche commerciali non replicabili sul mercato a valle (doc. n. 345.14).]

38-53), che concerne la creazione di imprese comuni per la fornitura dei cd. servizi "globali" di telecomunicazioni per rispondere alla specifica domanda delle imprese multinazionali, con sedi sparse in tutto il mondo o comunque in più paesi, di servizi di carattere globale in quanto transnazionale (con condizioni uniformi nei vari paesi, unico centro di assistenza e billing, etc.).

6. WIND

285. Nell'ambito dell'audizione tenutasi in data 14 novembre 2003 (doc. n. 351.14), la società ha motivato la sua mancata partecipazione alla gara per il lotto A con l'aspettativa che non vi sarebbero stati margini di redditività, anche sulla base dell'esperienza maturata nella precedente gara CONSIP di 2000 (cfr. pag. 2 del doc. n. 351.14).

Secondo WIND, in particolare, l'azzeramento dei costi di *marketing*, dei costi di vendita e degli altri costi di struttura¹⁴² (doc. n. 87.4), giustificati da TI sulla base della circostanza che non generano costi incrementali, non è condivisibile, considerato che tali costi devono essere comunque recuperati presso la clientela e che, da un punto di vista regolamentare, dovrebbe essere applicato un concetto di costo pienamente distribuito, in luogo del quello di costo evitabile. Parimenti discutibile appare la riduzione del 50% dei costi di fatturazione e di *customer care*, in quanto, secondo WIND, l'interlocutore non è un unico soggetto, ma una pluralità di amministrazioni aderenti alla Convenzione¹⁴³.

286. WIND contesta, inoltre, similmente a quanto rilevato da ALBACOM¹⁴⁴, le ipotesi di *decalage* adottate, ma soprattutto rileva l'evidente presenza di una asimmetria informativa tra TI e i concorrenti riguardo elementi di valutazione ricompresi nella gara che dovevano ancora trovare definizione a livello regolamentare (tra cui, in particolare, i provvedimenti di *network cap* adottati nel corso del 2003, che non sarebbero stati "nell'aria" come sostenuto da TI, cfr. in tal senso anche i verbali di audizione di COLT¹⁴⁵ e FASTWEB¹⁴⁶, nei doc. nn. 330.13 e 318.13)¹⁴⁷.

¹⁴² *[Infatti, tali costi rientrano nella categoria dei costi comuni non allocabili in modo specifico a nessun servizio prodotto, ma al tempo stesso necessari per garantire l'esistenza stessa dell'intera struttura operativa, sicché risulta necessaria un'allocazione di tali costi sui diversi servizi]*

¹⁴³ *[Si rileva, peraltro che tale valutazione era stata condotta anche da Fastweb, nel corso dell'audizione svoltasi in data 17 ottobre 2003 (doc. n. 318.13). Fastweb aveva rilevato che la stessa costruzione dell'offerta di TI nella gara Consip presenta alcuni elementi problematici, in quanto si prevede che i costi attesi siano perlomeno pari ai ricavi attesi, ossia non v'è traccia della remunerazione del capitale (Weighted Average Cost of Capital, ossia la remunerazione del capitale di TI riconosciuta in sede regolamentare), che attualmente è fissata dall'AGCom intorno al 12%. Inoltre, dai costi complessivi vengono decurtate alcune voci, come quella relativa alla struttura commerciale di TI, che anche considerando solo la Direzione "Pubblica Amministrazione Centrale" (PAC) sono molto ingenti. Considerato che la preparazione e gestione delle gare è un'attività rilevante e che tale voce di costo deve essere necessariamente ripartita su tutte le gare alle quali partecipa TI, la mancata considerazione di tale voce non è giustificata. Per quanto riguarda i costi di customer care, non si può ritenere che essi siano solo riferibili a vecchi clienti e quindi già ammortizzati, in quanto si tratta di costi generali, necessari e tanto più rilevanti per la clientela business TOP, della quale la PA fa parte, rispetto a quella residenziale.]*

¹⁴⁴ *[In sede di audizione finale, ALBACOM e COLT hanno sottolineato che la responsabilità per il comportamento omissivo di TI relativamente alle informazioni contabili non può essere imputata all'autorità di settore. L'OIR diventa direttamente applicabile al momento della sua pubblicazione da parte di TI. L'intervento successivo del regolatore, poi, è meramente eventuale e non porta all'approvazione dell'Offerta, ma solo ad una modifica della stessa (sia pur con effetto retroattivo, se necessario), in quanto è un controllo a fini di verifica (come specificato dall'art. 14.8 del Decreto 23 aprile 1998, "Disposizioni in materia di interconnessione nel settore delle telecomunicazioni", all'epoca vigente).]*

¹⁴⁵ *[In particolare, COLT ha affermato che "[...] solo TI risultava in grado di formulare un'offerta con un ragionevole grado di certezza circa i valori prospettici dell'interconnessione. Viceversa, tutti gli altri operatori si trovavano di fronte a determinati costi di rete dichiarati nell'ambito dell'offerta di interconnessione, senza che vi fosse stato alcun riscontro da parte dell'AGCOM[...]" (doc. 330.13, cit.)]*

¹⁴⁶ *[Più precisamente, Fastweb ha ricordato che dal momento della presentazione del listino 2002 a quello dell'approvazione le imprese hanno dovuto comunque fare i loro piani e formulare le loro offerte sulla base di un certo grado di affidamento sulla capacità dell'AGCOM di rivedere la OIR di TI: "...[m]a tenuto conto della opacità della contabilità regolatoria di TI, non si può ritenere che un aggiustamento basato su di essa sia in grado di riassorbire la non replicabilità delle offerte di TI su tale mercato. Non è un caso che sino ad oggi non siamo stati*

287. WIND ha anche proposto una analisi di replicabilità ulteriore ricostruendo quelli che sarebbero stati i suoi costi di rete verso TI qualora avesse partecipato alla gara per il lotto A¹⁴⁸. La conclusione alla quale WIND è giunta effettuando il confronto tra i ricavi originati dall'applicazione dei prezzi offerti da TI per il servizio di fonia ed i soli costi verso l'operatore dominante è che avrebbe realizzato un margine negativo del -35%.

Peraltro tale risultato di non replicabilità dell'offerta formulata da TI nell'ambito della gara CONSIP viene mantenuto anche per quanto attiene al raffronto tra l'offerta di circuiti dedicati, da un lato, e, dall'altro, sia i costi dei CDN *retail*, così come fissati dalla Delibera 711/00/CONS (con differenze che oscillano tra il -2 e -0,53% a seconda della lunghezza della linea affittata), sia i costi dei CDN *wholesale*, derivanti dalla delibera 59/02/CONS, con differenze che arrivano fino al -47%.

288. Per quanto concerne il mercato dell'utenza *business* privata, WIND ha sottolineato come le condizioni offerte da TI per i servizi voce e dati risultano non replicabili tanto sotto il profilo economico (prezzi inferiori ai costi totali e, talora, persino ai soli costi di rete), quanto sotto il profilo tecnico (in termini di qualità dei servizi, condizioni di *provisioning* e *assurance*, cfr. pag. 20 e segg. dell'allegato 2 al verbale del 14 novembre 2003, in doc. 351.14).

289. Analogamente a quanto rilevato da ALBACOM, infine, WIND ha rilevato l'infondatezza teorica delle ipotesi fondamentali assunte alla base dell'analisi di replicabilità dell'offerta CONSIP condotta da TI (doc. n. 524.19).

290. In particolare, WIND contesta la mancata inclusione nell'analisi di alcune categorie di costo rilevanti ai fini del test di replicabilità¹⁴⁹, ossia i costi di *marketing*, vendita e struttura, dal momento che la partecipazione ad un rilevante bando di gara comporta un'indiscutibile attività aggiuntiva alla quale sono ineluttabilmente connessi dei costi incrementali. In presenza di tariffe *wholesale* commisurate al costo pieno non è sicuramente accettabile il criterio del costo evitabile per le tariffe all'utenza finale, in quanto si attribuirebbe un trattamento migliore alla grande clientela finale rispetto ai propri concorrenti.

291. L'analisi di redditività proposta da WIND evidenzia che la sola inclusione dei costi di struttura nel computo effettuato da TI nel documento 87.4, preparatorio all'offerta, determina una redditività negativa dell'offerta CONSIP. Inoltre, riguardo alla non replicabilità dell'offerta voce, WIND ribadisce che tale risultato viene a realizzarsi mediante la mera inclusione dei costi di *marketing* e vendita e dei costi di struttura, pur partendo dalle medesime ipotesi di TI relative al *decalage*, su tutte le direttrici di traffico e con l'eccezione della sola chiamata interurbana anche relativamente ai soli di rete.

292. Da ultimo, in data 8 luglio 2004, WIND ha prodotto una memoria (doc. n. 553.21) mediante la quale segnala l'esistenza di una strategia escludente di lungo periodo messa in atto da TI. Tale

in grado di avere un riferimento certo nella contabilità regolatoria e abbiamo dovuto fare riferimento alle best practices" (doc. n. 318.13).]

¹⁴⁷ *[Wind opera una ripartizione in funzione del fatturato generato dai diversi servizi, partendo, per i costi, dai dati della contabilità regolatoria 2000 e, per i ricavi, dai dati di bilancio 2002, relativi alla fonia vocale. In questo modo, il costo di struttura attribuibile all'offerta Consip risulta pari a 5,12 milioni di Euro/anno, che sui 30 mesi considerati da TI per le ipotesi di decalage si traduce in un costo complessivo di circa 12,8 milioni di euro (doc. n. 351.14). Sommando tali costi di struttura ai costi regolamentari individuati da TI (Doc. n. 87.4), si ottiene un costo totale regolamentare pari a 402,10, che raffrontati ai ricavi ipotizzati per l'offerta Consip di 390,30, portano ad un margine negativo di -11,80.]*

¹⁴⁸ *[Wind, al momento, è l'OLO che dispone della rete più estesa e capillare in Italia e che ha effettuato i maggiori investimenti nell'unbundling del local loop. Nell'analisi di replicabilità dell'offerta, pertanto, è stata presa in considerazione anche una percentuale del 30% di accessi realizzati in unbundling del local loop, senza però far figurare i costi di rete derivanti dall'adozione di tale ipotesi, ma solo i costi verso TI. Anche facendo queste ipotesi molto favorevoli a TI, Wind ha evidenziato che il solo costo medio mensile per canale fonico sarebbe stato di 11,16 euro contro un prezzo TI per i canoni di 10,74 euro/mese (corrispondente ad una differenza del -4%).]*

¹⁴⁹ *[Wind contesta anche la quantificazione di alcune voci di costo rilevanti quali l'assistenza post vendita e la fatturazione.]*

strategia si sarebbe manifestata tra l'altro in occasione della formulazione delle offerte di interconnessione mediante, ad esempio, la previsione di previsioni relative all'ULL discriminatorie. Peraltro, la circostanza che solo nell'aprile del 2003 TI ha abbassato le tariffe di ULL solo dopo pressante richiesta dell'AGCom evidenzia che in sede di formulazione di offerte di gara TI prevede per sé rilevanti riduzioni dei prezzi futuri dei servizi regolamentati, ma allo stesso tempo invia all'esterno segnali molto netti di opposizione alle riduzioni dei prezzi praticati ai concorrenti. WIND sottolinea, inoltre, il carattere discriminatorio ed escludente delle offerte personalizzate praticate alla clientela affari, di cui la PA costituisce una parte rilevante, attuato attraverso la previsione di condizioni contrattuali che equivalgono ad esclusive o di clausole inglesi o ancora attraverso la non replicabilità, economica e tecnica, di una pluralità di offerte rivolte ai clienti documentate in atti (doc. n. 553.21).

293. Riguardo alla gara CONSIP, WIND, oltre a riprendere le argomentazioni già espresse in relazione all'inequivocabile esistenza di un *margin squeeze* ai danni dei concorrenti, sottolinea che la difesa di TI basata sulla replicabilità della gara nel suo complesso e non per singola direttrice è inaccettabile sotto il profilo fattuale perché tutte le Amministrazioni Centrali dello Stato erano tenute ad approvvigionarsi in esclusiva di servizi di trasmissione dati tramite la Pathnet fino alla scadenza del contratto RUPA. Di conseguenza, la componente dati della Gara CONSIP, non sarebbe stata acquisita per quella via, mentre certamente sarebbero stati acquisiti i servizi di telefonia non replicabili per stessa ammissione di TI. Inoltre, tale linea di difesa costituisce un'ammissione della pratica di sussidi incrociati tra diversi gruppi di clienti in quanto interessati a differenti contratti di fornitura diversamente esposti alla concorrenza (doc. n. 553.21).

294. In sede di audizione finale, WIND ha quindi rilevato che su un paio di centinaia di contratti in atti, TI ha esaminato in dettaglio solo quelli stipulati con otto clienti, richiamando in maniera generica gli altri dodici contratti (parr. 97-98 della memoria finale). Secondo WIND, invero, le offerte personalizzate concretizzano una discriminazione abusiva dei concorrenti e della clientela di TI. Il fatto che, come sostenuto da TI, la clientela *business* abbia richiesto o imposto le condizioni contrattuali oggetto di contestazione è un argomento privo di pregio alla luce della consolidata giurisprudenza comunitaria (cfr. in tal senso, la sentenza del Tribunale di Primo Grado, *Compagnie Marittime Belge*, e la decisione della Commissione, *Deutsche Post*, cit.).

295. Contrariamente a quanto affermato in memoria finale da TI, inoltre, WIND ritiene che non soltanto non sussistano giustificazioni obiettive per le clausole abusive in esame, ma non sia neppure vero che i contratti hanno breve durata, atteso che: (i) alcuni contratti hanno durata biennale o triennale; (ii) i contratti di durata annuale molto spesso prevedono una clausola di tacito rinnovo, clausola eufemisticamente spiegata da TI con un'interpretazione estensiva del principio di buona fede nei contratti (v. p. 88 della memoria TI con riferimento ad un contratto contenuto nel doc. 355.14); (iii) nella maggior parte dei contratti che prevedono durata annuale il rapporto contrattuale tra TI ed il cliente è stato di fatto rinnovato anche se mediante la formale stipulazione di nuovi accordi.

Quanto all'argomento di TI secondo cui, nella maggior parte dei casi (ma in realtà TI richiama al riguardo soltanto il contratto n. 2, doc. 355.14), la clausola cd. "di adeguamento alla migliore offerta" non riguarda l'offerta dei concorrenti, bensì quella della stessa TI, WIND ha replicato che, al contrario, la generalità delle clausole inglesi oggetto di contestazione prevedono l'impegno di TI ad allineare la propria offerta rispetto alla migliore offerta dei concorrenti o alla migliore offerta sul mercato.

296. Sulla presunta pro-concorrenzialità delle clausole di adeguamento alla migliore offerta di mercato, sostenuta in memoria finale da TI, WIND ha argomentato che, nella maggior parte dei contratti agli atti, tali clausole costituiscono uno strumento fidelizzante ed escludente, in quanto si accompagnano all'impegno del cliente ad utilizzare unicamente TI quale gestore telefonico o ad impegni simili (v. ad esempio il contratto contenuto nel doc. 481.18).

297. Per quanto concerne il c.d. sconto sull'eccedenza, che secondo TI costituirebbe uno sconto legittimo, in quanto non retroagirebbe sull'intera fornitura, WIND ha evidenziato che la

giurisprudenza comunitaria ritiene tali sconti sull'eccedenza, anche se di piccola entità, una forma sofisticata di premio fedeltà (si vedano i casi *Hoffmann-La Roche*, *Michelin I* e *Deutsche Post*). Ciò perché si va oltre l'obiettivo di una statica fidelizzazione e si incentiva artificialmente il grado di fedeltà della clientela. La società ha poi richiamato ad esempi i contratti di cui ai docc. 460.17 e 12.1 agli atti, in cui addirittura lo sconto sull'incrementale retroagisce sull'intera fornitura.

298. In merito alle argomentazioni di cui agli Allegati 4 e 7 alla memoria finale di TI (rispettivamente predisposti da NECG e da NERA), nonché i connessi interventi in audizione, Wind ha replicato quanto segue.

In primo luogo, sul tema dei rapporti tra regolamentazione e tutela della concorrenza (Capitolo 2 del documento NECG), la società ha osservato che la distinzione dei ruoli e degli approcci tra regolamentazione e tutela della concorrenza non deve far ritenere che tra esse sussistano contrasti di fondo. Sin dalla Direttiva 90/387, l'assetto regolamentare che ha guidato la liberalizzazione delle telecomunicazioni nell'Unione ha tratto il suo fondamento dal diritto europeo della concorrenza e, per definizione, non può entrare in contrasto con esso (punto 13 della Comunicazione relativa all'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi di accesso nel settore delle telecomunicazioni, 98/C 265/02)¹⁵⁰.

299. In secondo luogo, sulla questione della discriminazione di prezzo (Capitolo 4 del documento NECG), WIND ha notato che l'aggiramento dei vigenti obblighi di preventiva approvazione, pubblicazione e offerta non discriminatoria di opzioni tariffarie, ivi incluse quelle che comportano sconti, apre la strada per trasformare ciò che la teoria economica definisce discriminazione di prezzo di secondo tipo e che, in determinate circostanze, può indubbiamente favorire i consumatori, in qualcosa di affatto diverso: le offerte mirate e selettive di cui è pacificamente riconosciuto il possibile utilizzo anticompetitivo (cfr. la giurisprudenza antitrust citata nell'Annex F del documento OFTEL, *Review of Fixed Narrowband Retail Markets, a Consultation Document*, del 17 marzo 2003, nonché il lavoro di Gans e King citato nella nota 9 delle "Considerazioni economiche su comportamenti emersi e problematiche discusse nell'ambito del procedimento A/351", in allegato alla memoria di WIND del 24 settembre 2004).

300. In terzo luogo, in merito ai concetti di redditività e di replicabilità (Capitolo 5 del documento NECG, Capitolo 2 del documento NERA e interventi in audizione dei Proff. Ergas e Polo), WIND ha rimarcato che l'affermazione per cui la replicabilità di un'offerta può essere valutata con riferimento soltanto all'aggregato dei servizi offerti implica l'esonero da ciò che OFCOM definisce "implicit price-cost test" sui singoli servizi (vedi sezione B dell'Allegato economico alla memoria finale di WIND, sopra cit.). In particolare, le argomentazioni difensive di TI non spiegano perché la società non riesca ad articolare un'offerta, la quale essa stessa afferma essere nel suo complesso replicabile, ripartendo i ricavi in modo tale da assicurare anche la replicabilità dei singoli servizi – ciò che le avrebbe evitato, oltre alle perplessità esposte da WIND (cfr. l'Allegato economico alla memoria finale di WIND, cit.), altresì una serie di rischi legati all'aleatorietà della domanda.

301. Quest'ultimo interrogativo è tanto più rilevante, secondo WIND, in quanto nel documento 89.4 TI appare ben consapevole della non replicabilità dell'offerta fisso-mobile. Per dissipare i dubbi su possibili motivazioni anticompetitive di questa configurazione dell'offerta, spetterebbe a TI l'onere della prova che la scelta di formulare un'offerta non replicabile per il traffico fisso-mobile sia stata necessaria per motivi leciti e non per concretizzare un accordo preferenziale e discriminatorio con TIM, operatore notificato come avente rilevante potere nel mercato della interconnessione. A questo proposito, ancora una volta, il documento 89.4 suscita più sospetti di quanti ne dissipi.

302. In coerenza con quanto dimostrato da WIND in memoria (cfr. la sezione A5 dell'Allegato economico alla memoria finale di WIND, cit.), WIND ha quindi ribadito che: se si accettano

¹⁵⁰ [Secondo l'operatore, l'apparente disapplicazione di precise norme regolamentari (si vedano le sezioni A1 e A4 delle Considerazioni) può invece avere motivazioni ed effetti anticompetitivi rilevanti in sede antitrust.]

pienamente tutte le ipotesi proposte dal documento NECG per l'effettuazione di un test di imputazione; se si tiene conto del fatto che gli OLO, anche a causa della inadeguatezza dei servizi *wholesale* messi a disposizione dell'*incumbent*, sono tipicamente costretti ad un uso di *input* di *bottleneck* maggiore di quello necessario a quest'ultimo; se il prezzo dei servizi intermedi è superiore ai suoi costi economici, e se, infine, per vincere la gara, l'*incumbent* sceglie di praticare prezzi non sostenibili da un concorrente efficiente che acquisti i suoi servizi intermedi, allora è vero che egli accetta di ridurre i suoi profitti potenziali pur di evitare l'entrata (contra, v. il punto 233 del Documento NECG, cit.). Per altro verso, WIND ha fatto notare che il comportamento in questione è inquadrabile nel cosiddetto *above-cost predatory pricing* citato in nota 87 nel documento NECG. Ciò che sembrerebbe in sostanza confermare che il sacrificio di profitti possibili, pur di escludere il concorrente, non è semplicemente quanto previsto da una simulazione numerica di dubbia rilevanza (contenuta nel documento 89.4), ma invece qualcosa che può verificarsi in un insieme di circostanze assai chiaramente definibili.

Quanto infine alla presunta inefficienza degli OLO per aver essi ipotizzato un uso insufficiente e non tempestivo dell'*unbundling* nell'ambito, in particolare, della gara CONSIP, WIND ha ribadito che i comportamenti di prezzo e non di prezzo assunti in materia da TI durante il 2002 non possono essere considerati ininfluenti sui ritardi con cui tale servizio è stato utilizzato (cfr. in tal senso, le riduzioni nei costi di affitto del doppiino e di co-locazione dell'ordine del 20%, imposte dall'Autorità di settore, riportate più dettagliatamente nella sezione A7 e nell'Appendice dell'Allegato economico alla memoria finale di WIND, cit.).

7. Assoprovider

303. Ulteriori argomenti a favore della natura escludente della politica commerciale attuata da TI nei confronti della PA emergono dalle osservazioni introdotte dai rappresentanti di ASSOPROVIDER, nel corso dell'audizione del 10 novembre 2003, con riferimento alla componente dati dell'offerta integrata presentata da Telecom Italia in occasione della gara CONSIP 2002. Anche per tale componente, infatti, si potrebbe sostenere la non replicabilità dell'offerta alle vigenti condizioni dell'offerta *wholesale* di Telecom Italia (doc. n. 348.14)¹⁵¹.

304. Peraltro, l'ASSOPROVIDER, come del resto la generalità degli altri operatori, ha sostenuto che gli effetti escludenti discendenti dall'offerta di TI nella gara CONSIP non sono circoscritti agli effetti immediati per la pubblica amministrazione centrale e per le amministrazioni già clienti di TI in forza della convenzione CONSIP 2000, ma riguardano anche effetti indiretti sulle amministrazioni locali in quanto esse possono aderire a offerte diverse da quella CONSIP 2002 solo se più convenienti di questa¹⁵².

305. In sede di audizione finale, l'associazione ha in particolare affermato di condividere la definizione del mercato dell'accesso a Internet, in quanto accorperebbe in un unico mercato due distinti ambiti competitivi: quello del *dial-up* e del *broad band*, con ripercussioni sulla valutazione della posizione dominante di TI. Infatti, se si fossero considerati mercati distinti, nell'anno 2003 su 2.300.000 accessi *broadband* di TI, l'AGCOM ne misurava un numero complessivo di circa 2.700.000. Ciò implica nel mercato di accesso x-DSL, è riscontrabile una posizione di quasi monopolio.

¹⁵¹ [A titolo esemplificativo Assoprovider ha rilevato che nell'offerta Consip 2002 TI aveva praticato "per i profili da B1 a B4, ossia per connessioni bi-direzionali simmetriche ADSL a 2 Mbts, una componente a consumo di 0,0062 euro indistinta tra connessione urbana ed interurbana. Pertanto, se un provider volesse replicare tale offerta potrebbe farlo solo acquistando da Telecom un CVP a 2 Mbts la cui tariffazione urbana è di 0,0043 euro mentre quella interurbana è di 0,0315 euro. Risulta evidente la non replicabilità dell'offerta Consip 2002 di TI" (doc. n. 348.14).]

¹⁵² [L'esito della gara in favore di TI ha determinato, pertanto, l'impossibilità per gli associati di Assoprovider di mantenere i rapporti commerciali con le P.A. di minori dimensioni o con quelle Amministrazioni che manifestavano un domanda specifica per singole componenti che era soddisfatta in precedenza da una pluralità di operatori minori (doc. n. 348.14).]

Per ciò che concerne il mercato della trasmissione dati, ASSOPROVIDER ha poi rilevato che esistono notevoli incoerenze tra il costo *wholesale* e il prezzo al cliente finale effettivamente applicato, tali da rendere di fatto irreplicabili le offerte di TI all'utenza finale.

V. VALUTAZIONI GIURIDICHE

A) PREMessa

306. Preliminarmente all'esposizione sistematica delle motivazioni per le quali i comportamenti descritti in fatto sono tutti da considerarsi gravemente abusivi ai sensi della normativa sulla concorrenza, occorre precisare quanto segue.

Nel corso del procedimento, nella memoria conclusiva e nel corso dell'audizione finale TI ha sostenuto una tesi difensiva, già ampiamente illustrata in precedenza, secondo la quale, in sintesi, l'ambito competitivo in cui andavano valutate le condotte in esame avrebbe dovuto restringersi, nel contesto della clientela business, a quello della sola c.d. Grande Clientela Affari (GCA), che esprime una domanda specifica di servizi integrati di fonia, dati ed accesso a Internet, richiedendo forniture complesse basate su architetture di rete progettate ad hoc. In questo alveo, sempre secondo TI, andava inoltre distinta, per le proprie caratteristiche peculiari, la domanda della Pubblica Amministrazione e, segnatamente, quella espressa attraverso il bando di gara indetto dalla CONSIP, che avrebbe configurato una *lex specialis* che prescriveva una valutazione complessiva dell'offerta a fronte della inammissibilità delle offerte parziali.

307. Secondo la società, questa diversa definizione dei mercati rilevanti dei servizi finali avrebbe comportato una serie di conseguenze:

a) una diversa definizione dei mercati a monte c.d. *wholesale*, che avrebbe dovuto restringersi a considerare, nell'ambito dei diversi servizi intermedi di rete offerti da TI, solo quelli "*non duplicabili da un OLO efficiente per formulare offerte concorrenti*";

b) una diversa valutazione dei comportamenti commerciali della società, che sarebbero stati del tutto legittimi, in quanto posti in essere su mercati finali, quali quelli della CGA e della gara CONSIP, in cui la suddetta società non deteneva una posizione dominante, e anzi si trovava a fronteggiare una clientela che, dotata di forte potere negoziale, richiedeva essa stessa un'offerta integrata, la cui redditività e replicabilità andavano quindi valutate complessivamente, e non per singolo servizio.

308. Con riferimento alla corretta individuazione dei mercati rilevanti per i servizi finali, l'analisi istruttoria ha consentito di raffinare l'analisi dei mercati dei servizi finali come già si prospettava nel provvedimento di avvio conducendo, con ampie argomentazioni, alla definizione dei quattro mercati dell'accesso, della fonia, della trasmissione dati e dell'accesso a Internet, secondo la più consolidata tradizione di analisi utilizzata dall'Autorità.

309. Inoltre, si deve precisare che il presente procedimento ha preso in considerazione i comportamenti commerciali di TI nell'offerta di tali servizi al complesso dell'utenza *business*, in quanto distinta dalla clientela residenziale, in ragione della diversità delle esigenze espresse dai due tipi di domanda e di quella delle modalità, anche economiche, dell'offerta di servizi di comunicazione. Ciò premesso, proprio l'analisi istruttoria compiuta non consente di operare ulteriori distinzioni all'interno della clientela *business*, in quanto nella maggior parte dei casi non è dato riscontrare una rilevante diversità nei servizi offerti ai piccoli e medi clienti, rispetto a quelli diretti verso la clientela di maggiori dimensioni citata da TI. In particolare, i servizi richiesti, di fonia, trasmissione dati e/o accesso a Internet appaiono soddisfare le stesse esigenze della domanda indipendentemente dalla dimensione del cliente, e non appare sussistere una generalizzata e sistematica diversità nelle modalità, tecniche ed economiche di fornitura dei servizi dipendente da tale ultima variabile.

310. A tale riguardo, il semplice fatto che l'esistenza di diverse caratteristiche della clientela induca gli operatori del settore ad adottare organizzazioni di vendita articolate in funzione di tali caratteristiche può valere certo correttamente a segmentare la domanda per categoria di utenza;

ciò, tuttavia, non implica la correttezza di una definizione di distinti mercati in senso *antitrust*, per cui si richiede invece un'analisi ben più complessa. Appare del tutto inconferente, in proposito, il richiamo sviluppato in memoria difensiva da TI ad un serie di decisioni comunitarie, tutte relative, sostanzialmente, a casi di alleanze fra grandi operatori internazionali, ciascuno monopolista o ex-monopolista sulla propria rete nazionale, relative alla fornitura su base transfrontaliera di servizi di trasmissione dati, a valore aggiunto e di gestione di reti dedicate a grandi imprese multinazionali.

311. Le richiamate decisioni, la maggior parte delle quali sono peraltro relative ad un periodo antecedente alla liberalizzazione della telefonia vocale e, quindi, in un contesto economico e regolamentare profondamente diverso da quello del procedimento in oggetto, riguardavano in particolare un universo di servizi estremamente specifici, forniti su infrastrutture dedicate, relativo ai servizi di trasmissione dati e a valore aggiunto, per i quali la componente di telefonia vocale poteva al più essere riferita a servizi di comunicazione fra gruppi chiusi di utenti, ovvero fra i soggetti aziendali che afferivano alla stessa infrastrutture di trasmissione dati.

In tutti questi casi, trattandosi sostanzialmente di intese relative a prodotti e servizi specifici rivolti a un segmento di domanda altrettanto specifico e preliminarmente individuato, il mercato di riferimento è stato correttamente definito dalla Commissione come riferito ai servizi oggetto degli accordi, con un approccio che non può naturalmente essere traslato all'analisi del procedimento in oggetto, che riguarda un mercato in cui fornitori di diverse dimensioni e caratteristiche competono nell'offerta di diversi servizi a clienti differenziati.

312. Ancora con riferimento alle esigenze della domanda di integrazione dei servizi peraltro, una corretta analisi dei mercati dei servizi finali evidenzia come sia lo stesso mercato a richiedere soluzioni multifornitore; le c.d. "Offerte Standard" predisposte da TI sono contratti relativi al solo traffico voce; ciò implica che questi tipo di clientela si rivolge poi a fornitori distinti per le soluzioni in materia di trasmissione dati e/o accesso a Internet.

D'altra parte, questa "disarticolazione" dell'offerta derivante da una diversificazione della domanda si riscontra ampiamente con riferimento a tutte le categorie di clientela di TI indipendentemente dalle dimensioni aziendali.

Le evidenze raccolte nel corso del procedimento, e, segnatamente, i numerosi contratti esaminati, danno conto del fatto che anche i grandissimi clienti possono prediligere soluzioni in cui i diversi servizi sono offerti da diversi fornitori, o in cui addirittura, per il traffico vocale, siano presenti fornitori differenti a seconda del tipo di direttrice considerata. Questa circostanza è peraltro riconosciuta dalla stessa TI laddove, ancora nella propria memoria difensiva, precisa che una grande banca [OMISSIS] utilizza, per il proprio traffico fonia, sia TI che WIND, che un altro istituto di credito [OMISSIS] utilizza ALBACOM, TI e una rete dati di FASTWEB; infine, che un importante gruppo industriale [OMISSIS] si rifornisce per il solo traffico internazionale da MCI-WorldCom.

313. Altrettanto errata appare la tesi di TI secondo la quale la PA, e nello specifico la gara CONSIP, dovrebbero costituire un mercato distinto all'interno del mercato GCA. Né dal punto di vista tecnologico, né sulla base delle esigenze di servizio da soddisfare, infatti, appare possibile differenziare la domanda pubblica da quella privata.

Anche qui la giurisprudenza citata da TI si riferisce a casi diversi in cui l'Autorità ha valutato la sussistenza di intese volte a falsare un esito di gara e in cui il mercato rilevante coincideva con i prodotti e servizi oggetto dell'intesa. Le valutazioni specificamente formulate in quei casi non possono estendersi acriticamente all'analisi della fattispecie di abuso di posizione dominante, in cui la valutazione del mercato rilevante preesiste logicamente a quella della stessa posizione di dominanza e del suo abuso. In tal senso, le risultanze istruttorie danno conto invece esattamente del fatto che la fornitura CONSIP, pur nella sua peculiarità, non rappresenta altro che un'offerta di servizi usualmente forniti nel più ampio mercato dell'utenza *business*¹⁵³. Infatti, occorre

¹⁵³ [Come sottolineato dal Consiglio di Stato nella sentenza del 2 marzo 2004, n. 926/2004, Pellegrini/CONSIP, infatti "...l'ammissibilità della coincidenza tra mercato rilevante e gara non può essere né affermata, né negata

ricordare che, nel caso di specie, la condotta abusiva contestata a TI è integrata da una pluralità di offerte tecniche e commerciali delle quali la gara CONSIP costituisce una delle tante manifestazioni.

314. Con riferimento poi alla corretta definizione dei mercati rilevanti dei servizi *wholesale*, si deve osservare che l'analisi compiuta nell'ambito del procedimento ha preso in considerazione le tre grandi categorie di servizi intermedi, forniti dall'ex-monopolista a condizioni regolamentate, che i concorrenti possono utilizzare per comporre le loro offerte dei servizi *retail* oggetto del procedimento, ossia i servizi di accesso al cliente (mercato ULL o CPS), i servizi di trasporto commutato (mercato interconnessione) i servizi di trasporto dedicato (linee affittate). L'operatore dominante deve offrire tali servizi a condizioni economiche e tecniche trasparenti, eque e non discriminatorie e rispettando un principio di disaggregazione, in modo che il concorrente sia posto in condizione di poter scegliere la combinazione di fattori intermedi che esso ritiene migliore e più opportuna per offrire i servizi finali in concorrenza. Dal punto di vista antitrust non è concepibile che il dominante predetermini le scelte tecnologiche e/o infrastrutturali dei suoi concorrenti, ad esempio stabilendo la sussistenza di una maggiore o minore "efficienza" del concorrente a seconda della maggiore o minore similitudine fra la dotazione di rete di quest'ultimo e quella di TI. Data la necessaria e sopra descritta configurazione dell'offerta di servizi intermedi da parte di TI, l'analisi non poteva che tenere conto dell'intera gamma dell'offerta di TI di servizi intermedi, nell'ambito della quale il concorrente deve poter essere libero di scegliere, anche in funzione del costo regolamentare da sopportare, la combinazione produttiva più efficiente a fronte del proprio progetto di business. Nei casi in cui esistano nel mercato alternative tecnologiche concrete all'offerta di ciascun specifico servizio intermedio da parte del dominante, queste sono state considerate specificamente nella valutazione della sussistenza o meno della posizione dominante di TI nel relativo mercato, per giungere alla conclusione che il ridotto stadio di sviluppo delle suddette alternative tecnologiche non consente di accogliere le argomentazioni di TI.

315. Con attenzione ad aspetti più specifici in relazione all'analisi dei mercati *wholesale*, ed in particolare del mercato delle linee affittate come descritto nel presente provvedimento, si deve specificare che nel procedimento in esame si è individuato come rilevante il mercato che vedeva i concorrenti come acquirenti diretti di linee affittate e quindi tale servizio è stato considerato un servizio intermedio dal punto di vista antitrust. La regolamentazione nazionale in materia è evoluta nel tempo, introducendo, sia pure solo nella primavera del 2002, un'offerta specifica a condizioni *wholesale* di tali servizi per gli operatori, laddove in precedenza non esisteva un'offerta differenziata fra clienti finali e questi ultimi. E' evidente che per le analisi di replicabilità sono stati considerate le condizioni economiche pertinenti nel periodo di riferimento per ciascuna analisi.

316. Con riferimento ai servizi di interconnessione, e in particolare all'inclusione o meno in suddetto ambito competitivo dei servizi di terminazione delle chiamate per il servizio di accesso a Internet, si deve solo brevemente osservare che le valutazioni espresse nel presente provvedimento sono in piena coerenza con la posizione già espressa da questa Autorità nel parere reso all'AGCom nel giugno del 2002 in materia di operatori con notevole forza di mercato nel settore dell'accesso a internet, e non sono affatto in contrasto con le valutazioni compiute dall'Autorità Garante nel parere reso all'AGCom sull'Offerta di Interconnessione di TI del 2001, parere nel quale, in relazione ad un differente problema, si affermava il principio generale della concorrenzialità della rispondenza fra prezzi e costi sottostanti dei servizi. In relazione alla supposta differenza di costi sottostanti l'erogazione dei servizi "terminazione della chiamata vocale" e "terminazione della chiamata internet", peraltro, la stessa TI riconosce che nel periodo considerato dal presente procedimento i due servizi venivano offerti entrambi in numerazione geografica (non qualificando quindi la seconda tipologia di comunicazione esplicitamente traffico dati e non risultando quindi le due tipologie di comunicazione in effetti distinguibili dalla rete) e che

in termini assoluti, dovendosi indagare in concreto le caratteristiche del mercato oggetto della gara[...].Ciò non significa che ad ogni gara pubblica corrisponde un mercato a sé state... ", pag. 38.]

la suddetta differenza non si verifica sempre, ma solo nei casi in cui vi sia co-locazione del NAS del *Service Provider* nelle centrali SGU. Vale osservare comunque che una eventuale separazione dei due tipi di traffico al fine di definizione della posizione di mercato di TI nel mercato dell'Interconnessione è comunque del tutto ininfluyente per gli anni 2001 e 2002.

317. Più in generale, avuto riguardo alla presunta incoerenza, lamentata dalla parte, dell'analisi dei mercati compiuta nel corso del procedimento con quella regolamentare vigente o con quella ancora da svilupparsi a seguito dell'entrata in vigore del nuovo quadro comunitario in materia di comunicazioni elettroniche, si deve osservare che l'analisi antitrust dei mercati rilevanti non è sottoposta ad alcuna necessaria coincidenza con analisi di tipo regolatorio dei mercati, sviluppate a fini del tutto diversi. Nei casi in cui, come può accadere, si registri una similitudine nelle conclusioni raggiunte dai due tipi di approcci analitici, appare corretto darne conto, come è stato nel caso di specie.

318. Per tutte le motivazioni fin qui illustrate, si deve in conclusione pienamente confermare l'analisi compiuta in termini di definizione dei mercati rilevanti, a monte e a valle.

B) LA POSIZIONE DOMINANTE DI TI

319. Con riguardo all'individuazione di una posizione dominante, si ricorda, preliminarmente, che, secondo costante giurisprudenza comunitaria, essa consiste in *"[...]una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, e ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori. L'esistenza di una posizione dominante deriva in generale dalla concomitanza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero necessariamente decisivi"*¹⁵⁴. La posizione dominante, peraltro, *"[...]a differenza di una situazione di monopolio o di quasi monopolio, non esclude l'esistenza di una certa concorrenza, ma pone la ditta che la detiene in grado, se non di decidere, almeno di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza, e comunque, di comportarsi sovente senza doverne tenere conto e senza che, per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio"*¹⁵⁵.

320. Dal consolidato orientamento giurisprudenziale richiamato emerge che, nel caso di TI, il primo fattore da considerare ai fini della valutazione della sua forza di mercato, è rappresentato dalla titolarità del monopolio della rete di telecomunicazioni e dei servizi connessi all'offerta di infrastrutture, commutate e dedicate. Come ampiamente argomentato nella parte dedicata alla definizione dei mercati rilevanti, tale posizione di monopolio nelle infrastrutture di rete, prima legale e poi di fatto, garantisce a TI una posizione di controllo della struttura dei costi di tale risorsa che costituisce un fattore essenziale per consentire agli altri operatori di offrire, in concorrenza con la stessa TI, i servizi liberalizzati.

321. Secondo la Commissione, nella Comunicazione sull'applicazione delle regole della concorrenza agli accordi di accesso al settore delle telecomunicazioni, *"una quota di mercato superiore al 50% nell'accesso alle infrastrutture è solitamente sufficiente a dimostrare una posizione dominante, anche se si analizzeranno pure altri fattori [...]"* (punto 73) ¹⁵⁶. Tra i predetti fattori, ai fini della qualificazione della posizione dominante di TI nei mercati interessati, vale comunque ricordare: (i) l'esistenza di una forte integrazione verticale; (ii) il vantaggio tecnologico e il possesso di informazioni relativamente ai protocolli di accesso o alle interfacce

¹⁵⁴ [Cfr. Sentenza della Corte di Giustizia del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands*.]

¹⁵⁵ [Cfr. Sentenza della Corte di Giustizia del 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffman La Roche*.]

¹⁵⁶ [In *GUCE* del 22 agosto 1998, serie C n. 265, pagg. 2-28.]

necessarie a garantire l'interfunzionalità del *software* e dell'*hardware*¹⁵⁷; (iii) la vasta gamma di prodotti offerti; (iv) la titolarità di un marchio diffuso e (v) infine, il possesso di una rete di distribuzione efficiente ed estesa.

322. Come dimostrato puntualmente nella descrizione dei singoli mercati rilevanti, TI detiene pertanto una posizione dominante tuttora incontrastata sul complesso dei mercati a monte ed a valle interessati dai comportamenti che formano oggetto del presente procedimento e per l'intera durata dell'illecito in contestazione.

323. La stabilità di tale posizione dominante è evidenziata dall'andamento registrato nelle quote di mercato realizzate da TI nel periodo 2001-2003, nonostante sia da tempo intervenuta la liberalizzazione del settore. Per quanto riguarda i mercati dei servizi intermedi offerti ai concorrenti, si rileva, infatti, una sostanziale tenuta della quota di mercato di TI tanto sul mercato dell'interconnessione su rete fissa, quanto sul mercato all'ingrosso dell'accesso disaggregato alla parte locale della rete telefonica pubblica fissa e delle linee affittate. Similmente, per quanto concerne il mercato dei servizi finali offerti all'utenza *business* TI risulta aver mantenuto una quota stabile nella generalità dei mercati rilevanti sopra descritti, con l'eccezione del mercato dei servizi di fonia offerti all'utenza aziendale, per il quale si registra un recupero di quote di mercato (vedi par. n. 2.2 e segg.).

C) LA SPECIALE RESPONSABILITÀ DI TI IN QUANTO IMPRESA IN POSIZIONE DOMINANTE

324. Secondo i consolidati principi della giurisprudenza comunitaria e nazionale in materia di concorrenza, la nozione di sfruttamento abusivo "...è una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impenna la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza. A carico di un'impresa in posizione dominante sul mercato è posta la particolare responsabilità di non compromettere con il suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune"¹⁵⁸.

325. Pertanto, comportamenti commerciali che possono essere qualificati come legittimi e costituire un aspetto normale dell'attività commerciale laddove posti in essere da un'impresa che non detiene una posizione dominante, rappresentano invece abusi se posti in essere da un'impresa in posizione dominante. Va al riguardo rammentato il principio costante della giurisprudenza comunitaria, in virtù del quale un regime di libera concorrenza si fonda sulla circostanza che le imprese potenziali concorrenti possano agire a parità di condizioni senza evidenti vantaggi acquisiti abusivamente, c.d. principio della pari opportunità¹⁵⁹.

¹⁵⁷ [Cfr. In proposito si vedano le *Linee Diretrici sull'applicazione delle regole di concorrenza della CEE nel settore delle telecomunicazioni del 1991*, punti 80 e 81, in *GUCE del 6 settembre 1991*, serie C n. 223, pagg. 2-26.]

¹⁵⁸ [Cfr. *decisione della Commissione del 21 maggio 2003, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 82 CEE, Deutsche Telekom AG*, in *GUUE del 14 ottobre 2003*, L263/9, par. 178, e la giurisprudenza ivi citata tra cui: *Corte di Giustizia*, 13 febbraio 1979, *Hoffman-La Roche*, causa 85/76, *Raccolta* 1979, 461; *Id.*, 3 luglio 1991, causa C-62/86, *Akzo Chemie BV*; 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, *Tetra Pak*, punto 24; 16 marzo 2000, C-395/96P e C-396/96P, *Compagnie Maritimes Belge*, nonché la *decisione della Commissione*, del 14 luglio 1999, nel caso *Virgin/British Airways*, pubblicato su *G.U.C.E. L30 del 4 febbraio 2000*.]

¹⁵⁹ [Cfr. la *sentenza della Corte di Giustizia*, del 13 dicembre 1991, causa n. 18/88, *RTT/SABAM* ("GB Inno BM"); si vedano, inoltre, a livello nazionale, il provvedimento n. 1532, *Sistema Telefonia Cellulare GSM*, del 28 ottobre 1993, in *Bollettino n. 32/1993*, e il provvedimento n. 6698, *Consorzio Risposta/Ente Poste Italiane*, del 17 dicembre 1998, in *Bollettino n. 51/98*.]

1. Gli obblighi di TI nell'offerta dei servizi intermedi

326. Con particolare riferimento al caso di specie, va evidenziato come le misure regolamentari comunitarie e nazionali in materia di ONP e *unbundling*¹⁶⁰, in vigore all'epoca dei fatti del presente procedimento, imponessero già il rispetto di principi tariffari chiaramente definiti per garantire condizioni eque e trasparenti a tutti gli operatori concorrenti, nonché l'osservanza del principio di non discriminazione nel presupposto che l'operatore notificato è ritenuto potenzialmente in grado di utilizzare la sua posizione dominante sul mercato delle reti locali a vantaggio delle proprie divisioni commerciali o delle società controllate nei mercati a valle dei servizi di telecomunicazioni (cfr. su quest'ultimo punto, il par. 6 dell'allegato B della Delibera AGCOM, n. 2/00/CIR del 16 aprile 2000).

327. Gli obblighi di trasparenza, non discriminazione, separazione contabile, accesso e controllo dei prezzi, ivi compreso l'orientamento ai costi, già sanciti in capo alle imprese che dispongono di un notevole potere di mercato dalla Direttiva 97/33/CE (ONP), sono stati poi ripresi dal nuovo quadro regolamentare comunitario per le comunicazioni elettroniche, entrato in vigore il 25 luglio 2003 (Dir. 2002/21/CE e direttive collegate)¹⁶¹.

328. In particolare, la Direttiva n. 2002/19/CE del 7 marzo 2002 (cd. Direttiva Accesso), ribadisce che l'obbligo di trasparenza dei termini e delle condizioni dell'accesso e dell'interconnessione è posto, tra l'altro, al fine di garantire *"...agli attori presenti sul mercato che il servizio non è fornito a condizioni discriminatorie"* (considerando 16), mentre *"[i]l principio di non discriminazione garantisce che le imprese aventi potere di mercato non distorcano la concorrenza, soprattutto nei casi di imprese ad integrazione verticale che prestano servizi ai propri concorrenti nei mercati a valle"* (considerando 17).

La Direttiva n. 2002/77/CE del 16 settembre 2002, relativa alla *"concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica"*, quindi, riafferma in capo alle imprese dominanti verticalmente integrate, titolari di reti pubbliche di comunicazioni elettroniche, uno specifico obbligo di non discriminazione a favore delle proprie attività¹⁶².

329. Tali imprese, inoltre, *"[...]devono evitare di applicare una compressione dei prezzi tale che la differenza tra i prezzi al dettaglio e i prezzi di interconnessione fatturati ai concorrenti che forniscono servizi al dettaglio similari non sia tale da garantire una concorrenza sostenibile"* (considerando 20 della Direttiva Accesso, cit.).

La sussistenza di un regime di contabilità separata e orientamento ai costi, infatti, non esclude la possibilità che l'*incumbent* abusi del suo potere per costringere i suoi concorrenti ad uscire dal mercato attraverso una pratica di *price squeeze* (cfr. in tal senso, la Comunicazione della Commissione del 1998 sulla concorrenza nei servizi di accesso, cit., al punto 117).

330. In tema di contabilità dei costi, peraltro, la Direttiva Accesso riprende nuovamente il concetto già espresso dalla Direttiva n. 97/33 (articolo 7, comma 2), secondo cui, laddove sussista l'obbligo di orientamento ai costi, sussiste anche uno specifico *"[...]onere della prova che il prezzo applicato si basa sui costi, maggiorati di un ragionevole margine di profitto sugli investimenti"* (articolo 13, comma 3).

¹⁶⁰ [Cfr. in particolare, la direttiva del Consiglio 90/387/CEE del 28 giugno 1990, sull'istituzione del mercato interno per i servizi delle telecomunicazioni mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (Open Network Provision), nonché la direttiva 97/33/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997 relativa all'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni e finalizzata a garantire il servizio universale e l'interoperabilità attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta (ONP), in GUCE del 26 luglio 1997, L199/32.]

¹⁶¹ [In GUCE del 24 aprile 2002, L108/7.]

¹⁶² [In GUCE del 17 settembre 2002, L 249/21.]

2. Gli obblighi di TI nell'offerta dei servizi finali

331. Il dovere particolare dell'operatore dominante di non compromettere lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato implica inoltre, in conformità con una consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, il divieto di vincolare, sia pure a loro richiesta, gli acquirenti con l'obbligo o la promessa di rifornirsi per tutto o gran parte del loro fabbisogno, esclusivamente presso l'impresa in questione. La suddetta pratica costituisce sfruttamento abusivo di detta posizione, tanto se l'obbligo è imposto *sic et simpliciter*, quanto se ha come contropartita la concessione di sconti¹⁶³.

332. Come sottolineato dalla Commissione nella Comunicazione citata¹⁶⁴, infatti, occorre ricordare che, se le norme *antitrust* non possono imporre ad un'impresa dominante di trattare categorie diverse di clienti in maniera diversa, le medesime norme vietano invece all'impresa dominante di effettuare "...delle discriminazioni fra operazioni commerciali simili nel caso in cui tali discriminazioni possano incidere sulla concorrenza" (punto 124).

333. In tal senso, la normativa di settore prevede che differenti prezzi, termini e condizioni di accesso possano essere stabiliti per differenti categorie di soggetti solo se oggettivamente giustificate sulla base del tipo di servizio fornito oppure, nel caso di altri OLO, delle relative condizioni di licenza, sempre che ciò non implichi distorsioni di concorrenza (cfr. *inter alia*, l'articolo 7 della Direttiva 97/33, richiamato anche nella Comunicazione citata).

D) LE VIOLAZIONI DELL'ART. 3 DELLA LEGGE N. 287/90: L'ABUSIVITÀ DEI COMPORTAMENTI COMMERCIALI DI TI NEI CONFRONTI DELL'UTENZA BUSINESS

334. Le risultanze istruttorie evidenziano che la società TI, in posizione dominante su tutti i mercati rilevanti individuati ai fini del presente procedimento, ha posto in essere, nel periodo di riferimento 2001-2003, una strategia commerciale nei confronti dell'utenza *business* volta, in un contesto di liberalizzazione dei mercati dei servizi e delle reti di telecomunicazione, al mantenimento della propria posizione di dominanza, attraverso una serie di condotte da ritenersi abusive ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 287/90.

335. Più specificamente, tale strategia commerciale unitaria, finalizzata all'esclusione dei concorrenti e alla difesa della posizione storicamente detenuta in quanto operatore ex-monopolista, è stata attuata da TI attraverso due gruppi di comportamenti:

i) l'utilizzo di condizioni contrattuali, quali clausole di esclusiva, clausole c.d. inglesi, scontistica con modalità suscettibili di vincolare alla stessa TI una parte significativa dell'utenza aziendale, allo scopo dichiarato di rendere più difficoltoso o precludere del tutto la possibilità degli operatori concorrenti di offrire servizi di telecomunicazione su rete fissa, anche solo per una parte del traffico dei clienti in questione, integrando così una violazione dell'articolo 3, lettera b) della legge n. 287/90;

ii) la formulazione di condizioni economiche e tecniche nelle offerte alla clientela non replicabili dai concorrenti, a fronte dei costi e delle condizioni tecniche stabilite in via regolamentare per l'offerta dei servizi intermedi a questi ultimi. Tali comportamenti sono configurabili come pratiche discriminatorie nei mercati dei servizi intermedi. Essi consistono, più precisamente, nell'applicazione ai propri concorrenti di condizioni tecniche ed economiche per tali servizi peggiorative rispetto a quelle praticate alle proprie divisioni commerciali per formulare le suddette offerte alla clientela finale. Lo scopo di detti comportamenti è quello di ostacolare l'accesso dei concorrenti ai mercati dei servizi finali, integrando così una violazione dell'articolo 3, lettere b) e c) della legge n. 287/90.

¹⁶³ [Cfr. per tutte la sentenza del Tribunale di Primo Grado (seconda sezione) del 1 aprile 1993, *BPB Industries Plc e British Gypsum Ltd/ Commissione delle Comunità Europee, nella causa T-65/89, in Racc. pagina II-00389, relativa alla discriminazione tra i clienti compiuta da BPB nel mercato collegato del gesso.*]

¹⁶⁴ [Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole della concorrenza agli accordi di accesso al settore delle telecomunicazioni, cit.]

336. L'analisi delle risultanze istruttorie, sopra esposte, dà ampio riscontro di come tali condotte siano state sviluppate da TI nell'ambito di una strategia unitaria, chiaramente definita a livello centrale, volta al perseguimento dell'obiettivo esplicito di escludere i concorrenti dal mercato e consolidare la posizione di dominanza storicamente detenuta sui mercati dei servizi finali.

Si ricorda, che durante tutto il periodo 2001-2003, le azioni delle divisioni commerciali relative alla scontistica¹⁶⁵ ed alla formulazione dei contratti è stata scientemente elaborata e posta in essere da TI sulla base di un'analisi mirata sui principali clienti dei concorrenti (docc. 65.3 e 182.7). Riguardo al carattere mirato di tale strategia, si ricorda, a titolo di esempio, inoltre, che la Direzione Wireline Services (della quale fanno parte la DCE e la DCB), nell'ottobre del 2002, indicava, quale priorità, le seguenti azioni: "[...] F.O. Contrastare aggressivamente e selettivamente la penetrazione di COLT e FASTWEB sui singoli clienti corporate", mediante "[l']autorizzazione investimento anche con ritorni di breve e medio non soddisfacenti" e "[il] pricing selettivo e di contrasto in base alla singola trattativa" (Doc 138.6).

337. Sul piano aziendale, la reportistica interna, oltre a dare conto dei risultati delle diverse Divisioni commerciali in relazione al *winback* realizzato nei riguardi dei clienti più rappresentativi dei concorrenti (definiti *key contributors*), fornisce, altresì, come già esposto, precise indicazioni sulle azioni da intraprendere di volta in volta a tal fine stabilendo scadenze entro le quali doveva essere avviata *la trattativa per l'azione di winback per tutti i clienti all'interno del cluster c.d. dei KEY CONTRIBUTORS*, e disponendo l'applicazione di strumenti contrattuali specifici (tra cui l'Accordo Programmatico) e del tipo di scontistica. Tutti strumenti che come sarà mostrato di seguito rispondono alle caratteristiche di strumenti contrattuali escludenti della concorrenza o per la struttura del contratto, che lega nella sostanza il cliente ad un vincolo di esclusiva, o per la non replicabilità economica e tecnica dell'offerta commerciale.

338. Come riportato più ampiamente in fatto, scontistica a scopo di *winback* e/o di retention caratterizzata dalla non replicabilità da parte dei concorrenti risulta essere stata utilizzata con successo non solo nei riguardi dei grandi clienti, ma anche nei casi di clienti quali l'[OMISSIS], l'[OMISSIS] e l'[OMISSIS] che presentano una forza contrattuale contenuta. Tale circostanza conferma il carattere generalizzato della politica commerciale in esame.

1. Applicazione di condizioni contrattuali abusive

339. Le risultanze istruttorie evidenziano chiaramente come nel periodo considerato, almeno a partire dal 2001 e fino a tutto il 2003, TI ha fatto diffusamente ricorso, nei confronti della generalità della clientela affari, all'esplicito fine di mantenere la propria posizione di dominanza sui mercati, a formule contrattuali contenenti clausole volte a evitare che i clienti si rivolgessero alle offerte dei concorrenti.

1.1 Le formule contrattuali adottate da TI ed escludenti della concorrenza

340. La politica commerciale di TI nei mercati di riferimento, caratterizzata da azioni di *retention* e *winback*, è stata attuata, in particolare, mediante:

- la previsione di sconti condizionati implicitamente o esplicitamente all'obbligo dell'acquisto esclusivo da TI. Rientrano in tale categoria le clausole contenute nei contratti, quali *Accordi di Programma*, *Accordi di Partnership*, *Accordi Quadro* e *Accordi di Outsourcing*, che prevedono sconti a volume personalizzati in base all'intero fabbisogno stimato del cliente, laddove questi sconti o sono legati espressamente a un obbligo da parte del cliente di soddisfare il suo intero fabbisogno di servizi di TLC avvalendosi unicamente di TI o, disincentivando il cliente a

¹⁶⁵ [In effetti, la stessa esistenza del Budget sconti, attraverso il quale i minori ricavi sono allocati tra le diverse Direzioni commerciali "a seconda degli obiettivi di programma delle diverse Industry" (doc. 15.1), dà prova della sua natura di ordinario strumento di politica commerciale aziendale. Sul punto, appare di primario rilievo la circostanza che l'attuazione della politica di scontistica da parte della rete di vendita venga attentamente monitorata, da un lato, attraverso un processo di validazione centralizzata delle proposte commerciali e, dall'altro, attraverso la definizione di parametri di riferimento ai quali le autorizzazioni in parola risultano condizionate (docc. nn. 9.1, 142.6 e 355.14).]

diversificare i fornitori, equivalgono per la loro struttura a sconti condizionati ad obblighi di esclusiva;

- l'applicazione della formula di "adeguamento alla migliore offerta", in quanto equivalente all'applicazione di clausole inglesi;

- la previsione, in alcune formule contrattuali, di penalizzazioni per il cliente nei casi di sviluppo di traffico con un fornitore alternativo.

Preliminarmente alla disamina degli specifici comportamenti, vale sottolineare che, contrariamente a quanto sostenuto dalla Parte in sede di memoria finale, la natura anticoncorrenziale degli stessi emerge non solo dal tenore letterale delle singole clausole, bensì dal complesso dell'atto, tenendo conto del fatto che l'effetto escludente deriva dall'interazione complessiva dei singoli elementi contrattuali (articolo 1363 cod. civ.). Peraltro, la portata illecita dell'insieme delle clausole contrattuali considerate va valutata alla luce delle ampie evidenze emerse nel corso dell'istruttoria relative sia alla provata intenzionalità dei comportamenti escludenti di TI nei confronti della concorrenza, sia alla concreta utilizzazione di tali clausole come elementi della politica commerciale abusiva di TI.

1.1.1. Vincoli di esclusiva

341. Nel caso in esame si rinvencono, in primo luogo, contratti che prevedono condizioni di sconto espressamente condizionate all'obbligo di acquisto esclusivo (o quasi esclusivo); in secondo luogo, si individuano formule contrattuali nelle quali sono applicati sconti "personalizzati" in base al fabbisogno presunto del cliente, con modalità tali da tradursi, in pratica, in sconti condizionati ad un obbligo di esclusiva.

342. In particolare, per quanto concerne gli obblighi di esclusiva espressi, gli sconti associati agli *Accordi di Partnership* e agli *Accordi Quadro* sono talvolta concessi da TI solo a fronte dell'assunzione da parte del cliente dell'impegno di "[...]affidare a TI tutto quanto ricompreso nel presente accordo [...]" (doc. 11.1, cit.)

343. In taluni casi, peraltro, la clausola di esclusiva a favore di TI coinvolge l'intero insieme di servizi di TLC di interesse del cliente (cfr., ad esempio, il contratto con [OMISSIS] relativo al 2002, il contratto con [OMISSIS] del periodo 2001-2003 ed il contratto con [OMISSIS], in docc. 11.1 e 355.14).

In particolare, nell'*Accordo di Partnership* con [OMISSIS] datato 30 aprile 2003, consistente nell'applicazione di un Listino personalizzato sulla base di un volume preventivato di traffico, anche a fronte dell'applicazione di una scontistica molto favorevole ulteriore al Listino personalizzato il cliente si impegna "affidare a Telecom tutto quanto ricompreso nel presente accordo in base a quanto riportato nell'Allegato A e più precisamente: le linee telefoniche ed il traffico telefonico originato dalle sue sedi, il traffico del numero verde, nonché tutti i servizi a valore aggiunto legati alla manutenzione, all'assistenza ed alla gestione tecnica delle infrastrutture di ICT previste".

344. In taluni casi, alla predetta clausola si accompagna l'imposizione di un obbligo di esclusiva *tout court* a carico del cliente, espresso, ad esempio nell'*Accordo di Partnership* con il Gruppo [OMISSIS], del dicembre del 2000, come un divieto a carico di quest'ultimo di "indire bando gara atto alla sostituzione delle attuali reti dati e fonia prima del mese di luglio 2001" (all. 6 al doc. 355.14).

345. Nel caso del cliente [OMISSIS] (cfr § 120), l'offerta Business Net era accompagnata da una clausola di esclusiva, nel senso che il suddetto listino sarebbe stato applicato "a condizione che le dipendenze del vostro gruppo utilizzino Telecom Italia quale fornitore esclusivo per il traffico telefonico effettuato da rete fissa".

In replica a quanto sostenuto da TI nella memoria finale, occorre osservare che, sebbene tale pattuizione fosse esplicitata solo nel primo dei contratti con il cliente, il quale aveva durata di sei mesi, l'impegno al rinnovo del contratto assunto dalle Parti ("Le Parti dichiarano peraltro sin da ora il proprio reciproco interesse a definire un nuovo Accordo, avente le medesime finalità del

presente e pertanto si impegnano a incontrarsi per definire entro [tre mesi prima della scadenza-ndR] lo schema dell'eventuale nuovo Accordo", cfr. l'articolo 4), puntualmente realizzatosi con la continuazione del rapporto negli anni successivi, comprova, congiuntamente al meccanismo di sconto basato sul fabbisogno storico del cliente, il perdurare dell'esclusiva a livello sostanziale nel rapporto tra le Parti, nonostante formalmente la clausola avesse breve durata.

Tali conclusioni valgono altresì per tutti le formule contrattuali di esclusiva cd. "implicita" che verranno in seguito analizzate (infra nel paragrafo).

346. Un carattere di esclusiva esplicita assumono invece previsioni del tipo di quella contenuta nell'Accordo Quadro concluso con il Gruppo [OMISSIS], laddove è prevista una possibilità di recesso in capo a TI nell'eventualità di una significativa riduzione dei volumi di traffico "[...]a seguito dell'utilizzo di altri operatori" (doc. 355.14, allegato 6).

347. Con riferimento al contratto vigente per l'anno 2002 fra TI e il gruppo [OMISSIS] per servizi di fonia e dati, rinnovato nel 2003, fra gli "oneri" del cliente (articolo 6), risulta quello di dovere "comunicare preventivamente per iscritto a TI eventuali variazioni in diminuzione relative all'utilizzo dei servizi di TLC. Fatto salvo i casi previsti, tali diminuzione non dovranno derivare a seguito cessioni verso altro fornitore" (doc. 355.14, all. 6, enfasi aggiunta). Anche tale clausola appare nei suoi effetti essere assimilabile ad un obbligo di esclusiva a carico del cliente e, contrariamente a quanto asserito dalla società in memoria finale, non può integrare un mero divieto pattizio di cessione, essendo tale divieto è già contemplato dal precedente paragrafo del medesimo articolo (cfr. il par. 1 dell'articolo 6, a pag. 6 del contratto cit.); peraltro, l'obbligo del cliente di comunicare preventivamente eventuali diminuzioni di traffico, inserito nel testo prima della clausola in questione, rende inequivocabile l'interpretazione della medesima nel senso di un obbligo di esclusiva.

348. Si ricorda che secondo la giurisprudenza nazionale e comunitaria, affinché un'impresa in posizione dominante su un mercato commetta un abuso non è necessario che essa imponga un obbligo giuridico in forza del quale il cliente è tenuto a rifornirsi esclusivamente presso l'impresa in questione, essendo sufficiente che le condizioni di vendita del fornitore dominante siano tali da indurre il cliente ad approvvigionarsi esclusivamente o prevalentemente presso di lui, ed è invece influente quali mezzi siano utilizzati per raggiungere tale risultato¹⁶⁶. Per ciò che concerne i casi in cui le modalità di applicazione della scontistica o altre previsioni contrattuali determinano sostanzialmente un obbligo di esclusiva a carico del cliente (esclusiva implicita), si possono annoverare le seguenti ipotesi contrattuali.

349. In alcuni contratti, la clausola di esclusiva espressa viene sostituita da un generico impegno a "[...] considerare Telecom come partner di riferimento[...]; a considerare, quale interlocutore di riferimento e in via preferenziale, Telecom Italia relativamente ai nuovi progetti incrementali in ambito TLC che favoriscono l'implementazione delle soluzioni di ottimizzazione tecnologiche, che dovessero scaturire nel periodo di vigenza del presente accordo, anche in funzione del raggiungimento degli obiettivi economici" (doc. 460.17, relativo all'Accordi di Partnership con [OMISSIS]).

350. Si registra poi il diffuso ricorso a sconti a volumi di acquisto "personalizzati" in base al fabbisogno del cliente, che possono essere considerati in pratica equivalenti ad un obbligo di esclusiva.

¹⁶⁶ [Cfr. la sentenza della Corte di Giustizia 3 luglio 1991, *Akzo Chemie BV v. Commissione*, nella causa C-62/86, in *Raccolta 1991*, p. I-3359. Per un'impresa che si trovi in posizione dominante su un mercato, il fatto di vincolare gli acquirenti, sia pure a loro richiesta, con l'obbligo o la promessa di rifornirsi per tutto o gran parte del loro fabbisogno presso l'impresa in questione costituisce sfruttamento abusivo di posizione dominante ai sensi dell'art. 82 del Trattato, cfr. anche la decisione della Commissione 19 dicembre 1990, IV/33.133-D, *Carbonato di Sodio-ICI*, annullata per questioni procedurali con sentenza della Corte di Giustizia 6 aprile 2000, causa C-286/95 P, in *Raccolta*, 2000, p. I-2341, nonché la sentenza Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio 21 dicembre 2000, n. 11485.]

Infatti, si deve sottolineare che tale metodologia di applicazione dello sconto, contenuta ad esempio sia nei modelli standard di *Offerta Budgettaria* che negli *Accordi di Programma* e di *Partnership* (cfr. cap. 2.3), dà luogo a una riduzione dei prezzi non correlata al raggiungimento di volumi di spesa oggettivamente predeterminati, bensì attribuita in base a stime di fabbisogno corrispondenti ai volumi di traffico sviluppati dal cliente nell'anno precedente. In altri termini, la struttura di sconti ha l'effetto di rendere di fatto esclusivo il rapporto di fornitura, impegnando in pratica il cliente a sviluppare volumi di spesa quantomeno analoghi a quelli dell'anno precedente.

351. In questi casi, poiché lo sconto è applicato non al raggiungimento di un determinato volume di spesa, ma al volume di spesa corrispondente esattamente al fabbisogno del cliente stimato sulla base del traffico dell'anno precedente, la stessa struttura dello sconto fornisce un potente disincentivo alla differenziazione della domanda tra più operatori alternativi. Tale disincentivo è poi rafforzato in taluni contratti (*Offerte Budgetarie*) dalla possibilità di sviluppare fino al 10% di traffico, oltre il proprio *budget* stimato, gratuitamente ovvero, in caso di rinnovo del contratto per l'anno successivo, dalla previsione di un ulteriore sconto del 5% (cfr. parr. 2.3.1 e segg.).

352. Circa poi la presenza di sconti incrementali condizionati all'aumento progressivo dei consumi annui sviluppati dal cliente, si deve ricordare come tale pratica, nella giurisprudenza comunitaria, sia ritenuta abusiva¹⁶⁷. Così, a titolo di mero esempio, il contratto sottoscritto con [OMISSIS] nel 2003 associa un ulteriore sconto del 3% sul fatturato a consuntivo dell'intero anno e su tutti i servizi di TLC se vengono fatturati ulteriori 2,5 milioni di euro. Il medesimo contratto attribuisce inoltre al gruppo di lavoro un potere di indirizzo per quanto concerne l'adozione, implementazione di nuove tecnologie e/o modelli organizzativi relativi a propri sistemi TLC e servizi connessi (doc. 460.17).

353. Rileva altresì la circostanza che tali tipologie contrattuali prevedano sotto varia forma l'impegno del cliente, nei casi di scostamento negativo dei volumi di traffico effettivamente sviluppati rispetto a quelli preventivati, a incontrare nuovamente TI per rinegoziare l'accordo. Di fatto, tale impegno equivale a vincolare il cliente a una preliminare trattativa con TI prima di poter decidere di rivolgersi liberamente al mercato e, in tal senso, può essere ritenuto negli effetti equivalente all'applicazione di una esclusiva.

354. Come clausole facilitanti il rinnovo possono essere altresì interpretate le previsioni, contenute in alcuni contratti, di un "gruppo di lavoro" di composizione mista di rappresentanti di TI e del cliente incaricato del monitoraggio e della definizione dei fabbisogni e delle soluzioni tecniche da erogare al cliente ed eventualmente alle società del gruppo¹⁶⁸. Il citato gruppo di lavoro svolge non solo un ruolo di vigilanza sul rispetto della condizione di preferenza accordata a TI dal contratto e, quindi, di monitoraggio funzionale all'effettiva applicazione degli sconti accordati, ma esercita altresì un ruolo di indirizzo e vincolo delle scelte dell'utenza riguardo alle tecnologie e, di fatto, l'identità dell'operatore al quale affidare lo sviluppo di nuovi progetti rispetto a quelli programmati e realizzati di anno in anno.

355. In linea generale, occorre inoltre sottolineare le circostanze che la contrattualistica utilizzata da TI, come già evidenziato in fatto, preveda spesso durate contrattuali biennali (cfr. ad esempio, i contratti con [OMISSIS], [OMISSIS], [OMISSIS], più volte cit.), triennali (ad esempio, i contratti con [OMISSIS], in doc. 463.16, e con [OMISSIS], in doc. 447.17), e in alcuni casi durate maggiori, anche grazie a rinnovi o proroghe (cfr. ad esempio, i contratti con [OMISSIS] e [OMISSIS] tuttora in corso), e ciò non solo per la fornitura di servizi particolarmente complessi, ma anche per la semplice fornitura dei servizi di fonia, per i quali siffatte durate sono del tutto estranee alla prassi di mercato. Tale elemento, in particolare, appare rafforzativo dell'esclusiva di fatto determinata dalla scontistica legata al rispetto di predeterminati consumi da parte del

¹⁶⁷ [Cfr. la sentenza del Tribunale di primo grado del 30 settembre 2003 T-203/01, *Michelin II*, e l'omonima decisione della Commissione, in GUCE L 143/02, p.1.]

¹⁶⁸ [Ad esempio nel caso del Gruppo [OMISSIS], doc. 355.14, allegato 6.]

cliente. Al riguardo, il giudice comunitario¹⁶⁹ ha evidenziato che “[...]il carattere fidelizzante di un sistema di riduzioni calcolati sulla totalità del fatturato realizzato aumenta proporzionalmente alla lunghezza del periodo di riferimento” (cfr. la sentenza *Michelin II*, punto 85).

356. Anche laddove la durata del contratto sia formalmente annuale, i contratti di TI, come visto nei precedenti paragrafi (*supra*, par. 2.3), prevedono in ogni caso numerose clausole facilitanti il rinnovo, tra cui, in particolare, le clausole che prevedono l’impegno del cliente a incontrarsi per rinegoziare l’accordo, quelle contenenti un bonus del 5% sul totale dell’obiettivo di traffico programmato in caso di rinnovo e le clausole equivalenti negli effetti a clausole inglesi (*infra*).

In altri casi, vi è invece una proroga delle condizioni contrattuali applicate, così che, di fatto, rapporti di durata annuale sono estesi nel tempo anche per due o tre anni (cfr. ad esempio, la proroga del contratto fonia 2002 con *[OMISSIS]*, in doc. 433.16).

357. La circostanza, inoltre, che gli sconti siano corrisposti a conguaglio al termine del periodo contrattuale (*Accordi di Programma*) o sui corrispettivi fatturati a scadenza bimestrale (*Accordi di Partnership* e *Accordi Quadro* e *Accordi di Outsourcing*), conferisce a TI uno stretto monitoraggio del traffico sviluppato dal cliente, oltre che la possibilità di reazione immediata e sanzione di fronte ad eventuali defezioni dello stesso a favore dei concorrenti.

1.1.2 Penalità nei casi di recesso o di non corrispondenza fra consuntivato e programmato

358. Le evidenze probatorie acquisite rivelano un ampio ricorso a clausole che escludono esplicitamente la possibilità di recesso unilaterale da parte del cliente (cfr. *inter alia*, l’*Accordo di Partnership* con *[OMISSIS]*, più volte cit.), o che conferiscono a TI la possibilità di recedere unilateralmente dal contratto per scostamenti significativi rispetto al fabbisogno stimato di traffico del cliente, prevedendo che per il traffico sviluppato sino al momento del recesso siano applicate condizioni economiche più onerose di quelle originariamente pattuite (cfr. a titolo di mero esempio, il contratto con *[OMISSIS]* cit., in cui si afferma che in caso di recesso “...verranno ripristinate anche in modo retroattivo le condizioni economiche previste dalla Gazzetta Ufficiale...”)¹⁷⁰.

359. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Parte, si deve ritenere che queste disposizioni contrattuali siano clausole di penalizzazione a tutti gli effetti e non semplici clausole di “recesso *ad nutum*”, integrando le stesse una vera e propria *condicio sine qua non* dell’applicazione delle condizioni economiche offerte da TI, come dimostra la loro collocazione nel complesso dell’atto, per lo più nell’ambito della “*Valutazione economica del traffico fonia*” ovvero della “*Verifica dell’attività*”, mentre il recesso è in genere disciplinato da specifiche pattuizioni a sé stanti (cfr. ad esempio, l’articolo H) del contratto *[OMISSIS]*, in doc. 484.18; l’articolo I) del contratto con *[OMISSIS]* o l’articolo 10 del contratto con *[OMISSIS]*, ambedue in doc. 355.14).

360. La portata sanzionatoria di tale potere di recesso unilaterale risulta amplificata nell’ambito degli *Accordi Quadro*, dal momento che la stessa risulta connessa a scostamenti significativi rispetto agli obiettivi di traffico annuale predefiniti non solo a livello di gruppo, ma anche a livello di singola azienda del gruppo, così da saturare esattamente la domanda del cliente (cfr. *inter alia*, l’*Accordo Quadro* sottoscritto con il Gruppo *[OMISSIS]*, doc. 355.14, allegato 6). In taluni casi, peraltro, l’effetto legante è rafforzato dall’obbligo di corrispondere per intero l’importo pattuito quale obiettivo per il gruppo cliente, anche se variano le singole società dello stesso che usano i servizi offerti da TI (come si evince, ad esempio, dalla lettura congiunta degli artt. 2, 3 e 8 del contratto *[OMISSIS]* 2001-2002, in doc. n. 355.15, cit.).

¹⁶⁹ [Cfr caso *Michelin II*, *Decisione della Commissione in GUCE L 143/02, p.1 sentenza del Tribunale di primo grado del 30 settembre 2003 T-203/01.*]

¹⁷⁰ [La documentazione ispettiva evidenzia altresì che per i clienti defezionati vengono praticate le condizioni previste nelle offerte standard, quale ad esempio l’offerta *Business Voice* (vedi doc. 190.8, pag.21, per il cliente *[OMISSIS]*) o altre *Business Solutions* (vedi il caso del Contratto con *[OMISSIS]*, doc.453.17).]

361. Peraltro, anche nelle formule contrattuali c.d. "standard" quali l'*Offerta Business* e l'*Offerta Corporate* con fatturazione bimestrale a fronte di un impegno annuale di spesa preventivata, si riscontra una clausola di penalizzazione del cliente nel caso in cui i consumi realmente effettuati si rivelino inferiori a quelli relativi alle rate versate, consistente nel trattenere, da parte di TI, il 90% dell'impegno annuo di spesa concordato, con il rischio che la spesa sostenuta effettivamente dal cliente in un caso del genere - potenzialmente derivante, ad esempio, dalla scelta di passare per tutto o per parte del proprio traffico ad operatore concorrente- sia superiore a quella che questi avrebbe sostenuto in assenza della scontistica proposta.

Ne deriva che anche in questo caso, la modalità prescelta di applicazione di condizioni economiche scontate per i prezzi dei servizi a traffico vincola di fatto il cliente a TI, rendendo estremamente onerosa per il cliente un'eventuale scelta di passaggio ad altro operatore.

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

363. La previsione contrattuale di applicazione di condizioni peggiorative per il cliente nei casi di passaggio ad altro operatore assume natura escludente della concorrenza, allo stesso modo delle clausole che sanciscono esplicitamente, come nel caso dell'*Accordo Quadro* concluso con il GRUPPO [OMISSIS], una possibilità di recesso in capo a TI nell'eventualità di una significativa riduzione dei volumi di traffico "[...] a seguito dell'utilizzo di altri operatori" (doc. 355.14, allegato 6).

In particolare, in alcuni contratti la diminuzione di consumi derivante da svolgimento di traffico con OLO è chiaramente penalizzata rispetto all'ipotesi contraria di diminuzione di consumi per "azioni integrative" di TI [cfr. ad esempio, le ipotesi sub a) e b) dell'articolo 8 dell'*Accordo di Programma* con [OMISSIS], in doc. 355.14], così che a TI sarà comunque dovuto il 90% dell'obiettivo di traffico prefissato ovvero, nel caso del traffico *inbound*, addirittura "l'intero importo stabilito...sarà comunque dovuto" (ibidem).

1.1.3 Adeguamento alla migliore offerta (clausola inglese)

364. Nell'ambito delle categorie di offerte c.d. standard, con riferimento ai contratti "*Business Voice Magnum*" sono rinvenibili previsioni riconducibili alla cosiddetta "clausola inglese", in base alla quale un contraente "...se riceve dalla concorrenza offerte a prezzi più vantaggiosi di quelli ottenibili in base al contratto [di fornitura], può chiedere al fornitore contraente di allinearsi su dette offerte"¹⁷¹.

365. Alla luce dei precedenti giurisprudenziali, gli elementi costitutivi della clausola inglese sono infatti: (i) la dimostrazione dell'effettiva competitività della offerta di una impresa concorrente del fornitore originario, che deve prevedere condizioni più favorevoli per l'acquirente, (ii) la possibilità per il fornitore originario di identificare il contenuto e la provenienza dell'offerta concorrente, (iii) l'esistenza di un diritto di prelazione in capo al fornitore originario, per cui (vi) solo nell'ipotesi in cui esso si rifiuti di allinearsi alla nuova offerta sorge un diritto del cliente ad accettare la nuova proposta concorrente.

Le previsioni contenute in alcuni contratti di TI appaiono contemplare tutti gli elementi succitati.

366. Così, ad esempio, nel contratto *Business Voice Magnum* con Opzione Business Net sottoscritto dal GRUPPO [OMISSIS] il 9 marzo 2000, è contenuto, sotto la voce "adeguamento alla migliore offerta", l'impegno di TI ad assicurare "l'allineamento con periodicità trimestrale dei prezzi applicati...alle migliori offerte reperibili sul mercato...", impegno a fronte del quale il GRUPPO [OMISSIS] "contestualmente si impegna a utilizzare unicamente Telecom Italia, quale gestore telefonico, nel caso in cui lo scrivente assicuri gli impegni previsti in tale paragrafo" (doc. 481.18).

¹⁷¹ [Sentenza Hoffmann-La Roche, cit., punto 102.1.]

Il cliente [OMISSIS] ha risposto ad una richiesta di informazioni dell'Autorità, precisando di aver ricevuto negli anni 2001, 2002, 2003 offerte di TI, ALBACOM e WIND e che la fornitura dei servizi è sempre stata aggiudicata a TI. Nell'accordo attualmente vigente tra TI e [OMISSIS], stipulato nel marzo 2004 e di durata biennale, basato su una stima dei consumi budgettaria del cliente, quest'ultimo si impegna a "considerare Telecom quale interlocutore di primaria importanza" (doc. n. 481.18).

367. In merito a quest'ultimo contratto, si deve sottolineare che, contrariamente a quanto addotto dalla Parte, a nulla vale il fatto che l'allineamento alla migliore offerta del mercato fosse stato imposto dal cliente, né che il relativo sondaggio fosse svolto da società terza di consulenza, soggetto quindi indipendente da TI. In conformità con la giurisprudenza e la prassi *antitrust* in materia, infatti, gli effetti anticoncorrenziali di tali pattuizioni permangono al di là dell'eventuale potere contrattuale che possono avere alcuni grandi clienti aziendali e del fatto che le clausole illecite siano richieste degli stessi clienti (cfr. la decisione della Commissione nel caso *Deutsche Post*, già cit.).

Quanto alla mancata riproduzione della clausola in questione nei successivi contratti con il medesimo cliente, si deve ritenere che, non avendo fornito la Parte prove in senso contrario, l'introduzione a inizio rapporto della clausola inglese e il dato di fatto della successiva "retention" del cliente dimostrino la validità e permanenza della stessa nel rapporto tra le parti.

368. Analogamente, nel contratto con [OMISSIS], rinnovato nell'ottobre 2003, si rinviene una previsione per cui "[r]esta inteso che qualora venissero rilasciati piani telefonici con condizioni migliorative rispetto a quelle previste nelle Vostre offerte di cui sopra [il Listino e le Varianti proposti da TI-n.d.r.], Telecom Italia SpA si impegna a proporre ad [OMISSIS] l'aggiornamento delle nuove condizioni" (All. 6 al doc. 355.14). Come risulta, oltre che dalla documentazione ispettiva (doc. n. 29.2), anche dai contratti richiesti direttamente al cliente [OMISSIS] (doc. n. 445.17), con contratto stipulato l'11 novembre 2003, fruisce di condizioni economiche particolarmente ridotte (cfr. par. 144).

369. Clausole inglesi sono state altresì di recente applicate nell'ambito dell'Accordo Quadro per il 2004 con [OMISSIS], in doc. 678.23, mentre possono ritenersi nei loro effetti equivalenti a delle clausole inglesi le previsioni introdotte da TI nei contratti con [OMISSIS], [OMISSIS], e [OMISSIS], per cui TI fornisce un potente incentivo alla controparte a rivelare le migliori offerte ricevute sul mercato, nel contesto della verifica dell'adempimento, da parte del cliente, degli obblighi di *budget* prefissati e di sanzione degli eventuali scostamenti (cfr. i precedenti capitoli 2.3.3 e 2.3.4).

1.2 La natura escludente delle pratiche commerciali applicate

370. La giurisprudenza comunitaria attribuisce particolare rilevanza alla connotazione che i comportamenti commerciali delle imprese possono assumere nei singoli casi, in base alle risultanze probatorie. In particolare, comportamenti apparentemente innocui sotto il profilo concorrenziale sono stati considerati anticoncorrenziali, in quanto finalizzati ad estromettere il concorrente da un dato mercato. Ad esempio nel caso *BPB Industries*¹⁷², il Tribunale di Primo Grado ha attribuito particolare valore ai progetti strategici delle società, se da essi emergeva l'intento di porre in essere azioni per nuocere ad un determinato concorrente. Tale principio è stato altresì accolto nella sentenza *Irish Sugar*¹⁷³, in cui il Tribunale di Primo Grado ha affermato che la circostanza che una pratica controversa si collochi nell'ambito di un piano dell'impresa in posizione dominante avente lo scopo di eliminare un concorrente può stabilirne il carattere abusivo.

¹⁷² [Tribunale di I grado, sent. 1 aprile 1993, *BPB Industries plc e British Gypsum c. Commissione*, in causa. T-85/89, §§ 62 e ss.7]

¹⁷³ [Sentenza del 7 ottobre 1999, punto 114.8.]

371. Sulla base di questo consolidato orientamento giurisprudenziale, anche l'Autorità nel caso *Pepsico Foods and Beverages International-Ibg Sud/Coca Cola Italia*¹⁷⁴, ha ritenuto che *"l'analisi puntuale dei comportamenti di CCI e CCBI non può prescindere dall'esistenza di piani e programmi esplicitamente diretti a danneggiare l'unico concorrente effettivo nel mercato italiano delle bevande al gusto cola"*. Tale giudizio è stato poi confermato dal TAR, secondo cui *"[...] alla legittimità finalità dell'espansione del proprio mercato [...] se ne aggiunge un'altra, che assume l'inequivocabile fisionomia dell'aggressione alla posizione commerciale del concorrente non compatibile con il principio della libera concorrenza"*¹⁷⁵.

372. Sul piano della natura oggettivamente o potenzialmente lesiva della concorrenza dei comportamenti posti in essere da TI, occorre quindi sottolineare che il dato che emerge con chiarezza dalla documentazione ispettiva già illustrata è rappresentato dall'intento di tale società di contrastare la penetrazione della concorrenza degli altri OLO, legando a sé la clientela in danno di questi ultimi, attraverso una pluralità di strumenti.

Tale intento è apertamente dichiarato nella documentazione aziendale interna che individua come obiettivi generali strategici quelli del *"...mantenimento e recupero della QdM [Quote di Mercato, n.d.r.] e ulteriore incremento dei ricavi attraverso: l'effettuazione di azioni di winback e retention sui grandi clienti con commercializzazione di formule di pricing mirate..."* (doc. n. 55.3, cit.). Formulazioni di analogo tenore sono contenute in numerosi report aziendali acquisiti nel corso delle ispezioni, che indicano, quali obiettivi strategici, *"[d]ifesa quote, riconduzione contratti in formule standard, recupero quote con offerta aggressiva di winback, retention proattiva per mantenimento quote e prevenzione ULL [Unbundling del Local Loop, n.d.r.]"*, fornendo anche esplicitamente le seguenti istruzioni alle proprie divisioni commerciali: *"[...] winback selettivo su clienti ad alto potenziale"* e *"[...] winback aggressivo per evitare migrazione in CPS/ULL [Carrier PreSelection /Unbundling del Local Loop, n.d.r.]"* (doc. 59.3, cit.).

373. Tali obiettivi strategici, peraltro, non costituiscono delle mere proposizioni di principio, ma trovano concreta applicazione nella realtà, come dimostra il fatto che la rete di vendita per l'utenza business viene premiata attraverso una complessa struttura di incentivazione nella quale il "premio" di natura economica per il venditore è espressamente collegato ai risultati di *winback* e *retention* della clientela a danno dei concorrenti (doc. 106.4, cit.)¹⁷⁶, e quindi direttamente connesso al raggiungimento di obiettivi di vincolo esclusivo del cliente.

374. Con riferimento agli specifici comportamenti assunti da TI, come più sopra ampiamente identificati, e alla loro abusività, si precisa quanto segue.

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

375. In particolare, per quanto concerne le penalità imposte ai clienti in caso di non corrispondenza fra consumi programmati e consuntivati, ivi comprese le clausole di terminazione unilaterale del rapporto a favore di TI, si deve sottolineare che le suddette previsioni contrattuali

¹⁷⁴ [*Pepsico Foods and Beverages International-Ibg Sud/Coca Cola Italia*, provv. N.7804, decisione del 7 dicembre 1999.]

¹⁷⁵ [*Sent. TAR Lazio n.11485 dell'11 dicembre 2000.*]

¹⁷⁶ [*Si ricorda che, il "Piano di incentivazione anno 2001" riporta un incentivo variabile in funzione del raggiungimento dell'obiettivo di fidelizzazione, misurato in funzione del numero dei clienti fidelizzati, dell'incremento dei ricavi fidelizzati e della durata contrattuale di alcuni contratti voce e dati, tra i quali gli Accordi di Outsourcing e Accordi di Partneship (doc. 106.4).*]

integrano gli estremi di un abuso in quanto equivalenti negli effetti ad una sanzione dei clienti per il cambio di fornitore. Essendo le stime di fatturato, infatti, precisamente calcolate sul fabbisogno storico dei clienti di TI, risulta impossibile, in pratica, che questi ultimi possano sviluppare traffico con altri OLO, pena l'applicazione di condizioni contrattuali molto più onerose ovvero il recesso unilaterale da parte di TI. Nel contempo, gli altri OLO non riescono a formulare offerte competitive, essendo la totalità della domanda generata da tali clienti completamente saturata da TI, circostanza che non rende possibile realizzare economie di volumi o gamma atte a rendere le condizioni di prestazione dei servizi in questione più favorevoli di quelle di TI.

Le suddette previsioni contrattuali, pertanto, precludono *de jure* o disincentivano *de facto* i clienti dell'operatore dominante dal rivolgersi ad operatori alternativi per soddisfare, in tutto o in parte, i loro bisogni di servizi di telecomunicazioni¹⁷⁷.

376. Per quanto concerne le clausole di adeguamento alla migliore offerta, si ricorda che, secondo la consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale tale clausola, se prevista a favore di un operatore in posizione dominante, può comportare una violazione dell'articolo 82 del Trattato in quanto, *"il fatto che un'impresa in posizione dominante esiga od ottenga per contratto dai suoi clienti l'impegno a renderle note le offerte della concorrenza, mentre gli stessi clienti possono avere un evidente interesse commerciale a non comunicarle, è atto ad aggravare il carattere abusivo dello sfruttamento della posizione dominante; infine con il sistema della clausola inglese spetta [al fornitore] decidere se, allineando o no i propri prezzi, dare adito al gioco della concorrenza; ess[o] può così diversificare, grazie agli elementi di informazione forniti [...] dai clienti la propria politica di mercato nei loro confronti e nei confronti dei concorrenti"*¹⁷⁸.

377. Gli effetti distorsivi della concorrenza dovuti alla previsione di una simile clausola contrattuale sono riconducibili alla creazione di una trasparenza artificiale nei mercati liberalizzati. Infatti, il meccanismo della clausola inglese, attraverso il quale TI obbliga i propri clienti a comunicarle le offerte più vantaggiose dei suoi concorrenti, consente all'operatore ex-monopolista di ottenere informazioni sulla situazione del mercato, nonché sulle iniziative commerciali dei suoi concorrenti, particolarmente preziose per la determinazione della propria politica commerciale, che altrimenti le sarebbero indisponibili.

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

¹⁷⁷ [Cfr. la consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, secondo cui un'impresa in posizione dominante non può concedere sconti o incentivi volti a incoraggiare la fedeltà del cliente e ad impedire, mediante la concessione di un vantaggio tecnico o finanziario, che vengano effettuati acquisti presso concorrenti del fornitore dominante: Sentenza della Corte di Giustizia del 13 febbraio 1979, C-85/76, Hoffmann La Roche, cit.; sentenza della Corte di Giustizia del 9 novembre 1983, C-322/81, Michelin, cit.; la decisione della Commissione del 14 luglio 1999, Virgin/British Airways, GUCE 2000, L30/1; la sentenza del Tribunale di primo grado del 7 ottobre 1999, causa T-228/97, Irish Sugar/Commissione, Raccolta 1999, p. III-2969; sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio del 21 dicembre 2000, n. 11485.]7, ripresi anche nel provvedimento dell'Autorità del 27 giugno 2001, Assoviaggi/Alitalia, in Boll. n. 26/2001, parr. 105 e segg.]

¹⁷⁸ [Sentenza Hoffmann-La Roche, cit., 107-108.2. Ad analoghe conclusioni è successivamente giunta anche la Commissione nella decisione n. 79/937/CEE del 5 settembre 1979, BP Kemi-DDS, in GUCE L286, del 14 novembre 1979, p. 32-52.3, in merito a una previsione contrattuale che prevedeva "che BP Kemi venisse informata dei particolari delle offerte fatte da uno dei suoi concorrenti [...] restringeva [...] la concorrenza tra BP Kemi ed i suoi concorrenti, perché dava ad essa informazioni sui prezzi che non avrebbe potuto diversamente ottenere. L'applicazione della clausola inglese significava [...] [che] DDSF era libero di acquistare da un concorrente soltanto se BP Kemi decideva di non allinearsi sul prezzo offerto dal concorrente stesso". In senso conforme anche l'Autorità nel provvedimento n. 7043 del 9 aprile 1999, UNAPACE-ENEL, in Boll. n. 13-14/99.]

dal momento che l'allineamento di TI all'offerta alternativa non può determinare alcun passaggio di clientela a loro favore.

379. Per ciò che concerne poi le formule contrattuali in cui l'applicazione di sconti appare connessa al rispetto da parte del cliente ad obiettivi prefissati di consumo, queste appaiono integrare, per quanto già ampiamente motivato, clausole di esclusiva implicita.

A tale riguardo vale ricordare che nel caso *European Sugar Industry*¹⁷⁹, la Corte di Giustizia, confermando quanto sostenuto dalla Commissione, ha affermato che la concessione di uno sconto non su un volume di acquisto, ma solo su un'esclusiva di fornitura a favore dell'impresa dominante, limitando la libertà degli acquirenti, determina una diminuzione degli sbocchi sul mercato per i concorrenti dell'impresa dominante.

380. Inoltre, sempre in merito alle formule contrattuali consistenti nell'applicazione di sconti commisurata a predeterminati volumi di traffico, nel caso *Deutsche Post* la Commissione europea ha confermato la natura escludente di tali pratiche non solo nel caso in cui lo sconto fosse condizionato ad un obbligo di acquisto esclusivo, ma anche nell'ipotesi in cui gli sconti fossero legati a determinati quantitativi di acquisto, proprio in quanto, similmente a quanto rilevato nel caso di specie, il quantitativo da cui dipendeva l'eventuale sconto non era prefissato in maniera oggettiva, ma veniva determinato in base alle stime della capacità di acquisto del cliente¹⁸⁰. Le conclusioni della Commissione e della Corte di Giustizia sono state peraltro recepite anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in diversi casi, tra cui, da ultimo nel caso *ENEL Trade-Clienti idonei*¹⁸¹, in cui le condizioni contrattuali imposte dall'impresa dominante alla clientela, quali le clausole di esclusiva, i divieti di acquistare da altri fornitori o la facoltà di rifornirsi in parte da altri dietro maggiorazione del prezzo e la concessione di un bonus dietro rinnovo del contratto, sono stati ritenuti elementi idonei a legare all'impresa dominante una parte significativa dei clienti contrattualizzati e a rendere più difficoltoso o a precludere del tutto la possibilità ad alcuni operatori concorrenti di ENEL di offrire forniture di energia elettrica, anche solo per soddisfare una parte del fabbisogno dei clienti idonei.

381. In conclusione, per il complesso delle considerazioni sopra esposte, si deve ritenere che i comportamenti di TI, consistenti nell'applicazione di formule contrattuali contenenti previsioni di adeguamento alla migliore offerta, clausole di esclusiva, espresse o implicite, e penalità nel caso di recesso per passaggio ad altro operatore possano integrare, in quanto comportamenti con finalità escludente dei concorrenti, violazioni dell'articolo 3, lett. b) della legge n. 287/90.

2. La formulazione di offerte non replicabili dai concorrenti

382. Come già menzionato, l'obiettivo della politica commerciale di TI, di esclusione dei concorrenti dai mercati di riferimento, è stata attuata, oltre che attraverso le già descritte politiche escludenti, anche mediante l'applicazione di offerte ai clienti finali non replicabili dai concorrenti.

In particolare, nel periodo di riferimento, TI ha:

a) applicato ai clienti finali, fra i quali la Pubblica Amministrazione Centrale e Locale, condizioni economiche per i servizi offerti non replicabili dai suoi concorrenti, tenuto conto dei costi di interconnessione sostenuti da questi ultimi;

b) praticato ai clienti finali, per la fornitura di fattori intermedi e di servizi finali, nonché per la fornitura all'ingrosso dell'accesso in CVP (canale virtuale permanente), di servizi x-DSL e di linee affittate, condizioni tecniche non replicabili dai concorrenti, considerate le condizioni previste

¹⁷⁹ [Decisione della Commissione, in GUCE L 140/17 del 26 maggio 1973, e sentenza della Corte di Giustizia del 16 dicembre 1975, in Racc., p.1663.]

¹⁸⁰ [cfr. la Decisione della Commissione del 5 maggio 2001, in GUCE L 125/27, punto 41.]

¹⁸¹ [Cfr. provv. n.12634 del 27 novembre 2003.]

nei *Service Level Agreement* (cd. SLA), che TI stessa applica nell'offerta all'ingrosso ai concorrenti dei medesimi servizi¹⁸².

383. Le risultanze istruttorie danno prova dell'applicazione da parte di TI di numerose offerte a clienti privati per servizi di telecomunicazioni con condizioni economiche al di sotto dei costi regolatori dichiarati di TI, e costituenti la base di contabilità regolatoria per la definizione delle condizioni economiche di interconnessione praticate ai concorrenti a valere nello stesso periodo di tempo delle offerte ai clienti finali. Fra tali offerte, particolare rilievo, per la dimensione della commessa e la rilevanza strategica del cliente, assume quella presentata da TI in occasione della gara bandita da CONSIP per la fornitura di servizi di telecomunicazione su rete fissa e connettività IP nel 2002, fornitura che TI, come già illustrato, si è aggiudicata nel settembre del 2002 sulla base di un'offerta economica di valore pari a circa la metà del corrispondente valore dell'offerta presentata dal concorrente ALBACOM.

384. In relazione a tale commessa, in particolare, TI ha prodotto, come già illustrato nella parte in fatto, uno specifico studio economico che dimostrerebbe la replicabilità dell'offerta a fronte di una serie di ipotesi. In ragione della necessità di verificare la tesi della Parte, nel seguito ci si diffonderà quindi innanzitutto sulla suddetta offerta CONSIP, dimostrandone l'irreplicabilità anche nel caso in cui venisse sostanzialmente accettato l'approccio proposto da TI, e ciò sia con riferimento ad una valutazione complessiva dell'offerta sia analizzando, più correttamente, le caratteristiche di replicabilità servizio per servizio.

Successivamente, chiarita la correttezza di un diverso approccio che individua nel costo regolatorio di TI il parametro pertinente per valutare la replicabilità delle offerte di tale società sui singoli servizi, ci si rivolgerà quindi ad argomentare la sussistenza di una più ampia e generalizzata politica commerciale di TI di applicazione di condizioni economiche non replicabili sui mercati finali rilevanti per il seguente procedimento di cui l'offerta CONSIP deve considerarsi solo un esempio, anche se il più rilevante.

2.1 La gara CONSIP

2.1.1 Valutabilità ex lege n. 287/90 dei comportamenti posti in essere da TI nell'ambito della gara CONSIP 2002

385. Preliminarmente, in merito all'eccepta competenza dell'Autorità a valutare comportamenti anticoncorrenziali posti in essere da un'impresa nell'ambito di una gara a evidenza pubblica si osserva, in senso contrario, che - come ribadito da consolidata giurisprudenza - l'Autorità è investita di una competenza generale in materia di tutela della concorrenza e del mercato che, con la sola eccezione del settore bancario in senso stretto (articolo 20, legge n. 287/1990), si estende a tutti i settori compreso, quindi, quello degli appalti pubblici¹⁸³, nonché quello delle telecomunicazioni, nonostante l'esistenza di una regolamentazione settoriale¹⁸⁴.

386. Il Tar e il Consiglio di Stato hanno, infatti, espressamente chiarito, non solo la completa indipendenza e non interferenza reciproca tra il giudizio sulla legittimità del provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico e l'eventuale accertamento di condotte anticoncorrenziali svolto e sanzionato dall'Autorità, ma hanno anche ripetutamente chiarito l'incompetenza delle stazioni appaltanti¹⁸⁵ a "effettuare in sede di aggiudicazione definitiva, un controllo sulla

¹⁸² *[Si tratta delle condizioni tecniche di fornitura del servizio, quali i tempi di attivazione (cd provisioning), i tempi di risposta ai disservizi (cd assurance) ed i tempi di disponibilità del circuito.]*

¹⁸³ *[Cfr. da ultimo Consiglio di Stato, sentenza 2 marzo 2004, n. 926, Pellegrini/Consip.]*

¹⁸⁴ *[Con riferimento al problema dei rapporti tra la normativa antitrust e normativa di regolamentazione del settore delle telecomunicazioni, in particolare, il Tar Lazio ha ampiamente chiarito come il rapporto tra diverse discipline che perseguono tutte finalità concorrenziali non sia di reciproca esclusione ma di necessaria complementarietà, cfr. la sent. del Tar Lazio, 13 dicembre 2001, n. 11321.]*

¹⁸⁵ *[La valutazione rimessa alla stazione appaltante dall'art. 25, D.Lgs n. 157/1995 attiene, precisamente, al profilo dell'attendibilità economica dell'offerta nel suo complesso, restando ad essa del tutto estraneo sia*

sussistenza di eventuali illeciti antitrust a meno che non sia intervenuta una decisione espressa dell'Autorità garante, ovvero una sentenza della Corte di appello territoriale (ex articolo 33, l. n. 287 del 1990) che abbiano accertato la presenza di un siffatto illecito [...]. La normativa di settore affida solo all'Autorità garante ed alle Corti di appello territoriali il compito ed i poteri di accertare tali peculiari illeciti; sarebbe quindi illogico, oltre che *praeter legem*, richiedere alle stazioni appaltanti un impossibile accertamento antitrust¹⁸⁶.

387. La competenza dell'Autorità ad applicare la normativa *antitrust* anche a condotte d'impresa restrittive della concorrenza poste in essere nel contesto di gare di evidenza pubblica ha quindi trovato puntuale riscontro nella sentenza del TAR Lazio che ha rigettato il ricorso di TI avverso il provvedimento di avvio del presente procedimento (sentenza n. 6885 del 14 luglio 2004, in particolare da pagg. 16 a 24, a cui si rinvia per brevità espositiva).

Pertanto, deve essere affermata la piena competenza dell'Autorità a valutare la liceità dei comportamenti di impresa nell'ambito delle gare di evidenza pubblica.

2.1.2. La corretta metodologia di valutazione della replicabilità o meno dell'offerta CONSIP.

388. Come accennato più sopra, occorre preliminarmente esaminare le argomentazioni formulate da TI in merito all'impostazione da seguire nella valutazione della replicabilità.

Si ricorda, infatti, che le conclusioni dell'"*Analisi dei calcoli effettuati da Telecom Italia sulla profittabilità e replicabilità della gara CONSIP*" di Nera circa la profittabilità e replicabilità dell'offerta di TI per la gara CONSIP sono basate sulle seguenti ipotesi generali:

- *Ipotesi di valutazione complessiva dell'offerta di TI*, e ciò sia in quanto il bando di gara, nella sua formulazione, richiedeva, pena l'esclusione, che l'offerta riguardasse tutti i servizi richiesti e che la CONSIP avrebbe dovuto effettuare un valutazione relativa alla redditività dell'offerta complessiva a livello aziendale, sia in quanto l'offerta aveva in sé natura integrata fra diversi servizi.

- *Ipotesi relative alla necessità di applicare un decalage sui costi di rete definiti all'inizio del periodo*, in considerazione della natura pluriennale dell'offerta, in un contesto di costante decremento almeno dei costi regolamentari;

- *Ipotesi di abbattimento parziale, se non di eliminazione, di alcune componenti di costi commerciali e/o operativi (marketing, fatturazione)* in considerazione del fatto che TI era già il fornitore del cliente "Pubblica Amministrazione" e che per valutare correttamente l'offerta andavano imputati solo i costi incrementali o "evitabili";

- *Ipotesi relativa all'eliminazione, dal computo dei costi dei concorrenti, dei costi esterni di rete derivanti dall'acquisto di "Kit e i circuiti di interconnessione"*, in quanto l'analisi di replicabilità sarebbe da compiersi con riferimento ad un concorrente "efficiente" e quindi non deve tenere conto di questi costi¹⁸⁷.

-La necessità di valutare la replicabilità dell'offerta di TI nella Gara CONSIP per le singole componenti di offerta e in tale ambito per singole direttrici di traffico

"l'esame relativo al potere di mercato delle imprese partecipanti alla gara quanto una puntuale e analitica verifica della struttura dei costi effettivamente sostenuti dalle stesse per realizzare i servizi oggetti della fornitura". Cfr. doc. n. 387.15, cit.]

¹⁸⁶ [Cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 3368/2002 cit e sentenza, 17 maggio 2002, n. 5714/2002. Tale orientamento giurisprudenziale è stato, da ultimo, confermato nella sentenza del Consiglio di Stato del 2 marzo 2004, n. 926, ribadendo che: "in alcun modo interferisce con le competenze dell'Autorità la disciplina penale ed amministrativa relativa alle gare, che opera su un piano diverso rispetto a quello della concorrenza". I due tipi di valutazione, infatti, vertono su oggetti completamente diversi trattandosi, nel caso dell'accertamento antitrust, di prevenire o reprimere distorsioni della concorrenza eventualmente causate dalle condotte di gara delle imprese partecipanti e, nel caso della valutazione delle offerte anormalmente basse da parte della stazione appaltante, di accertare la congruità dell'offerta economica della società aggiudicataria della gara per verificare la piena affidabilità della sua proposta contrattuale, così da evitare il rischio di possibili inadempimenti e assicurare la continuità del servizio appaltato.]

¹⁸⁷ [Si ricorda che TI fa coincidere il concetto di efficienza in quello di completa integrazione di rete.]

389. In primo luogo, con riferimento alla problematica generale relativa alle modalità di valutazione di offerte integrate nei servizi finali effettuate da operatori che siano in posizione dominante sui mercati della fornitura degli *input* intermedi ai propri concorrenti sui mercati a valle, occorre rilevare che l'accoglimento dell'impostazione seguita da TI postula implicitamente la legittimità della realizzazione di forme di sussidiazione incrociata fra le offerte di diversi servizi.

A tale riguardo, vale tuttavia osservare che, in linea generale, tale possibilità, ancorché legittima nel caso di operatori che non ricoprono posizioni di dominanza nei mercati interessati, deve considerarsi viceversa illecita, ai sensi della normativa sulla concorrenza, per operatori in posizione dominante.

390. In ragione della natura di dominanza che tali operatori possiedono sui mercati a monte, essi sono regolamentati nell'offerta degli input necessari a offrire i servizi a valle al fine di garantire un corretto esercizio della concorrenza sui relativi mercati.

D'altra parte, considerare la replicabilità dell'offerta nel suo complesso non consente di fare emergere un'attività di sussidiazione incrociata la quale riflette un'assenza di corrispondenza fra prezzo e costo per ciascun servizio, che a sua volta appare vanificare il raggiungimento dell'obiettivo pro-concorrenziale della regolamentazione del prezzo degli input.

Conseguentemente, si ritiene che dal punto di vista concorrenziale una corretta analisi richieda che venga valutato il rapporto fra prezzi di offerta e costi sottostanti servizio per servizio, ovvero la replicabilità per ogni servizio offerto.

391. In linea più generale, si deve peraltro osservare come tale principio sia largamente condiviso; esso, ad esempio, ha costituito la base delle conclusioni sviluppate dal regolatore inglese, OFCOM, al termine di una consultazione pubblica iniziata nell'ottobre 2003 in materia di prezzi praticati dall'*incumbent* British Telecom per i servizi offerti all'utenza aziendale, ovvero diretta a valutare "*whether British Telecommunications plc (BT) should be permitted to offer discounted prices (relative to published stand-alone prices) for bundles of business services where bundles include some services which are from markets where BT has Significant Market Power (SMP)*"¹⁸⁸.

392. Occorre precisare che la consultazione in parola rispondeva a preoccupazioni di natura tipicamente concorrenziale, in quanto "*where a dominant supplier is not obliged to offer uniform prices to all broadly comparable customers, he may choose to recover all common costs from customers in areas of non existent competition while pricing down to incremental cost where he is faced with competition*"¹⁸⁹. Sempre secondo quanto rilevato dalla Ofcom, questo tipo di preoccupazione concorrenziale - connessa alla possibilità aperta all'operatore dominante di porre in essere sussidi incrociati - è tanto più rilevante nel settore delle comunicazioni elettroniche, considerato che spesso i costi comuni sono da ritenersi prevalenti rispetto ai costi incrementali¹⁹⁰. In altri termini, si ritiene che la stessa struttura dei costi prevalente sulla generalità dei mercati del settore delle comunicazioni elettroniche offra ampie opportunità per comportamenti discriminatori di carattere escludente.

393. Le conclusioni raggiunte in merito ai criteri di valutazione dell'ammissibilità di tali pacchetti di servizi dal regolatore inglese è articolata distinguendo i casi in cui le offerte congiunte contengono esclusivamente servizi afferenti a mercati sui quali l'*incumbent* gode di una posizione

¹⁸⁸ [Ovvero diretta a valutare se fosse consentito a BT di offrire pacchetti di servizi contenenti servizi offerti su mercati in cui BT detiene una Notevole Forza di Mercato a prezzi ridotti rispetto ai prezzi pubblicati per ciascun singolo servizio Cfr. "Ofcom BT's pricing of services for business customers" del 15 ottobre 2003.]

¹⁸⁹ [E cioè "se un operatore dominante non è obbligato praticare prezzi uniformi a tutti i concorrenti in condizioni equivalenti, egli potrebbe scegliere di recuperare tutti i costi comuni dai consumatori in aree dove la concorrenza è assente, ed allo stesso tempo praticare prezzi inferiori ai costi incrementali laddove si trovi ad affrontare la concorrenza".]

¹⁹⁰ [Cfr. punto 4.12, doc. cit.]

dominante¹⁹¹, rispetto ai casi in cui sia possibile rinvenire, accanto a questo tipo di componenti, anche componenti per le quali, viceversa, l'*incumbent* sia esposto alla concorrenza di altri operatori.

394. Nel primo caso "Ofcom would require that all discount schemes which bundle services from SMP markets must pass a net revenue test, i.e. the scheme can reasonably be expected to generate revenue at least equal to revenue which would have been generated by prevailing stand alone prices. [...]where the test is not met this would suggest anti competitive behaviour [...]"¹⁹².

395. Le conclusioni raggiunte dall'Ofcom, con riferimento ad offerte che comprendano servizi regolamentati (cioè relativi a mercati in cui BT abbia SMP) e non regolamentati sono state che "Ofcom would also require BT to ensure that a bundle or discount scheme is capable of passing appropriate implicit price-cost tests where BT still retains SMP in respect of an element within the bundle. The implicit pricing of non SMP elements of a bundle below cost, when these elements are offered in conjunction with a service from a market where BT has SMP, would enable BT to leverage its dominance into those non SMP markets excluding competitors from those markets"¹⁹³.

396. Secondo Ofcom nelle circostanze descritte vi deve essere una conferma che nessun servizio o gruppo di servizi appartenente al pacchetto è offerto in perdita, conferma che deve essere data attraverso un "*implicit price-cost test*" sui singoli servizi offerti in condizioni di dominanza e sull'insieme di servizi che pur appartenendo al medesimo pacchetto, afferiscono a mercati sui quali il soggetto non è dominante. Se così non fosse, il rischio è che il dominante stia facendo leva sul potere di mercato detenuto laddove è dominante per estendere la propria posizione di forza su quelli in cui non lo è ancora, offrendo servizi in perdita.

Si deve peraltro sottolineare che tale conclusione viene mantenuta anche qualora la selezione del contraente sia effettuata mediante meccanismi di gara¹⁹⁴.

397. Occorre rilevare che il comportamento prescelto da TI in gara, di formulare un'offerta economica che non rispecchiava i principi concorrenziali più sopra espressi, aveva delle implicazioni restrittive della concorrenza che si estendevano oltre l'ambito specifico della gara.

Si deve infatti ricordare che nella formulazione della sua offerta TI è stata tenuta a indicare per ogni componente di servizio e per ogni direttrice di traffico i singoli prezzi unitari. Tale indicazione risultava necessaria, in primo luogo, perché gli ordinativi delle singole amministrazioni tenute ad aderire alla Convenzione avrebbero mostrato articolazioni differenti in funzione delle specifiche

¹⁹¹ [La definizione di SMP market adottata dal regolatore inglese appare trasponibile nel quadro regolatorio nazionale nella definizione di servizi regolamentati, in quanto il riferimento è a servizi per i quali in relazione all'esistenza di un significant market power in capo all'incumbent è presente una regolamentazione specifica.]

¹⁹² [E cioè "Ofcom richiederà che tutti i pacchetti di servizi scontati che offrono congiuntamente servizi afferenti a mercati sui quali l'operatore dominante gode di un potere di mercato debbano passare un test fondato sui ricavi netti, ossia che i ricavi netti che si ritiene ragionevolmente possano scaturire dal pacchetto siano perlomeno uguali ai ricavi netti che sarebbero generati dai prevalenti prezzi dei singoli servizi componenti il pacchetto. Ove tale condizione non fosse soddisfatta se ne dovrebbe dedurre l'esistenza di un comportamento anticompetitivo [...].]

¹⁹³ [E cioè "Ofcom richiederà a BT di assicurare che uno schema di sconto sia in grado di superare un opportuno test implicito di prezzo sul costo laddove BT detenga ancora una Notevole Forza di Mercato rispetto ad un elemento contenuto nel bundle. Il fissare prezzi impliciti sottocosto di elementi non SMP di un bundle, quando questi elementi sono offerti congiuntamente con un servizio in cui BT ha Notevole Forza di Mercato, renderebbe BT capace di sfruttare la propria dominanza nei mercati nei quali non detiene notevole forza di mercato escludendo i concorrenti da tali mercati".]

¹⁹⁴ [Infatti, nel citato Statement Ofcom precisa che la conclusione generale raggiunta dal regolatore inglese riguardo alla commercializzazione dei servizi diretti all'utenza Business è che "no distinction can reliably be drawn between a contract placed after tendering and contracts placed by other means", sicché non occorra definire criteri particolari riferiti modalità di selezione del concorrente mediante gara. Il regolatore inglese, in particolare, non rileva motivazioni sufficienti per affermare che le offerte in ambito di gara possano costituire un'eccezione rispetto al criterio generale secondo il quale "any bundled offer which includes services from a market where BT has SMP should be required to pass an implicit price-cost test".]

esigenze di ciascuna; in secondo luogo, perché anche le amministrazioni locali, le quali non sono vincolate ad aderire alla Convenzione CONSIP, erano obbligate, dal momento dell'aggiudicazione della Gara, a utilizzare come base d'asta i prezzi unitari risultanti dalla Convenzione per ciascuna componente di offerta - e, quindi, per ciò che nell'ambito della gara CONSIP sarebbe stato qualificato come "fornitura parziale"¹⁹⁵.

Quest'ultima circostanza implica che tutti gli operatori concorrenti di TI, in sede di predisposizione delle singole offerte successive all'aggiudicazione della gara CONSIP, si sono dovuti confrontare con i prezzi disarticolati per componente espressi da TI in sede di gara. Tali prezzi quindi costituiscono necessariamente elementi di valutazione specifica della replicabilità di ciascun servizio offerto¹⁹⁶.

Di conseguenza, gli effetti escludenti associati ai comportamenti di prezzo di TI nell'ambito della gara CONSIP non possono essere compiutamente valutati restringendo l'esame ad una valutazione di replicabilità dell'offerta nel suo complesso.

398. Tutto ciò premesso, appare evidente che l'unico comportamento concorrenzialmente corretto da parte di TI, vale a dire atto a consentire che i concorrenti potessero gareggiare in condizioni di parità con l'operatore dominante su tutti i mercati cui appartenevano i servizi messi a gara, era quello di formulare un'offerta che presentasse prezzi, almeno relativamente ai servizi di natura regolamentata (ovvero per la fornitura dei quali TI è sottoposta al rispetto di particolari obblighi regolamentari derivanti dalla sua posizione di dominanza sul mercato) che singolarmente dovessero coprire i relativi costi.

Infatti, se è pur vero che la stazione appaltante non consentiva un'offerta parziale dei servizi messi a gara e, pur richiedendo di dettagliare i prezzi per ciascun singolo servizio, in sostanza valutava come condizione sufficiente che l'azienda garantisse la redditività della fornitura nel suo complesso, non può dimenticarsi in primo luogo, che le condizioni stabilite dalla CONSIP non possono considerarsi specificamente indirizzate alla tutela della concorrenza, avendo viceversa come fine ultimo quello di garantire la legittimità della procedura di gara e la continuità della fornitura¹⁹⁷, e in secondo luogo, che su TI, in virtù della posizione dominante detenuta nei mercati di riferimento, incombevano, nel dovuto rispetto della normativa sulla concorrenza, obblighi particolari e aggiuntivi rispetto agli altri operatori.

Peraltro, occorre rilevare che la circostanza che il comportamento di prezzo tenuto da TI nell'ambito di Gara, portando alla definizione di condizioni economiche che hanno trovato applicazione ben oltre il ristretto alveo della Pubblica amministrazione centrale interessando il complesso dei mercati dei servizi diretti all'utenza business, pubblica e privata, porterebbe comunque a escludere che ogni sua valutazione di legittimità dal punto di vista della procedura ad evidenza pubblica possa incidere sulla valutazione concorrenziale dello stesso.

399. Al fine di sgombrare il campo dall'obiezione sollevata da TI, secondo la quale l'imposizione di un obbligo a formulare un'offerta replicabile per direttrice, avrebbe comportato la soppressione di qualsiasi margine di discrezionalità nella formulazione di offerte pubbliche, si ricorda la formulazione dell'offerta economica è da ritenersi comunque nella piena discrezionalità di ciascun partecipante, in quanto l'impresa dominante è tenuta a un determinato comportamento di prezzo

¹⁹⁵ *[Si ricorda che fino alla finanziaria del 2004, le amministrazioni locali erano tenute a porre a base d'asta per tutte le gare i prezzi di riferimento Consip e qualora non fossero emerse offerte economicamente più vantaggiose erano tenute ad aderire alla Convenzione con TI. Dal 2004 alle amministrazioni è stata attribuita la facoltà di condurre una valutazione in base ai parametri qualità/prezzo, sempre però prendendo a riferimento la convenzione Consip.]*

¹⁹⁶ *[Peraltro, come già ricordato, TI ha formulato offerte relative alla sola componente traffico fonia a numerosi clienti con le condizioni economiche del "listino CONSIP", in alcuni casi anche precedentemente all'effettiva aggiudicazione della gara stessa.]*

¹⁹⁷ *[cfr. verbale CONSIP]*

solo in relazione alle componenti dell'offerta per le quali essa determina il costo (regolamentare) da sostenersi per i concorrenti¹⁹⁸.

400. Infine, si rileva che TI non ha in alcun modo cercato di giustificare la razionalità economica della scelta effettuata di articolare un'offerta ripartendo i ricavi in modo da non assicurare la replicabilità dei singoli servizi, sicché il comportamento attualmente appare privo di qualsiasi giustificazione razionale diversa da quella che è possibile evincere dalla documentazione raccolta in sede ispettiva (della quale si darà ampio conto in seguito), ossia che essa abbia posto in essere una strategia consapevolmente discriminatoria e escludente ai danni della concorrenza.

401. Ulteriore conferma della circostanza che gli effetti restrittivi dei comportamenti di TI, consistenti nella formulazione di un'offerta per i singoli servizi incoerente rispetto ai costi regolatori sottostanti, non possono essere valutati in maniera circoscritta all'ambito della specifica gara deriva dalla circostanza - descritta in fatto e della quale sarà data ampia valutazione in seguito - che il vettore dei prezzi unitari disarticolati per componente e per direttrice di traffico a partire dal 2003 ha cominciato a trovare una generalizzata applicazione nei riguardi dell'utenza affari privata di fascia alta, sino a divenire "*il pricing di riferimento sul locale/nazionale*" (doc. n. 161.7). Come sarà più ampiamente illustrato in seguito, nel novero dei soggetti che hanno goduto dell'applicazione di tali condizioni per il traffico voce ricadono anche i sottoscrittori di contratti contenenti una clausola di adeguamento automatico alle migliori condizioni di mercato.

Pertanto, TI era da ritenersi pienamente consapevole della circostanza che i prezzi prevalenti nell'ambito della gara Consip avrebbero interessato una parte rilevante della clientela non solo pubblica, ma anche privata. Infatti si ricorda che i documenti ispettivi mostrano che le Direzioni commerciali di TI ritenevano che la gara avrebbe esercitato un peso rilevante sul complesso dei servizi voce erogati nei riguardi dell'utenza business, stimando che si sarebbe registrata una elevata adesione alle condizioni CONSIP in termini di clienti e di percentuale di traffico per ciascuna categoria di clienti Big, Executive e Business di primo livello (catalogati in Large, Platinum e Silver)¹⁹⁹.

- Le ipotesi di decalage

402. In relazione alla necessità di considerare per un'offerta pluriennale, il decremento dei costi dei fattori intermedi, in quanto nel settore delle comunicazioni i costi effettivi e regolamentari tendano a scendere nel tempo sicché "*esiste una base di evidenza comune ai concorrenti, che rende possibile costruire ragionevoli previsioni sull'evoluzione futura dei costi*"(doc. 355.14), TI e Nera hanno adottato specifiche ipotesi:

¹⁹⁸ [Sul punto si ricorda che il Tar della Puglia, nella sentenza del 24 settembre 2003, n. 3996/2003, cit. in memoria finale da TI e, in replica a quest'ultima in audizione finale, da ALBACOM e COLT, ha affermato che Tar che, nell'ambito di una offerta composta da servizi regolamentati e non (in cui, tra l'altro, i servizi regolamentati erano assolutamente marginali rispetto a quelli non regolamentati), TI avrebbe potuto comunque partecipare alla gara e presentare una offerta competitiva operando sui margini dei servizi non regolamentati. Più precisamente, il TAR ha stabilito che "[o]ggetto dell'appalto è un servizio ad alto valore aggiunto [...] poiché comprende i servizi di trasporto ed interoperabilità che non sono soggetti alla disciplina fissata dalle delibere AGCom n. 59/02 e n. 711/00 invocate dalla ricorrente [TI], e poiché l'offerta concerne il prezzo pieno del servizio finale comprensivo sia dell'acquisto dei servizi con tariffe regolamentate che l'attivazione dei propri servizi non regolamentati [...] è evidente che, ferme restando le tariffe non modificabili dei servizi base [quelli regolamentati-ndR], nessuna limitazione era imposta alla ricorrente [TI] in sede di offerta economica dei servizi aggiuntivi non regolamentati...". Il TAR ha poi osservato nella sentenza come la stessa ingiustificata impugnativa di TI fosse sostanzialmente diretta "...ad ostacolare la concorrenza nell'offerta dei servizi oggetto della gara d'appalto", servizi che evidentemente essa aveva offerto fino ad allora alla PA locale senza problemi di concorrenza.]

¹⁹⁹ [Per le sole categorie Big ed Executive, infatti, si prevedeva un'adesione pari rispettivamente al 61,5% e 70,6% dei clienti, corrispondente al 72% e al 65,7% del traffico voce complessivo. Il peso in termini di percentuale del traffico della gara CONSIP sul totale del traffico voce Executive e Business di TI era invece stimato come pari al 63% (doc. 79.4, pag.2).]

a) di decalage per i costi dei servizi di interconnessione (raccolta e terminazione), nonché per la terminazione su reti internazionali, pari al 3,5%;

b) di decalage per i costi dei servizi di terminazione su mobile, pari al 15% annuale.

403. Con riferimento alla prima componente di costo, pur non questionandosi l'ipotesi generale, si deve osservare che le ipotesi adottate, sebbene possano trovare una giustificazione nell'ambito dell'analisi di redditività, non si attagliano ad un'analisi di replicabilità. Ciò in particolare alla luce dell'asimmetria informativa fra TI e i suoi concorrenti in relazione ai costi regolatori della stessa TI, che indubbiamente esisteva al momento della definizione dell'offerta CONSIP, e, quindi, in relazione alle possibili riduzioni dei costi di interconnessione, da sostenersi nel periodo di fornitura della commessa, che l'AGCOM avrebbe potuto imporre, alla luce della contabilità regolatoria presentata annualmente da TI.

404. Si ricorda, infatti, che al momento della presentazione dell'offerta CONSIP solo TI, in virtù della sua natura di operatore verticalmente integrato, risultava in grado di formulare un'offerta con un ragionevole grado di certezza circa i valori prospettici dell'interconnessione. Viceversa, tutti gli altri operatori si trovavano di fronte a determinati costi di rete definiti nell'ambito dell'offerta di interconnessione, senza che vi fosse stato alcun riscontro da parte dell'AGCOM e senza che vi fosse alcuna evidenza dei costi regolatori sottostanti. Considerato che al momento della formulazione dell'offerta TI, a differenza degli altri operatori, aveva informazioni in merito ai costi regolatori a consuntivo 2001 che avrebbero formato la base per la valutazione dell'offerta di interconnessione pubblicata da TI, si rileva che esiste un'importante asimmetria informativa tra TI e gli altri operatori anche riguardo al possibile andamento futuro dei costi di interconnessione.

405. Riguardo viceversa alla seconda ipotesi relativa alla riduzione, nel tempo, dei costi della terminazione fisso-mobile essa appare discutibile nella sua stessa essenza. Infatti, i valori di terminazione fisso-mobile, che gli operatori si trovavano a fronteggiare al momento della formulazione dell'offerta, avevano avuto definizione regolatoria con la del. AGCom 388/99; all'epoca dei fatti in esame, era in discussione una nuova delibera in materia (delibera AGCom n.47/03), che, adottata solo nel febbraio del 2003, disponeva una riduzione a tantum dei suddetti valori solo a partire dal 1° giugno 2003, e indicava in un considerando senza alcuna corrispondenza nel dispositivo finale, la possibilità di applicare per il futuro, subordinatamente al completamento delle analisi di mercato nel nuovo Quadro Regolatorio, una riduzione del 10% annuo per tre anni.

Non appare quindi condivisibile la stessa ipotesi che, a fronte dell'assenza di qualsiasi obbligo regolamentare per i gestori radiomobili, di riduzione dei loro prezzi di terminazione, vi dovesse essere una generalizzata consapevolezza, da parte dei soggetti che partecipavano alla gara CONSIP, della possibilità di applicazione di un qualsiasi valore di *decalage* per tale componente di costo.

In ogni caso, appare del tutto irrealistico il valore prescelto nelle proprie stime da TI, di riduzione del 15% annuo. Peraltro, l'ipotesi di *decalage* presente nell'analisi di replicabilità svolta da TI non era ritenuta plausibile neanche dalla stessa TI, operatore che più di altri poteva avere una corretta percezione dell'andamento della riduzione effettiva dei costi nel tempo, in virtù dell'integrazione fisso-mobile in ambito di gruppo²⁰⁰.

406. Vale la pena di sottolineare che le circostanze su richiamate sono in aperto contrasto con quanto affermato in difesa di TI da Network Economics Consulting Group (NECG), secondo la quale "se le azioni di un operatore erano, ex-ante, legittime dal punto di vista antitrust, esse non possono essere ritenute anticoncorrenziali solo perché appaiono [tali] ex-post. In queste

²⁰⁰ [Peraltro, la stessa TI era ben consapevole già nell'agosto del 2002 della criticità dell'offerta relativa alla direttrice di traffico fisso-mobile, considerato che: "l'attuale prezzo di 288 lire/minuto è basato sull'ipotesi di un decalage annuale dei termination charge verso operatori mobili che, nella realtà, non si è concretizzata. Ciò rende tale tariffa già un limite di offerta per non incorrere nelle sanzioni della Autorità competenti in materia"(doc. n. 89.4). Il che non ha impedito a TI di presentare un'offerta addirittura inferiore a tale limite critico, ossia pari a 10,53 eurocent/ minuto per la direttrice fisso mobile.]

circostanze i danni ai concorrenti efficienti non possono essere attribuiti all'operatore, ma sono dovuti al modo in cui i fatti sono evoluti" (doc. 531.20, allegato 2). Nel caso di specie, infatti, TI godeva di un'importante asimmetria informativa riguardo ai costi che avrebbero costituito la base di calcolo per la valutazione di congruità dell'offerta di Interconnessione di riferimento e riguardo alla possibile evoluzione del valore della terminazione fisso-mobile nei periodi di vigenza dei contratti CONSIP.

-L'azzeramento di alcune componenti di costo non evitabili

407. Una delle ipotesi di maggior rilievo adottata da TI, che appare ampiamente discutibile, è quella secondo la quale sarebbe corretto l'azzeramento di alcune componenti di costo, ossia dei costi di *marketing*, di vendita e gli altri costi di struttura, *"in quanto comunque presenti sia in caso di vittoria o di sconfitta [nella gara, n.d.r]"*. Non appare, infatti, condivisibile la pretesa legittimità di un'azzeramento, nella formulazione dell'offerta da parte di TI, di tutti i costi di remunerazione dell'attività preparatoria della gara e degli altri costi di struttura, di *marketing* e di vendita, in quanto non recuperabili; e ciò sia la componente voce, sia per la componente dati (cfr. docc. nn. 86.4 e 87.4).

408. Peraltro, come rilevato dalla generalità dei concorrenti, tali costi assumono un rilievo determinante nell'analisi di replicabilità, in quanto si attestano tra il 15% ed il 20% dei costi di rete. Tale rilevanza, peraltro, trova riconoscimento anche in sede regolamentare, in quanto la stessa AGCOM ha inteso quantificare tale grandezza intorno al 35% dei costi di rete, nell'ambito della delibera n. 152/02/CONS sulla parità di trattamento.

409. Per quanto riguarda l'insieme dei costi di struttura occorre rilevare che se tali componenti di costo sono da intendersi come componenti fisse e quindi non evitabili, allo stesso tempo esse rientrano comunque tra i costi pienamente distribuiti che costituiscono la base per la contabilità regolatoria. Considerato che a tali componenti viene riconosciuta una remunerazione nell'ambito della contabilità regolatoria che forma la base per la valutazione da parte dell'AGCOM dell'orientamento al costo dell'offerta di interconnessione, tali componenti contribuiscono a formare la base di costo che il concorrente deve sopportare ogni qualvolta acquista *input* di rete da TI per formulare un'offerta alternativa a quelle di TI.

410. Inoltre, non si condivide la mancata inclusione nell'analisi di alcune categorie di costo rilevanti ai fini del test di replicabilità, ossia i costi di *marketing*, vendita e struttura. La partecipazione ad un rilevante bando di gara comporta un'indiscutibile attività aggiuntiva alla quale sono ineluttabilmente connessi dei costi incrementali. Si ricorda, infatti, che alla sola predisposizione dell'offerta risultano aver lavorato più divisioni interne di TI, dedicando ampie risorse a tale scopo. Similmente, appare discutibile la misura della riduzione del 60% dei costi di fatturazione e di *customer care*, posto che, come rilevato dalla generalità dei concorrenti si tratta di componenti difficilmente comprimibili nei riguardi della clientela *Business*, che richiede un'attenzione *post vendita* particolare.

411. Quanto precede dimostra che meritano rigetto, interamente o parzialmente, le ipotesi fondamentali sulla cui base TI ha sostenuto la propria analisi di replicabilità.

Nel seguito si evidenzierà la non replicabilità dell'offerta qualora questa sia correttamente considerata componente per componente.

Successivamente, si sottolineerà come tale risultato di non replicabilità appare coerente con le evidenze contenute in una serie di documenti ispettivi, predisposti in una fase antecedente alla gara, contenenti le simulazioni compiute dalla stessa TI per la definizione dell'offerta CONSIP.

Infine, si procederà alla dimostrazione del fatto che, anche se si accettassero le suddette ipotesi, e sulla base solo di alcune modifiche relative ad alcuni parametri utilizzati, l'analisi proposta da TI condurrebbe comunque ad un risultato di non replicabilità dell'offerta CONSIP, anche volendo accogliere precisazioni fornite dalla parte a replica della contestazione degli addebiti.

2.1.3 La non replicabilità dell'offerta CONSIP valutata con riferimento ai singoli servizi

412. Vale osservare che la stessa TI ha ammesso la non replicabilità di singole componenti dell'offerta (docc. n. 284.13 e 355.14)., laddove si abbandoni l'ipotesi di valutazione complessiva dell'offerta e si faccia riferimento alla replicabilità da parte di un concorrente di TI dell'offerta sui singoli servizi del bando di gara.

413. Infatti, riguardo ai servizi di fonìa, lo stesso rapporto di TI evidenzia un margine negativo per il concorrente, nel caso di applicazione dei prezzi di TI, pari a 4,12 milioni di euro, largamente ascrivibile alla componente fisso-mobile che mostra un margine negativo per il concorrente di circa 40 milioni di euro²⁰¹.

414. Con riferimento alla non replicabilità delle componenti di traffico fisso-mobile, vale infine osservare che solo TI aveva in concreto la possibilità di fissare un livello di prezzo tanto ridotto per questa direttrice di traffico²⁰², in quanto operatore appartenente ad un Gruppo integrato sui due mercati della telefonia fissa e della telefonia mobile. Malgrado TI abbia sostenuto la non profittabilità per se stessa della direttrice di traffico fisso-mobile²⁰³, si deve osservare che la logica che ha ispirato TI al momento della presentazione dell'offerta - come dimostrato dalla stessa documentazione interna- era una logica di gruppo, nella quale andavano considerati i ricavi e i margini tanto di TI quanto di TIM. In tale logica, in particolare, ciò che costituisce un costo per TI, vale a dire la terminazione su rete mobile, rappresenta un ricavo per TIM relativamente alla parte di traffico terminata sulla rete di quest'ultimo operatore. In tal senso, considerata l'elevata quota di chiamate da rete fissa terminate su rete TIM (48%, secondo i dati di fonte interna TI, cfr. doc. 79.4), appare evidente che TI gode di un particolare vantaggio competitivo rispetto agli operatori che risultano non integrati nella telefonia mobile (quale ad esempio ALBACOM) o che, pur integrati nella telefonia mobile, comunque, non mostrano un così elevato livello di chiamate da rete fissa terminate sulla propria rete (ad esempio, WIND). Considerata la natura strategica della componente fisso-mobile per la gara CONSIP (cfr. doc. 89.4), TI risulta aver sfruttato illegittimamente tale ulteriore vantaggio competitivo, attraverso la fissazione di un prezzo per questa componente di traffico tanto basso da non poter essere replicato dai concorrenti non integrati, se non sopportando forti perdite; perdite che, giova ripetere, TI non sopporta a livello di gruppo²⁰⁴.

415. Sempre nell'ambito delle componenti di offerta la cui non replicabilità trova riconoscimento esplicito anche da parte di TI, si ricorda che lo stesso studio prodotto da TI definisce un margine negativo dell'offerta di circa 9 milioni di euro per la componente delle linee affittate (giunzioni tra PABX).

416. Inoltre, come già illustrato, la documentazione interna acquisita nel corso delle ispezioni tende ad evidenziare la non replicabilità di almeno altre due componenti dell'offerta di TI, relative alla trasmissione dati e alla connettività IP, vale a dire i servizi di multiconferenza e quelli di *dial-up*. In relazione a tali servizi, una volta che si siano adottate le corrette ipotesi sui costi, si deve

²⁰¹ *[Peraltro, si deve evidenziare che il primo tentativo di ricondurre la natura sottocosto di tale componente alla trasformazione di parte del traffico fisso-mobile in mobile-mobile (avanzata durante l'audizione di TI del 5 agosto 2003) non sarebbe comunque valso a spiegare la discrepanza tra tariffe minutarie e costi imposti ai concorrenti per le altre direttrici di traffico. Tale linea di difesa è stata successivamente abbandonata dalla Parte, che ha negato di aver dato luogo ad una trasformazione del traffico fisso-mobile in mobile-mobile.]*

²⁰² *[Si rileva che il livello di prezzo per la direttrice fisso mobile determinato da TI per la gara Consip (204 lire/minuto) risulta inferiore persino ad una serie di valutazioni interne che prevedevano un valore di 270 lire/minuto (cfr. doc. 79.4).]*

²⁰³ *[Cfr. l'analisi di profittabilità svolta dallo studio Nera, in doc. n. 355.14.]*

²⁰⁴ *[Vale osservare che lo sfruttamento di tale vantaggio è illegittimo anche con riferimento a concorrenti integrati, quale, ad esempio, WIND, essendo rilevante non la semplice presenza di integrazione fisso-mobile, bensì l'associazione di tale integrazione con una posizione dominante su entrambi i mercati, di cui WIND, che ha certamente una quota di chiamate da rete fissa terminate sulla propria rete assolutamente inferiore a quella di TIM, non gode.]*

concludere per la non replicabilità anche delle componenti di offerta relative alla tabella 27 del Disciplinare di gara, servizi di multiconferenza (-13,22 milioni di euro), e alla tabella 31 dello stesso Disciplinare, servizi di accesso commutato (-1,91 milioni di euro).

417. Passando poi a considerare i servizi che l'analisi condotta per conto di TI ritiene offerti con prezzi replicabili dai concorrenti, questi consistono essenzialmente nei servizi di fornitura di linee telefoniche (accesso) e nei servizi di IP dedicato. In relazione alla prima tipologia di servizi, che rivestono un peso determinante, con un margine positivo per l'OLO di circa 35 milioni di euro, si deve tuttavia osservare che - come rilevato dal concorrente ALBACOM-, l'analisi di replicabilità condotta per conto di TI non ha preso in considerazione alcuna forma di remunerazione dei costi di investimento legati alla fornitura dei servizi voce e degli accessi in *unbundling*²⁰⁵. Tale ipotesi, del tutto irrealistica sul piano fattuale anche in considerazione della diffusione geografica della rete relativa alla pubblica amministrazione centrale e locale, esercita un impatto rilevante sulla valutazione di replicabilità dell'offerta.

418. Infatti, secondo le simulazioni effettuate da ALBACOM, riguardo alla componente "fornitura di linee di accesso" per il medesimo mix adottato nello studio di TI (28,7% RTG, 32,8% ISDN BRA e 38,5% ISDN PRA) dell'offerta di TI, l'introduzione dell'ipotesi di un costo di ammortamento degli investimenti necessari per realizzare l'ULL, evidenzerebbe un margine negativo (-1,780 milioni di euro),²⁰⁶ ribaltando il risultato di replicabilità evidenziato dalla Parte (34,5 milioni di euro).

2.1.4 La non replicabilità dell'offerta CONSIP valutata come offerta integrata.

a) La non replicabilità dell'offerta complessiva tenuto conto della documentazione interna di TI emersa nel corso dell'istruttoria

419. Occorre, inoltre, rilevare che anche qualora si adottasse la prospettiva proposta dalla difesa di TI, secondo il quale l'offerta Consip 2002 deve essere valutata avuto riguardo al complesso dei servizi - prospettiva che, come sopra ampiamente argomentato, si ritiene inadeguata ai fini della valutazione concorrenziale dei comportamenti di TI oggetto della presente istruttoria - comunque, una importante prova della non replicabilità dell'offerta è rinvenibile nella documentazione agli atti del procedimento, raccolta in sede ispettiva presso la Divisione Pubblica Amministrazione Centrale di TI, che ha materialmente predisposto l'offerta di gara. In particolare, ci si riferisce alla simulazione svolta dai gruppi di lavoro che hanno elaborato l'offerta di gara contenuta in un documento agli atti (doc. 89.4) che rientra nel complesso dei documenti preparatori interni redatti da TI in fase di formulazione dell'offerta²⁰⁷.

420. Occorre, in via preliminare, confutare la tesi della difesa di TI secondo la quale:

(i) il documento in parola sarebbe riferito a valori espressi in milioni di euro, piuttosto che a miliardi di lire; (ii) esso riguarderebbe non già l'intero perimetro dei servizi posti a gara, ma solo le componenti voce ed accessi, peraltro, prendendo in considerazione un'ipotesi di traffico 17 miliardi di minuti, diversa dai volumi massimi di traffico di 11 miliardi di minuti definiti dal capitolato di gara Consip.

Si ricorda che TI è stata sentita due volte in audizione su tale argomento (doc. nn. 511.19 e 515.19), proponendo delle interpretazioni parzialmente contrastanti e che successivamente ha proposto un esercizio (doc. 519.19) teso a falsificare la tesi sostenuta dagli uffici che il documento

²⁰⁵ [Si tratta essenzialmente dei costi di investimento per l'acquisto e installazione degli apparati di rete voce (centrali remote) nei siti indicati dal bando di gara e delle centrali principali aggiuntive destinate alla raccolta del traffico generato dalle centrali remote, costi di manutenzione degli apparati, costi di housing e di affitto dei siti. L'analisi di ALBACOM ipotizza un ammortamento di tali investimenti in 10 anni che corrispondono alla vita utile media di tali apparati e non già in relazione all'orizzonte di riferimento di 30 mesi assunto da NERA.]

²⁰⁶ [Si rileva che ALBACOM giunge a tale risultato partendo da un'ipotesi di ammortamento degli investimenti in 10 anni corrispondenti alla vita utile dal punto di vista tecnico-economico degli apparati (doc. n. 523.19).]

²⁰⁷ [Ci si riferisce qui all'insieme di documenti enumerati quali il 79.4, 86.4, 87.4, 89.4 e 92.4 che sono stati acquisiti nel corso delle ispezioni presso la Divisione PAC di Domestic Wireline che ha curato la elaborazione dell'offerta, e già ampiamente descritti nel par. 2.7.2.]

in parola fosse espresso in lire. Si rileva, peraltro, che successivamente all'invio delle CRI, la Parte non ha ripreso tale argomento nella memoria finale e solo al margine dell'audizione finale, ha confermato che TI ritiene, nella lettura del documento 89.4, che la valuta impiegata siano gli euro e non già le lire.

421. Occorre confermare in questa sede che le argomentazioni proposte da TI, volte a mettere in discussione la portata probatoria del documento in esame, non possono essere in nessuna maniera condivise in quanto evidentemente contraddittorie e fondate su analisi sbagliate. Infatti, in via preliminare, si rivela la contraddittorietà delle affermazioni contenute nei verbali di audizione (docc. nn. 511.19 e 515.19) e nelle risposte alle richieste di informazioni fornite da TI al riguardo (519.19), laddove TI afferma di non essere in "grado di reperire i soggetti che hanno lavorato ai gruppi di lavoro dedicati alla predisposizione dell'offerta Consip", sebbene la documentazione agli atti evidenzia un dettagliato quadro dei gruppi di lavoro che si sono incaricati del progetto, per poi indicare l'elenco dei nominativi dei soggetti che hanno preso parte a tale elaborazione²⁰⁸. Parimenti, si rileva che la scelta di valutare gli effetti in termini di redditività di uno scenario di traffico diverso - *di oltre il 63% più elevato* - rispetto a quello messo a Gara dalla Consip non trova giustificazione razionale.

422. Ma ciò che appare più rilevante è che diversi elementi desumibili dal complesso della documentazione raccolta nel corso delle ispezioni presso TI, contribuiscono ad affermare, contrariamente a quanto sostenuto dalla Parte, che la simulazione si riferisce a lire e non ad euro:

a) non è vero che in quel periodo i gruppi di lavoro effettuavano le loro considerazioni in euro²⁰⁹. Infatti, agli atti risulta un altro documento (n. 79.4, allegato n. 4) dal quale emerge lo studio di uno scenario *in lire*. Peraltro nello stesso documento (pagina 6) emergono valori esattamente coincidenti con il valore di 4,9 evidenziato nella simulazione contenuta nel doc. 89.4 alla voce "Altri ricavi da terminazione M/F lotto B" riferiti a TI (quali i ricavi di terminazione fisso da mobile TI DW pari a 4,9 miliardi di lire). Dalla pagina successiva del medesimo documento dove si analizza "Scenario TIM analisi economics su base minuti gara 2002 Lotto B" si evince un valore di Ricavi da traffico (pari a 124 miliardi di lire) molto prossimo al corrispondente valore evidenziato nella seconda parte della simulazione contenuta nel doc. 89.4 relativa alla situazione di TIM (Ricavi: Fatturato Consip 120,9).

b) il valore dell'offerta complessiva formulata da TI per la Gara Consip risulta molto prossima al valore di 909 miliardi di lire che nella simulazione di cui al doc. 89.4 viene riportato per evidenziare i ricavi di gara che deriverebbero a TI nell'ipotesi di aggiudicazione.

c) la voce "totale ricavi" nell'ipotesi che per entrambi i lotti la gara Consip sia aggiudicata a concorrenti di TI (colonna OLO-OLO) evidenzia il complesso dei costi esterni di rete²¹⁰ che un operatore concorrente di TI dovrebbe sopportare per offrire i servizi richiesti dalla Consip. Tale dato (670 miliardi, ossia 346 milioni di euro) sarebbe esattamente coincidente con quanto riportato in un altro documento agli atti del procedimento acquisito presso la Funzione Pubblica Amministrazione Centrale. Infatti, dal doc. 87.4 si evince che la replicabilità dell'offerta di TI da parte di un OLO è stata testata sulla base delle "risorse di rete che devono essere acquistate da Telecom Italia, quotate a prezzi noti e paritetici; tali costi ammontano a circa 346 milioni di euro".

423. Peraltro, la dimostrazione di TI della presunta incongruenza dei dati contenuti all'interno della simulazione di cui al doc. 89.4 con l'ipotesi che l'unità di misura sia la lira e non l'euro e che i volumi di traffico siano pari a circa 11 miliardi di minuti piuttosto che 17 miliardi di minuti (doc.

²⁰⁸ [Si ricorda che tale documentazione è stata acquisita presso la Funzione Pubblica Amministrazione Centrale, non si comprende perché mai il Direttore di tale funzione non sappia neppure chi ha lavorato sul progetto.]

²⁰⁹ [Nello stesso documento 89.4 si fa riferimento ora a valori espressi in euro (pagina 2 prime 4 righe), ora a valori espressi in lire (ad esempio il paragrafo "Considerazioni sulla strategia d'offerta" fa riferimento a prezzi in lire /minuto).]

²¹⁰ [Ossia i costi che l'operatore dovrebbe sopportare verso altri soggetti per l'acquisizione di risorse di rete.]

519.19, allegato 5), è basata su un errore materiale in grado di inficiare completamente le conclusioni alle quali si intendeva pervenire. Infatti, si basa su un'ipotesi inerente al numero di accessi mensili a base d'asta per la Gara Consip 2002 pari a 861.552. Viceversa tale valore corrisponde a tre volte il valore mensile dei canali equivalenti indicati dal bando (287.184) come valore massimo²¹¹. Se depuriamo da tale errore materiale i dati contenuti nell'esercizio proposto da TI, otteniamo valori incompatibili con le ipotesi che la valuta di riferimento siano gli euro e i volumi di traffico siano quelli prospettati da TI. Significativa risulta, al contrario, la circostanza che i risultati così ottenuti siano ben più compatibili con l'impostazione seguita nel provvedimento in oggetto, ossia con l'interpretazione della simulazione nel senso che essa riguardi il complesso dei servizi a gara e che i valori siano espressi in miliardi di lire.

424. Una volta sgombrato il campo da ogni possibile equivoco in merito alla veridicità ed alla interpretazione da attribuire ai dati contenuti nella simulazione in parola, occorre ribadire che da tale simulazione emerge in maniera evidente, in contrasto con la tesi di TI, la non replicabilità dell'offerta di TI per la gara Consip 2002, anche quando valutata come offerta integrata. Peraltro, la rilevanza di tale elemento probatorio risiede anche nella circostanza che da esso emerge una spiegazione dell'origine della rilevata incoerenza delle condizioni di prezzo definite da TI sui mercati dei servizi al dettaglio, con i prezzi praticati agli altri OLO per i fattori intermedi.

425. In particolare, come illustrato in precedenza, la simulazione di cui al documento 89.4 evidenzia che TI ha effettuato le sue scelte sulla base di una logica di gruppo che teneva conto distintamente dei costi, dei ricavi e dei margini derivanti a TI e TIM dalla partecipazione alla gara per il Lotto A e per il Lotto B.

Si ricorda che la simulazione effettuata in fase di predisposizione dell'offerta dai gruppi di lavoro evidenziava una valutazione della redditività della gara per il Gruppo Telecom sempre positiva, anche nell'ipotesi in cui TI e TIM non fossero riuscite ad aggiudicarsi alcun lotto.

²¹¹ *[L'esercizio viene proposto relativamente a due valori contenuti nella simulazione del doc. 89.4 ossia il valore di 1.242,1 di cui allo scenario "As is" e il valore di 909,7 riferito ai ricavi complessivi derivanti dalla gara Consip nello scenario TI/TIM. Entrambe le dimostrazioni proposte si basano su un numero di accessi mensili a base d'asta per la Gara Consip 2002 pari a 861.552. Viceversa tale valore corrisponde a tre volte il valore mensile dei canali equivalenti richiesti dal bando. L'equivoco nasce dal fatto che tale nel bando di gara si era ipotizzato un periodo minimo di 3 mesi come necessario per convertire tutti gli accessi in unbundling. Di conseguenza si era valutato che perlomeno per tre mesi tutte le linee sarebbero state valorizzate ad un canone mensile di 17,47 euro (canone medio valutato dalla Consip). Riguardo alla prima parte dell'esercizio, relativa allo scenario "As is", una volta depurata dall'errore materiale la tabella a pagina 2 della risposta di TI, la conclusione di TI relativa al risultato della simulazione facendo riferimento ai prezzi Consip 2000 ed alle quantità ed ai servizi Consip 2002, non può essere mantenuta. Infatti, il totale dei ricavi nello scenario "As Is" sarebbe pari a circa 1.026 miliardi di lire tale valore sarebbe quindi ben distante da quello 1.609 miliardi di lire evidenziato nell'esercizio condotto da TI. Se, invece, a 1.026 miliardi di lire (relativi alle sole componenti voce e canoni) aggiungiamo i valori delle altre componenti dell'offerta (circuiti, dati e multiconferenza), adottando l'ipotesi utilizzata in tutta l'interpretazione della simulazione condotta in questa sede, abbiamo un valore complessivo di 1.227 miliardi di lire che non si distanzia troppo dai 1.242 miliardi di lire evidenziati dalla simulazione di cui al doc. 89.4. Analoghe considerazioni possono essere svolte per quanto concerne la verifica effettuata da TI sul valore di 909,7 di cui allo scenario TI-TIM. Anche in questo caso se l'esercizio viene depurato dall'errore materiale consistente nell'aver triplicato i canali fonici, anche adottando tutte le altre ipotesi avanzate da TI nella tabella a pagina 3 dell'esercizio proposto in data 12 maggio u.s., avremmo un totale per fonia e canoni di 406 milioni di euro, che non si approssima ai 909 milioni di euro ipotizzati da TI. Viceversa se adottassimo tutte le ipotesi assunte da TI nell'esercizio acquisito agli atti in data 12 maggio 2004 (ossia che i valori sono espressi in milioni di euro, che i minuti di traffico sui quali è costruita la tabella sono 17 miliardi invece di 11 miliardi come richiesto dalla Consip, che la ripartizione tra ULL e CPS è di 60% e 40%) allora giungeremmo ad un valore di 617 milioni di euro, valore questo ben distante dai 909 milioni di euro dichiarati da TI nel corso dell'audizione del 7 maggio 2004. Si rileva che anche l'esercizio appare più fondato se si sostiene, riprendendo quanto affermato nello studio di NERA nella nota 21 a pagina 26, che TI aveva inizialmente computato erroneamente Ricavi e costi alla tariffa relativa all'ULL (pari a 10,74 euro /mese) per tutto il periodo del contratto (30 mesi) e sulla totalità delle linee. Se seguiamo tale linea di ragionamento la spesa complessiva per canoni relativa alla gara sarebbe di circa 179 miliardi di lire. Se a tale valore aggiungiamo i ricavi totali derivanti dal Traffico Fonia, Servizi dati e Circuiti, giungiamo ad un valore di 933,274 miliardi di lire. Tale valore si discosta dai 909 miliardi di lire di 2,5 punti percentuali ed è molto prossimo all'effettivo valore di aggiudicazione della gara espresso in lire (944,8 miliardi di lire).]*

426. Infatti, come evidenziato dal documento 89.4, in sede di formulazione dell'offerta della gara per il Lotto A ed il lotto B, TI aveva considerato la redditività di scenari alternativi, prendendo a riferimento non solo i ricavi netti derivanti alla società dall'aggiudicazione della gara (302,7 miliardi di lire), ma anche i minori ricavi netti connessi alla mera interconnessione ed all'acquisito all'ingrosso da parte del concorrente aggiudicatario di ulteriori *input* necessari alla prestazione del complesso dei servizi richiesti dal bando di gara (319,9 miliardi di lire), giungendo ad un saldo negativo (-17,2 miliardi di lire). Si ricorda che la mancata rivendita di fattori intermedi ai concorrenti si traduce in un costo opportunità per TI associato alla aggiudicazione della gara.

427. Nella tabella che segue si è semplificata la simulazione condotta da TI nel doc. 89.4 eliminando le componenti di ricavi e costi riferite al Lotto B e si sono presi in considerazione i due scenari relativi alla partecipazione di TI alla gara per il Lotto A (TI/OLO oppure OLO/OLO)I ricavi diretti della gara, ossia per erogazione dei servizi da parte di TI erano valutati in 909,7 miliardi di lire. Dal lato dei costi TI evidenziava costi interni complessivi connessi alla fornitura per 366,2 miliardi di lire (pari a 275 miliardi per la fornitura di input intermedi e 91,2 miliardi di lire per costi ulteriori relativi alla fornitura diretta dei servizi alla PA), e costi esterni di rete, ossia le quote da riversare ad altri operatori per 249,8 miliardi di lire. Considerando a mero titolo cautelativo anche il costo dei CDN, il ricavo complessivo al netto dei costi interni ed esterni connessi alla fornitura, sarebbe stato quindi pari a 288,1 miliardi di lire.

Ne conseguiva una valutazione di redditività positiva per l'offerta CONSIP nello scenario OLO/OLO.

Tab. 25. - Simulazione dei risultati associati a diversi esiti della gara CONSIP 2002* – Lotto A (valori espressi in miliardi di lire)

Gara Fisso	TI	OLO
Gara Mobile	OLO	OLO
Ricavi		
Fatturato CONSIP ed altri OLO	909,7	660,2
Costi		
Costi interni	366,2	275,0
Quote da riversare ad altri operatori	249,8	69,6
Costo CDN	5,6	5,6
Totale Costi	621,6	350,2
Tot. Conto economico TI A		
Ricavo Netto (ricavi- Costi esterni)	659,9	590,6
Risultato al netto dei costi interni	288,1	310,0

Fonte: doc. 89.4.

**La tabella è stata semplificata in modo da non tenere conto dei ricavi derivanti dal Lotto B, né della circostanza che il Lotto B potesse essere assegnato a TIM.*

428. Si ricorda inoltre che il documento citato evidenziava una forte discrepanza tra i ricavi derivanti dall'offerta di servizi di interconnessione ad altro operatore che si fosse aggiudicato la gara, ai fini dell'erogazione dei servizi richiesti dalla CONSIP (660,2 miliardi di lire) ed i costi interni che TI avrebbe dovuto sopportare (275 miliardi di lire) a fronte di tali ricavi. Come illustrato nella tabella, anche una stima conservativa che tenga conto di tutti i costi posti alla base della simulazione (ivi compresi, oltre ai costi interni, anche i costi dei CDN e le quote da riversare ad altri operatori, per un totale di 350,2 miliardi di lire), comporta per TI un margine positivo di almeno 310 miliardi di lire associato all'ipotesi di rivendita di fattori intermedi ai concorrenti aggiudicatari della Gara CONSIP.

429. Quindi la simulazione in parola evidenziava che TI avrebbe realizzato un margine (310 miliardi di lire) maggiore nel caso di non partecipazione alla gara rispetto a quello derivante dalla vincita della stessa (288,1 miliardi di lire).

Un risultato apparentemente controintuitivo di questo tipo trova spiegazione nel fatto che in quanto operatore che offriva interconnessione, TI avrebbe guadagnato di più limitandosi a offrire tali servizi sui mercati intermedi, piuttosto che operare sul mercato finale.

430. Tale risultato appare particolarmente interessante in quanto ad esso corrisponde una sostanziale non redditività dell'offerta CONSIP da parte di un OLO concorrente. Infatti, limitando l'attenzione alle sole voci direttamente riconducibili al Lotto A, risulta evidente la non replicabilità dell'offerta per un qualsiasi operatore concorrente che esibisca un grado di efficienza perlomeno pari a quello di TI.

431. Occorre, infatti, ricordare che il test di replicabilità utilizzato dallo studio prodotto per conto di TI al fine di dimostrare la replicabilità della gara Consip 2002 (doc. 355.14, all.1)²¹² viene fatto risalire a due pubblicazioni dell'OFTEL "The Application of the Competition Act in the Telecommunications Sector"²¹³, del gennaio 2000 e "The Oftel Response to DG Information Society's Working Document on unbundled access to the local loop"²¹⁴. In entrambi i documenti citati, l'OFTEL ²¹⁵ individua un criterio di replicabilità secondo il quale la condizione di efficienza dell'operatore concorrente richiede l'esistenza di una parità di trattamento tra le divisioni operative a valle di TI e gli OLO concorrenti²¹⁶. In altri termini il criterio di replicabilità

²¹² [Il fondamento teorico del test di replicabilità viene illustrato in una nota a piè di pagina dello studio citato nella quale vengono dapprima richiamati i criteri di valutazione del margin squeeze indicati dalla Commissione nella "Comunicazione sull'applicazione delle regole della concorrenza agli accordi di accesso al settore delle telecomunicazioni. OJC/265/02,22/8/1998", per poi discostarsene. Ai paragrafi 117 e 118, della Comunicazione su citata si riceve riversala seguente indicazione " [è] possibile provare il ricorso ad una [compressione dei prezzi] dimostrando che le divisioni operative a valle di proprietà dell'impresa dominante non sarebbero in grado di svolgere le loro attività in maniera remunerativa sulla base del prezzo praticato a monte ai suoi concorrenti dal braccio operativo di proprietà dell'impresa dominante"oppure "[è] possibile dimostrare l'esistenza di una compressione dei prezzi evidenziando che il margine tra la tariffa praticata per l'accesso ai concorrenti nel mercato a valle (comprese le eventuali divisioni operative a valle dell'impresa dominante) e la tariffa fissata dall'operatore della rete nel mercato a valle non consente ad un fornitore di servizi ragionevolmente efficiente nel mercato a valle di operare con normali livelli di profitto".]

²¹³ [Il paragrafo 7.26 dello studio OFTEL citato esamina i casi di price squeeze sostenendo che "Where a vertically integrated undertaking is dominant in an upstream market and supplies a key input to undertakings that compete with it in a downstream market, there is scope for it to abuse its dominance in the upstream market. The vertically integrated undertaking could subject its competitors in the downstream market to a price or a margin squeeze by raising the cost of the key input [...] and/or by lowering its prices in the downstream market. The integrated undertaking's total revenue may remain unchanged. The effect would be to reduce the gross margin available to its competitors, which might well make them unprofitable. In considering whether an undertaking is engaging in price squeezing in breach of the Competition Act, the Director General will consider whether the dominant undertaking would be profitable in the relevant downstream market if it had to pay the same input prices as its competitors."[sottolineatura aggiunta]]

²¹⁴ [Anche il paragrafo 9 della risposta OFTEL alla DG Information Society richiama la necessità di portare avanti un'analisi dei mercati a valle molto dettagliata ai fini di una "margin squeeze investigation". Ed, in effetti, afferma che "The purpose of a margin squeeze test is to establish that more efficient competitors are not being excluded from the market by an anti-competitive practice." Ma il test proposto dall'OFTEL per raggiungere tale obiettivo è sostanzialmente coincidente con quello indicato nel precedente documento e, prima ancora, nella citata Comunicazione comunitaria, ossia: "whether the incumbent's retail operation could trade viably if it had to pay the charges for access to the local loop borne by competitors and whether the revenues available to a competitor are the same as those available to the incumbent".]

²¹⁵ [Partendo dalla premessa che è necessario colpire le strategie di price squeeze adottate dagli operatori incumbent affinché l'accesso al local loop non sia nei fatti negato.]

²¹⁶ [In altri termini i suggerimenti derivanti dagli studi OFTEL citati indicano che nel momento in cui si verifica la replicabilità dell'offerta di un operatore incumbent non si può prescindere dai fattori che la sua divisione a valle dovrebbe acquistare per dar luogo all'erogazione del servizio qualora non fosse proprietariamente e societariamente integrata con l'operatore dominante sui mercati a monte.]

evidenziato dall'OFTEL, al quale lo stesso studio prodotto per conto di TI afferma di fare riferimento, richiede l'esistenza di un ricavo netto positivo per le divisioni commerciali dell'operatore dominante nell'ipotesi che esse debbano sopportare i medesimi costi gravanti sui concorrenti per l'acquisto di input intermedi e la fornitura diretta del servizio.

432. Applicando tale criterio al caso di specie, considerate le condizioni di prezzo praticate nell'offerta CONSIP e le condizioni di interconnessione fissate nell'OIR, dalle analisi interne di TI deriva che l'offerta nel suo complesso per il lotto A non era replicabile.

Infatti, dati i prezzi formulati da TI per l'offerta CONSIP, a fronte di un ricavo di 909 miliardi di lire, se la divisione interna di TI avesse dovuto sopportare i medesimi costi di un concorrente, e prescindendo dal computo dei costi dei CDN, avrebbe dovuto sostenere costi esterni di rete valutati in 249,8 miliardi di lire e costi di interconnessione e in generale per l'acquisto di input intermedi pari a 660,2 miliardi di lire registrando una perdita di circa un miliardo di lire senza considerare la necessaria attribuzione dei costi di rete interni, nonché dei costi operativi.

433. Considerato che tali elementi emergono direttamente da documenti preparatori dell'offerta predisposti dai gruppi di lavoro di TI, della quale si è dato ampiamente conto (cfr. docc. nn. 86. 4, 87.4 e 89.4), si deve ritenere che TI avesse piena contezza dell'effettiva entità dei costi associati all'erogazione dei servizi intermedi richiesti per la fornitura alla CONSIP e della relativa compressione dei margini ai danni dei concorrenti.

434. Inoltre, considerato che i prezzi di interconnessione praticati da TI ai concorrenti dovrebbero essere orientati ai costi, il risultato sopra riportato non può essere interpretato in altro modo se non nel senso che TI ha attuato un *price squeeze* ai danni dei concorrenti, attraverso la sopravvalutazione sistematica dei costi dei fattori intermedi fatti gravare sui medesimi rispetto a quelli attribuiti alle proprie divisioni commerciali.

b) La non replicabilità dell'offerta complessiva tenuto conto dell'analisi di TI

435. Si rileva che, anche a volere prescindere dalle valutazioni sin qui condotte in merito all'impostazione seguita nella valutazione della replicabilità dell'offerta complessiva da parte della società di consulenza per conto di TI, i risultati ai quali essa perviene non risultano comunque condivisibili. Infatti, essi si fondano sull'adozione di specifiche ipotesi che, alla luce delle risultanze istruttorie, non possono essere accolte.

Al fine di mostrare la non replicabilità dell'offerta di TI si è quindi adottata la medesima prospettiva generale dell'analisi condotta per conto di TI introducendo, però, alcuni correttivi nell'analisi quantitativa proposta dalle parti tendenti a correggere le ipotesi ritenute assolutamente non condivisibili.

- Gradualità nell'attivazione dell'ULL

436. Si ricorda che il capitolato di gara consentiva che, a partire dal terzo mese dall'aggiudicazione della gara, l'operatore potesse optare per la fornitura dell'accesso mediante ULL, anziché attraverso la preselezione automatica fornita da TI (CPS), fino ad un totale di 287.184 canali fonici mensili. Qualora il concorrente avesse optato per la fornitura in ULL tali attivazioni avrebbero dovuto essere effettuate tutte entro il 18° mese.

Nell'analisi si ipotizza l'attivazione di tutti i canali fonici in ULL a partire dal primo giorno del quarto mese e per tutti i 27 mesi successivi. Quindi il 51,5% del traffico totale sarebbe stato gestito dal concorrente in ULL mentre la parte restante mediante CPS. Lo studio ha ritenuto plausibile tale ipotesi perché l'utilizzo del local loop è molto più economico rispetto alla CPS e quindi esisterebbe un chiaro incentivo ad utilizzare tale modalità di accesso alla rete.

437. Tale ipotesi postula l'effettiva possibilità, da parte di un concorrente, di attivare istantaneamente un elevatissimo numero di linee in *unbundling*, possibilità che tuttavia non trova riscontro nella realtà dei fatti in quanto l'attivazione di una rete alternativa richiede necessariamente l'effettuazione di investimenti, così come l'attivazione simultanea di un elevato

numero di centraline (come quello richiesto dal bando CONSIP) richiede tempi tecnici sovente molto più lunghi di quelli ipotizzati da TI²¹⁷. Al riguardo Albacom ha infatti evidenziato come nella sua esperienza i tempi effettivamente impiegati da TI nel *provisioning* dei siti per la collocazione e nella fornitura dei doppini siano stati sostanzialmente più lunghi di quelli ipotizzati nello studio in parola (doc. 547.20). Tenuto conto della capillarità della rete richiesta dalla CONSIP per la PA, non è plausibile ipotizzare che i tempi di *provisioning* dell'ULL da parte di TI ad un OLO concorrente per la Gara CONSIP sarebbero stati diversi rispetto a quelli effettivamente registrati nel 2001 dalla stessa Albacom (204 giorni). Considerato che un operatore alternativo che avesse voluto prendere in carico la generalità delle linee richieste dal bando di Gara CONSIP (287.184 canali fonici mensili) difficilmente avrebbe ottenuto l'allestimento dei siti nei 100 giorni di tempo massimi previsti ai sensi della Delibera 13/00/CIR, l'ipotesi dell'attivazione di tutti i canali fonici in ULL a partire dal primo giorno del quarto mese non assolutamente realistica.

438. Peraltro, tale ordine di problemi doveva essere ben noto alla stessa stazione appaltante che, infatti, aveva previsto la possibilità di graduare nel tempo le attivazioni dell'ULL, oltre a consentire all'impresa di scegliere tra ULL e CPS.

439. Inoltre, tale ipotesi implicitamente postula l'adesione immediata della totalità delle amministrazioni già a partire dal terzo mese dall'aggiudicazione della gara. Tale elemento non trova riscontro nelle risultanze istruttorie che, viceversa danno conto dell'adesione automatica nel febbraio 2003 solo delle Amministrazioni che avevano già aderito alla convenzione precedente, per poi illustrare un'adesione graduale delle amministrazioni nel tempo (cfr. doc. 387.15)

440. Comunque, al di là di qualsiasi valutazione di carattere finanziario riguardo alla plausibilità della scelta a favore dell'*unbundling*, occorre rilevare che anche volendo accogliere l'ipotesi che l'OLO avrebbe optato per la presa in carico diretto dell'accesso sulla totalità delle linee a bando di gara, appare necessario sostituire l'ipotesi adottata da TI che non trova riscontro nella realtà dei fatti con l'ipotesi, che pur molto concede alla tesi della Parte di un passaggio graduale dalla CPS fino al 18° mese. L'ipotesi alternativa introdotta nell'analisi è, quindi, che le linee passino in *unbundling* nella misura di 1/6 nel 1° trimestre, 1/6 nel secondo trimestre, e così via fino al 6° trimestre incluso. Ciò ha conseguenze sui costi del traffico voce, in quanto diminuisce l'incidenza complessiva del traffico in *unbundling* (dal 50,5% ipotizzato da Nera al 36,5% circa²¹⁸), e cambia la ripartizione tra traffico in CPS e in *unbundling* nei vari periodi. La modifica ha conseguenze anche sui costi e ricavi del servizio di accesso, in quanto mutano i volumi in *unbundling* complessivi in alcuni periodi, e cambia l'allocazione temporale dei costi di installazione delle linee in *unbundling*.

- Attribuzione dei costi di Kit e Circuiti per il traffico internazionale e fisso-mobile

441. Come si ricorderà, nell'analisi di TI la replicabilità dell'offerta viene valutata assumendo l'ipotesi che il costo di Kit e circuiti di interconnessione (da sostenersi per i collegamenti alle centrali per poter fruire dei servizi di interconnessione) sia pari a zero. Tale ipotesi viene giustificata sostenendo che l'OLO dovrebbe dimostrare un'efficienza almeno pari a quella di TI ed è ovvio che TI non ha necessità di sostenere alcun costo per l'accesso fisico ai propri nodi di rete.

²¹⁷ [Peraltro, se si considera che l'orizzonte temporale necessario per recuperare tale tipo di investimento è, secondo l'analisi finanziaria proposta da ALBACOM, certamente superiore ai 30 mesi associati alla fornitura alla Consip (doc. n. 523.19), l'introduzione nell'analisi di una qualche forma di recupero di tali investimenti potrebbe far venire meno anche l'ipotesi connessa dell'esistenza di un incentivo economico per un operatore efficiente a passare dalla CPS all'ULL per tale tipo di fornitura. Quindi ciò porterebbe a riconsiderare, anche, la riduzione ipotizzata dallo studio NERA di circa il 30% del costo medio di rete esterno per il concorrente riguardo alla componente dell'offerta relativa al "traffico voce", per questa via rendendo più evidente la non replicabilità della componente voce.]

²¹⁸ [Ottenibile riproponendo la percentuale di Nera, valida per la sua ipotesi di volume [linee x mesi] complessivo in *unbundling*, al nuovo valore del volume.]

442. Pur nell'ottica di preservare le ipotesi generali adottate da TI anche in relazione a questo punto, non può applicarsi tale metodologia con riferimento ai costi per Kit e circuiti relativamente alla necessità di interconnessione su reti mobili e su reti internazionali. Si tratta di costi che tutti gli operatori, compresa TI, devono obbligatoriamente sostenere.

L'analisi è stata quindi corretta mediante l'introduzione dei costi relativi ai Kit e circuiti di terminazione relativi al traffico fisso-mobile e al traffico internazionale, e per quelle con addebito al chiamato da rete mobile e con addebito ripartito verso rete mobile, utilizzando a tal fine le stesse ipotesi di costo unitario adottate nello studio commissionato da TI.

- I valori di decalage sulla terminazione fisso-mobile

443. Come già evidenziato, l'analisi condotta nello studio commissionato da TI parte dall'ipotesi certamente poco realistica *ex-ante* e comunque non realizzatasi *ex-post*, che il *decalage* associato al costo di terminazione fisso-mobile in media per i 30 mesi di esecuzione del contratto sia pari al 15% annuale²¹⁹. Si ricorda che TI stessa non riteneva tale stima plausibile.

444. Si deve infatti ricordare che, al tempo di formulazione dell'offerta CONSIP, gli OLO concorrenti avevano evidenza solo dei prezzi di interconnessione per il fisso-mobile allora prevalenti sul mercato che, come evidenziato dalla del. 47/03/CONS ("*Revisione e meccanismi di programmazione dei prezzi massimi di terminazione praticati dagli operatori di rete mobile notificati e regolamentazione dei prezzi delle chiamate fisso-mobile praticati dagli operatori di rete fissa notificati*"), erano pari a 16,81 eurocent/min. per TIM e 17,06 eurocent/min. per Omnitel. La riduzione del prezzo massimo di terminazione del 10% l'anno avrebbe portato a determinare per gli anni 2003, 2004 e 2005 di durata della fornitura, a valori -al netto della componente di *retention-*, rispettivamente di 14,95 eurocent/min, 13,754 eurocent/min. e 12,654 eurocent/min. Come già chiarito in precedenza, peraltro, tali riduzioni non si sono mai verificate. L'ipotesi che nel seguito è stata adottata, di non abbandonare l'ipotesi di un decalage annuale del valore delle terminazione fisso-mobile nel periodo di durata della fornitura CONSIP, pur individuando un tasso di riduzione inferiore a quello palesemente irragionevole adottato nell'analisi NERA, appare quindi comunque una scelta analitica favorevole a TI.

- La corretta definizione dei costi relativi ai servizi di multiconferenza e di dial up

445. Si ricorda che il risultato di replicabilità dell'offerta complessiva viene verificato nello studio commissionato da TI prescindendo da un'analisi di dettaglio dei servizi di multivideoconferenza e di *dial-up*. In entrambi i casi, si argomenta che tali servizi hanno un peso complessivo sul totale dei servizi posti a gara modesto. Per il *dial up*, inoltre, si argomenta che un'analisi approfondita richiederebbe la conoscenza dei costi dei concorrenti per una varietà di prodotti e servizi non regolamentati. La replicabilità dell'offerta per questi due servizi viene assunta e vengono ipotizzati costi tali da generare margini pari a zero, dati i ricavi derivanti dall'offerta TI. Viceversa, il doc. 92.4 acquisto in sede ispettiva offre alcune ipotesi di costo per questi servizi, relative a TI stessa, ma del tutto traslabili sui concorrenti.

446. In particolare, la documentazione ispettiva attribuisce a TI costi complessivi per i servizi di multivideoconferenza pari a 13,76 mln. Euro e non già, come rappresentato nello studio commissionato da TI, di 0,54 mln. euro.

Per la componente accesso commutato (o in dial-up), il documento 92.4 evidenzia costi unitari diversi rispetto a quelli utilizzati da Nera, tali da generare costi complessivi pari a 9,3 mln. euro, contro i 7,39 mln. euro riportati nell'analisi di replicabilità a sostegno di TI.

²¹⁹ [TI, quindi, ipotizza per il 2003 un costo della componente terminazione di 14,73 eurocent/min., per il 2004 di 12,526 eurocent/min. e per il 2005 pari a 10,64 eurocent/min.]

447. L'analisi di replicabilità è stata, quindi, corretta mediante l'introduzione dei costi dei servizi di multiconferenza e del dial-up evidenziati dal doc. 92.4 in quanto, nel rispetto dell'ipotesi di entrata di un concorrente altrettanto efficiente di TI possiamo assumere tali dati come applicabili anche ad un concorrente. In particolare, per la multiconferenza sono riportati i costi operativi e i costi indiretti unitari per le varie categorie di servizio; essi sono stati moltiplicati per i volumi e attribuiti ai semestri, sulla base di un ripartizione in valori uguali dei volumi tra i vari semestri; sono riportati anche gli ammortamenti per unità di volume, per cui sono stati ottenuti gli investimenti complessivi relativi a questi servizi moltiplicando gli ammortamenti unitari per i volumi, ipotizzando poi che tali investimenti siano avvenuti all'inizio del periodo di gara, dunque nel 1° semestre 2003.

- I risultati ottenuti

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

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

449. La seguente tabella evidenzia l'analisi di replicabilità alternativa a quella proposta da TI nello studio citato, mediante l'introduzione delle ipotesi precedentemente descritte²²⁰:

²²⁰ [Che sono, sinteticamente: un passaggio progressivo dalla Carrier Preselection all'unbundling a partire dal terzo mese sino al diciottesimo; introduzione del costo di Kit e circuiti relativamente alla sola terminazione del traffico su reti mobili e su reti internazionali; l'adozione dei valori di terminazione fisso mobile effettivamente applicati nei 30 mesi di vigenza dei contratti stipulati in forza della gara Consip; la correzione dei valori dei costi relativi alla multiconferenza e al dial up.

Rispetto all'analisi di Nera, sono state, inoltre, apportate due lievi modifiche preliminari, tali da rendere più coerente l'analisi con le stesse ipotesi di Nera e del bando di gara senza incidere sulle ipotesi adottate sui dati grezzi: (i) per i PABX, NERA ha ipotizzato che le nuove installazioni avvengano nell'arco dei primi 18 mesi, ma poi ha suddiviso le mensilità totali del servizio poste a gara (ossia i volumi della tabella 30) su 30 mesi. I volumi sono stati riproporzionati nel tempo ipotizzando appunto che i vari impianti vengano installati gradualmente nei primi 18 mesi, dopo di che per ciascuno viene pagato il canone mensile sino alla scadenza del periodo di gara, mentre il canone di installazione viene pagato nel relativo mese; (ii) per l'accesso IP dedicato, l'analisi del bando di gara, e in particolare del rapporto tra installazioni e volumi (mensilità) mostra per ogni tipo di connessione che le mensilità previste per ogni accesso attivato sono pari a 24; di conseguenza, si è ipotizzato che ogni accesso venga attivato nel 1° semestre 2003, e in questo periodo venga pagato il contributo di installazione, e divenga operativo dall'inizio del 2° semestre 2003 sino al termine del periodo di gara, dunque per 24 mesi, durante i quali vengono pagati i canoni mensili. Nera ha invece ripartito i volumi uniformemente

Tab. 26. - Replicabilità complessiva dell'offerta di TI nella gara CONSIP secondo metodologia NERA sulla base delle ipotesi correttive adottate (Valori espressi in milioni di euro)

	1° semestre 2003	2° semestre 2003	1° semestre 2004	2° semestre 2004	1° semestre 2005
Ricavi	66,35	87,75	98,85	102,69	102,70
Costi	88,57	98,01	97,62	94,99	98,23
Flussi netti	-22,22	-10,26	-0,77	7,70	4,46
Flussi cumulati	-22,22	-32,48	-33,25	-26,55	-21,09

Fonte: Ns. elaborazione su dati TI (studio commissionato alla società NERA, cfr. docc. nn. 533.20 e 92.4).

450. Il risultato di -21,09 milioni di euro evidenziato nella Tabella 24 illustra chiaramente la non replicabilità dell'offerta di TI anche nell'ipotesi che essa sia considerata nel suo complesso e non secondo singole componenti.

Tale risultato di non replicabilità conferma l'ipotesi istruttoria che TI abbia definito condizioni di prezzo incoerenti con le condizioni praticate agli altri OLO per i fattori intermedi, determinando una compressione dei margini indispensabili per replicarne l'offerta.

451. In relazione a tale risultato, bisogna ricordare come TI nella sua difesa abbia da ultimo sostenuto che il suddetto risultato si basa su una serie di ipotesi non corrette, abbandonando le quali si arriverebbe nuovamente ad un risultato di piena replicabilità complessiva dell'offerta di TI per la gara CONSIP.

In particolare, TI contesta l'introduzione da parte dell'AGCM di una voce di costo aggiuntiva relativa ai kit e circuiti di terminazione fisso-mobile e internazionale, che sarebbero stati già inclusi nei costi regolatori standard contenuti nello studio NERA di replicabilità delle gara CONSIP. Su questo punto si ritiene di accogliere l'osservazione della parte, pur specificando che la correzione effettuata dall'AGCM in replica alla metodologia adottata dalla stessa NERA, è stata effettuata sulla banca dati fornita dalla stessa società che aveva anch'essa contabilizzato a parte i suddetti costi.

452. Il secondo rilievo contesta l'interpretazione fornita dall'AGCM del documento interno di TI, acquisito in sede ispettiva, denominato 92.4, preparatorio dell'offerta di gara CONSIP e in particolare contenente l'ammontare dei costi per la fornitura dei servizi dati in dial-up e di videoconferenza. Con riferimento al dial-up, non vengono illustrate da Nera le lacune e incongruenze lamentate. Per la multiconferenza, si afferma che le ipotesi di lavoro incluse nel documento sono basate su valori datati (1998); nulla però nel documento attesta questa ipotesi. Inoltre, si sostiene che tutti gli apparati, acquistati tempo fa, sono stati ormai ammortizzati; ma tali apparati erano configurati per volumi di servizio, prestati ad altri soggetti, pari alla domanda espressa da Consip, che ora si aggiungerebbe a tali volumi. In altri termini, l'aggiudicazione della gara comporterebbe un raddoppio dei volumi, e appare difficile sostenere che TI vi farebbe fronte con i medesimi apparati già posseduti; se dunque TI deve acquistare nuovi apparati, l'azzeramento dei costi per ammortamento ipotizzato da Nera appare non realistico. In

su tutti i 30 mesi, il che equivale a dire che le attivazioni avvengono tutte subito, circostanza però incompatibile con il volume di 24 mesi per accesso previsto dal bando. Questa correzione non determina una variazione dei ricavi e costi totali, ma solamente una loro diversa allocazione nel tempo.]

conclusione, non si ritiene di dover accogliere, a fronte delle evidenze raccolte in sede ispettiva dall'Autorità, l'interpretazione ex post fornita dalla parte a proprio scarico, in particolare a fronte delle evidenti incongruenze argomentative.

453. Con riferimento infine al terzo elemento contestato, relativo all'ipotesi di migrazione all'unbundling in 18 mesi, TI ha contestato l'adozione di un così lungo lasso temporale, sostenendo in buona sostanza di aver già predisposto tecnicamente il 98% dei siti per una migrazione immediata alla data utile per la presentazione dell'offerta CONSIP, e che quindi qualsiasi ritardo intervenuto nell'utilizzo dei suddetti siti non avrebbe potuto che addebitarsi a inefficienze dei concorrenti.

454. In relazione alla lunghezza del periodo necessario ai concorrenti di TI per fornire l'accesso diretto su tutte le linee indicate nel bando, si deve in effetti osservare, in primo luogo, che TI non ha prodotto alcuna documentazione probatoria a sostegno di tale affermazione, sicchè nel caso di specie occorre tener conto altresì delle contrastanti dichiarazioni dei maggiori concorrenti (segnatamente Fastweb, Albacom e Wind) che hanno contestato il dato contenuto nella memoria conclusiva di TI, rilevando che il numero dei siti disponibili alla data di aggiudicazione della gara era inferiore rispetto a quello indicato dalla Parte.

455. In secondo luogo, si deve ricordare che i sistematici ritardi esibiti da TI nella consegna dei siti durante il periodo 2001-2002 (dell'ordine del 90%)²²¹ avevano contribuito a generare l'aspettativa degli operatori che i tempi tecnici di realizzazione dell'unbundling sarebbero stati ben superiori a quelli previsti in sede regolamentare. Si ricorda al riguardo che Albacom, il soggetto che ha formulato un'offerta alternativa a quella di TI per la Gara Consip, ha evidenziato come nella sua esperienza i tempi effettivamente impiegati da TI nel provisioning dei siti per la collocazione e nella fornitura dei doppini siano stati sostanzialmente più lunghi di quelli ipotizzati nello studio in parola (doc. 547.20) attestandosi in media sui 204 giorni. Ciò ha prodotto un duplice effetto:

1. riduceva la convenienza economica dell'adozione di una tale soluzione tecnica rispetto alla *Carrier Pre Selection*. Infatti, dati i tempi di recupero degli ingenti investimenti da sostenersi, un possibile ritardo nella consegna dei siti da parte di TI, riducendo i tempi residui per lo sfruttamento di tale soluzione in forza della Convenzione Consip, avrebbe contribuito ad innalzare il costo atteso dell'ULL riferito a ciascun trimestre;

2. considerati i tempi di fornitura degli apparati da installare in centrale, i cui ordini avrebbero dovuto essere inoltrati ai fornitori con svariati mesi di anticipo, l'aspettativa che TI avrebbe continuato a realizzare i considerevoli ritardi già registrati nel rilascio dei siti poneva i concorrenti nell'impossibilità tecnica di allestire le proprie centrali in tempi compatibili con quelli indicati dalla stessa TI nella propria memoria conclusiva.

456. In relazione a tale punto WIND ha in effetti sostenuto che "la quota del 30% dei rilegamenti delle sedi oggetto della gara CONSIP 2002 realizzabili mediante ULL indicata da WIND, rappresenta oggettivamente le capacità della società ipotizzabili a quella data, a fronte dei problemi riscontrati nello sviluppo della propria strategia sull'ULL e dovuti, come visto, in massima parte ai ritardi iniziali di consegna dei siti da parte di TI".

457. Considerato il complesso delle osservazioni svolte da concorrenti in replica alla posizione di TI, appare ragionevole quindi compiere l'analisi di replicabilità complessiva dell'offerta CONSIP scegliendo una durata del processo di ULL necessario per offrire il servizio di accesso diretto alla PA che si situi su un valore di mensilità intermedio fra, da un lato l'ipotesi di passaggio immediato (a partire dal quarto mese) sostenuta da TI, e dall'altro, e l'ipotesi di massima gradualità (18 mesi), entrambe consentite dal bando di gara.

In tal senso si è ritenuto di individuare un arco temporale che, pur mantenendo ferma l'ipotesi di gradualità del passaggio all'ULL, nella consapevolezza che tale ipotesi concede alla difesa che i

²²¹ [Secondo le dichiarazioni di Albacom, doc. 547.20.]

concorrenti avessero l'aspettativa di poter prendere in carico parte dei siti già dal primo giorno del quarto mese, tiene conto sia delle contrastanti dichiarazioni dei concorrenti, sia dei vincoli posti dalle previsioni contenute nel capitolato tecnico di gara.

458. L'esercizio di replicabilità è stato quindi condotto nuovamente, confermando l'adozione di un tasso di *decalage* della terminazione fisso-mobile del 10% (non contestato da TI), accogliendo l'argomento di Nera sui kit di terminazione delle chiamate a rete mobile e internazionale, ma mantenendo la valutazione dei costi di dial-up e multiconferenza specificati nel doc. n. 92.4, e, infine, ipotizzando per l'ULL una migrazione graduale entro i primi 9 mesi del periodo di fornitura del servizio. La scelta di un'ipotesi di migrazione pari a 9 mesi deriva dalla circostanza che secondo il capitolato tecnico di gara le linee passate in *unbundling* in ogni trimestre si intendono attive dal primo giorno del trimestre successivo. Ciò avrebbe comportato che anche dal punto di vista dei costi unitari gli effetti positivi del passaggio in ULL si sarebbero evidenziati non prima del primo giorno del trimestre successivo. La scelta è quindi ristretta entro periodi di durata pari a multipli di 3 mesi. Considerato che i concorrenti hanno segnalato tempi medi di messa a disposizione dei siti da parte di TI pari a 204 giorni, pari a circa 7 mesi, l'ipotesi di seguito illustrata tiene conto dei tempi di consegna dei siti attesi dai concorrenti, sulla base sull'esperienza registrata l'anno precedente, e dei vincoli definiti dal capitolato tecnico.

Come risulta dalla seguente tabella il risultato di non replicabilità della gara Consip nel suo complesso è confermato.

Tab. 27. - Replicabilità complessiva dell'offerta di TI nella gara CONSIP-variazione delle ipotesi correttive iniziali (valori in milioni di euro)

	1° semestre 2003	2° semestre 2003	1° semestre 2004	2° semestre 2004	1° semestre 2005
ricavi	67,89	95,46	101,47	102,69	102,70
costi	93,35	99,63	94,66	95,18	90,56
flussi netti	-25,46	-4,17	6,81	7,51	12,14
flussi cumulati	-25,46	-29,63	-22,82	-15,30	-3,16

Fonte: elaborazioni AGCM su dati di TI

2.2 Il costo regolatorio come parametro pertinente per la valutazione di replicabilità delle offerte di operatori integrati e dominanti sui mercati a monte

459. Nel corso del procedimento TI ha sviluppato, oltre all'analisi di replicabilità della propria offerta della gara CONSIP, anche una serie di argomentazioni teoriche in relazione alla definizione del più appropriato test economico da utilizzarsi nelle analisi di replicabilità delle proprie offerte per la clientela affari.

460. Con riferimento alle argomentazioni espresse da TI, relative al superamento del test di replicabilità dei prezzi praticati basandosi su un confronto non già con i costi regolatori, ma con un *price floor* definito secondo un test di imputazione come inferiore ai suddetti costi in quanto basato su una metodologia di valutazione a costi incrementali (*Long Run Incremental Cost, LRIC*), vale osservare quanto segue.

461. La tesi espressa dal Network Economics Consulting Group (NECG) in difesa di TI (doc. 531.20, allegato 2) secondo la quale l'analisi di replicabilità deve essere condotta a partire dai *Long Run Incremental costs* e non dei costi regolatori di TI è sostenuta mediante il richiamo ad un'esperienza internazionale che fa riferimento a paesi in cui i costi regolatori sono definiti secondo una metodologia a costi incrementali di lungo periodo. Tale esperienza, come del resto rilevato dalla stessa TI nel corso dell'istruttoria, non trova riscontro nella realtà italiana, giacché

TI determina i prezzi dei propri servizi regolamentati sulla base del principio dei costi correnti pienamente allocati, benché la regolamentazione italiana ed europea raccomandassero il passaggio al metodo dei costi incrementali di lungo periodo.

462. Secondo la regolamentazione dei costi di interconnessione vigente in Italia nel periodo di riferimento, la OIR veniva definita sulla base dei costi desunti dalla contabilità regolatoria mediante una metodologia CCA/FDC (*Current Cost Accounting /Fully Distributed Cost*); questo, come chiarito da TI, "per scelte effettuate con l'AGCOM". Sul punto, tuttavia, vale osservare che, contrariamente a quanto sostenuto dalla società in memoria finale, l'ex-monopolista disponeva di un ampio margine di manovra in materia e, anzi, forniva in sede regolamentare indicazioni essenziali nel processo di definizione della contabilità di costi, come messo in luce dai precedenti par. 58 e ss. e, in particolare, il par. 67²²².

463. Occorre poi rilevare che, anche laddove i costi effettivi degli *input*, che i concorrenti devono necessariamente acquistare da TI, fossero inferiori ai costi regolatori, una corretta impostazione dell'analisi di replicabilità nel quadro regolamentare nazionale deve essere condotta sulla base di dati di costo omogenei a quelli che la stessa TI utilizza per la pubblicazione del Listino di Interconnessione applicato agli OLO, che è sottoposto all'analisi regolamentare per l'approvazione ex post.

464. In presenza di condizioni economiche per i servizi di interconnessione commisurate ai costi correnti pienamente allocati non è sicuramente accettabile il criterio del costo evitabile per le tariffe all'utenza finale, in quanto si attribuirebbe un trattamento migliore alla grande clientela finale rispetto ai propri concorrenti, che rifletterebbe una violazione del principio di non discriminazione tra le proprie divisioni commerciale e i concorrenti.

465. In altri termini in un sistema di contabilità regolatoria basato sull'CCA/FDC e non sui *LRIC*, quale quello esistente in Italia al momento della formulazione delle offerte oggetto di analisi, il *test* di replicabilità, per quanto riguarda i servizi nell'erogazione dei quali siano coinvolti *input* per i quali i concorrenti devono necessariamente rivolgersi a TI, deve essere basato su dati di costo calcolati secondo una metodologia omogenea a quella applicata per la OIR.

Pertanto, la circostanza richiamata da TI secondo la quale i costi regolatori sarebbero sovrastimati in quanto comprendenti anche la remunerazione del capitale appare del tutto ininfluyente, considerato che il medesimo *WACC* rientra anche nella valutazione dei costi regolatori degli *input*. Al contrario, la sua mancata inclusione segnerebbe una sorta di costo opportunità per TI derivante dall'attribuzione degli *input* alle sue Divisioni commerciali piuttosto che alla rivendita ai concorrenti.

466. Ne discende che, in linea generale, il *price floor* per l'*imputation* test non può prescindere nel caso in esame dalla considerazione dei costi regolatori presentati da TI all'AGCom al momento della formulazione dell'offerta di interconnessione applicata ai concorrenti.

467. A tale riguardo, con riferimento alla tesi di TI sviluppate in memoria conclusiva e relative alla presunta impossibilità di riferire a autonomi comportamenti di impresa l'abuso contestato consistente nella discriminazione fra proprie divisioni commerciali e soggetti concorrenti nella definizione delle proprie offerte commerciali con riferimento a basi di costo fondate su diverse metodologie contabili, occorre considerare quanto segue.

Le argomentazioni della parte su tale tematica non valgono a stabilire l'esistenza di un obbligo, eventualmente posto dall'autorità regolamentare in capo a TI di utilizzare un metodo contabile, quale quello dei costi correnti pienamente allocati, che la stessa società considera da superarsi in quanto produce una sistematica sopravvalutazione dei costi sottostanti la fornitura dei servizi.

²²² [Si ricorda infatti che, nella lettera del 15 maggio 2000 all'AGCom, TI indicava come "... il modello di costo da utilizzare debba presentare una base di costo corrente applicata ad una metodologia di costi pienamente allocati (CCA/FDC)...", evidenziando altresì che "...eventuali modifiche a criteri e metodologie implementate richiederebbero il coinvolgimento di molteplici settori dell'azienda, con tempi di realizzazione che alla luce dell'esperienza avuta (circa 15 mesi per realizzare il progetto CCA) possono risultare lunghi" (ibidem).]

In tal senso, si deve viceversa ritenere che, a contrario, il rispetto della normativa sulla concorrenza imponga in capo a TI l'obbligo di utilizzare, eventualmente rendendo disponibili al regolatore le proprie metodologie contabili più avanzate, anche nelle offerte di fattori intermedi rivolte ai propri concorrenti la stessa base contabile che essa utilizza per valutare la redditività delle proprie offerte commerciali ai clienti finali.

468. In ogni caso, ai fini della valutazione della sussistenza di una politica di compressione dei margini, vale ribadire che il valore del costo regolatorio effettivamente vigente costituisce il *benchmark* corretto, in quanto è il costo effettivamente sostenuto dai concorrenti per la definizione delle loro offerte.

2.3 Non replicabilità delle offerte praticate ai clienti affari

469. TI, come si ricorderà, ha sostenuto anzitutto che i listini da essa applicati ai clienti nel periodo di riferimento sono superiori ai costi regolatori, e ciò in quanto le offerte praticate all'utenza business sono superiori ai c.d. "prezzi minimi di riferimento", i quali a loro volta, sono definiti a partire dai costi regolatori. (docc. nn. 506.19, 519.19, all. 6, 531.20, e 650.22).

470. Con riferimento a tale argomento, vale osservare che l'analisi prodotta dalla parte di sostenibilità interna (redditività) dei Listini standard applicati nel periodo 2001-2003, non dimostra che i contratti negoziati da TI con l'utenza affari privata in tale periodo rispondessero al requisito di replicabilità dati i costi regolatori di TI (cfr. in particolare, le memorie di TI, in doc. n. 506.19 e doc. 519.19, All. 6).

471. Infatti, sebbene TI abbia sostenuto la redditività delle condizioni economiche applicate nei confronti dell'utenza affari, a partire dal 2001, attraverso 35 Listini cd. "standard", a partire dal febbraio 2003, mediante 9 listini parimenti "standard", (cfr. doc. 355.14)²²³, la documentazione ispettiva evidenzia, innanzitutto, la diffusa applicazione, nel periodo in questione, di numerosi altri listini, diversi rispetto a quelli standard riportati in memoria da TI (doc. n. 506.19 e all. 6 doc. n. 519.19). In particolare, risulta agli atti (cfr. cap. 2.3.2) che TI applicasse, già nel 2002, almeno quattro "listini" particolarmente aggressivi e contenenti condizioni economiche dichiarate da TI come entrate in vigore soltanto a partire dal febbraio 2003 (doc. n. 355.14, All. 3) ²²⁴.

472. Inoltre, le condizioni economiche praticate ai clienti affari risultano sovente costruite ad hoc, attraverso l'introduzione di condizioni economiche inferiori anche al più aggressivo dei listini applicati ufficialmente da TI a partire dal febbraio 2003. Tali personalizzazioni delle condizioni economiche erano, in generale, effettuate appositamente in funzione dell'obiettivo di *winback* di un cliente da un altro OLO²²⁵ (ad esempio, il "listino [OMISSIS]", in doc. 25.1 e in doc. 17.1, o il "listino [OMISSIS]", in doc. 29.2).

473. Tale politica commerciale non è adottata esclusivamente nei riguardi dei grandi clienti affari, ma risulta generalizzata in presenza di offerte dei concorrenti²²⁶. A ciò si deve aggiungere che le condizioni economiche risultano ulteriormente ridotte mediante la previsione, accanto a tali listini

²²³ [Le conclusioni circa la replicabilità dei Listini sarebbero suffragate, secondo TI, dalle Analisi sviluppate da NERA in relazione ai costi di interconnessione, in doc. 506.19.]

²²⁴ [Come già rilevato in precedenza, infatti, nel giugno del 2002, trovavano applicazione con esplicite finalità di *winback* ben sette Listini "Effe" per Accordi Programmatici (doc. n. 175.7), i cui vettori di prezzo in molti casi non corrispondono con nessuno dei 35 Listini che la Parte sostiene fossero in vigore prima di febbraio 2003.]

²²⁵ [Ad esempio, per l'Accordo Programmatico concluso con [OMISSIS] relativamente al 2003 è stato utilizzato un listino inferiore al costo regolamentare in presenza di offerte di ALBACOM. Nello stesso periodo risultavano allo studio listini più bassi "ma solo per i casi di *winback* ed in qualche caso [sono stati] utilizzati proprio per questo scopo (es gare [OMISSIS] e Gruppo [OMISSIS])" (doc. 29.2).]

²²⁶ [Della diffusione di tali listini è comprovata da documenti interni che segnalano, non senza preoccupazione "Su campo contrastiamo offerte dei ns competitor su clienti a basso volume con pricing già in precedenza utilizzati per clienti con volumi ben più alti (es uso del listino [OMISSIS] per [OMISSIS]) [...] l'atteggiamento generale è di ribattere a qualunque offerta dei competitor a qualunque costo, con pricing (e ricavi) che inevitabilmente scivolano su livelli sempre più bassi. I responsabili delle Industry non intendono perdere neanche un minuto" (doc. 29.2).]

particolari, di sconti subordinati al raggiungimento di determinati obiettivi di spesa (cfr. tra gli altri, i numerosi clienti *Finance* di cui al doc. 25.1) ²²⁷.

474. Tali evidenze, raccolte in sede ispettiva, smentiscono le affermazioni della parte secondo il quale nelle proprie offerte il prezzo è superiore al costo regolatorio standard (doc. 391.15). Infatti, il raffronto tra i costi regolatori riferiti al periodo in esame e i valori per direttrice di traffico ad esempio dei listini F4, F5, F6 ed F7 (cfr. tab. 6), nonché con i valori di alcuni di tali Listini ulteriormente personalizzati (cfr. la Tab. 29), evidenzia con chiarezza che le offerte in questione non potevano ritenersi remunerative per alcune o per tutte le direttrici di traffico tenuto conto dei costi regolatori sottostanti riferiti ai dati di costo pertinenti, ossia rispetto ai costi regolatori sottostanti all'offerta di interconnessione disponibile per i concorrenti nel momento in cui tali contrattualizzazioni avevano luogo.

475. In tale contesto, un confronto di particolare rilievo fra prezzi applicati per il traffico fonia e costi regolamentari sottostanti può compiersi con riferimento ai prezzi applicati nell'offerta CONSIP, considerando come costi regolamentari pertinenti quelli dichiarati dalla stessa TI nell'ambito dello studio NERA sull'offerta CONSIP e a valere per l'anno 2002 (cfr. Tab. 28). Riguardo alla componente voce risulta evidente che i prezzi unitari per direttrice di traffico erano da ritenersi sottocosto, tenuto conto dei costi regolatori che formavano la base per l'offerta di interconnessione della quale avevano conoscenza i concorrenti al momento della formulazione dell'offerta.

476. Il rilievo concorrenziale di tale confronto emerge dalla circostanza che a partire dalla data di aggiudicazione della gara CONSIP, TI risulta aver applicato a numerosi clienti business, per i servizi di fonia, il listino applicato in tale offerta, il quale, come emerge dall'analisi dei prezzi minutari per il traffico voce (locale, nazionale, fisso-mobile) risulta essere quello più basso fra tutti quelli applicati da TI nel periodo di riferimento. Ne deriva che per tutti i clienti in questione le relative offerte devono ritenersi certamente sottocosto regolamentare. Tra il novero dei soggetti che hanno goduto dell'applicazione di tali condizioni per il traffico voce ricadono sia i sottoscrittori di contratti contenenti una clausola di adeguamento automatico alle migliori condizioni di mercato (vd. sopra), sia una pluralità di soggetti, non necessariamente qualificabili come grandi clienti, che hanno ottenuto l'applicazione delle condizioni CONSIP (cfr. i contratti *[OMISSIS]*, *[OMISSIS]* e della *[OMISSIS]*, cfr. i parr. 2.7.3).

Tab. 28. - Non replicabilità del listino fonia CONSIP a fronte dei costi regolamentari. Valori in centesimi di euro e in (lire/minuto)

	Totale Costi regolatori 2001 di TI nella versione di pre-consuntivo utilizzata nello studio sulla Gara CONSIP	Prezzi CONSIP fonia
Traff. Locale/distr.	1,549 (30)	1,29 (25)
Traff. Intdstr	2,750 (53)	2,06 (40)
Traff. F/M	19,82 (383)	10,53 (204)

Fonte: doc. nn., 355.14 e 519.19.

477. In questo quadro, l'applicazione ai clienti privati delle condizioni prevalenti nell'offerta CONSIP non ha carattere episodico ma risponde alla più generale politica di compressione dei margini dei concorrenti; la documentazione acquisita nel corso delle ispezioni prova che a partire

²²⁷ *[Come già ampiamente argomentato, l'Accordo di Partnership con [OMISSIS] prevede sconti ulteriori, condizionati al raggiungimento di determinati volumi di traffico.]*

dal 2003 le condizioni praticate a CONSIP hanno cominciato a trovare una generalizzata applicazione nei riguardi dell'utenza affari privata di fascia alta sino a divenire "il pricing di riferimento sul locale/nazionale" (doc. n. 161.7). Per tali direttrici si rileva senza alcun dubbio la natura sottocosto regolamentare. Peraltro, si ricorda quanto già sottolineato precedentemente in merito alla circostanza che TI era consapevole della ricaduta della gara Consip sulla sua clientela privata. Infatti si ricorda che i documenti preparatori alla gara stessa mostrano evidenziano le stime di TI sul complesso dei servizi voce diretti all'utenza business, stimando che si sarebbe registrata una elevata adesione alle condizioni CONSIP in termini di clienti e di percentuale di traffico per ciascuna categoria di clienti Big, Executive e Business di primo livello (catalogati in Large, Platinum e Silver)²²⁸.

478. Il risultato ottenuto, che testimonia la natura sottocosto regolamentare di tutte le offerte formulate da TI per i servizi di fonia nei confronti di clienti affari nel periodo di riferimento, deve considerarsi un risultato che, ai fini della valutazione dell'abuso contestato nel presente procedimento e lasciando impregiudicata ogni ulteriore e diversa valutazione ai sensi della Del. AGCom n. 152/02, dimostra la non replicabilità dell'offerta stessa.

479. La natura non replicabile delle offerte ai clienti affari emerge anche laddove si considerino listini di prezzi applicati da TI nel 2002 e nel 2003 nell'ambito di varie offerte personalizzate, con riferimento ai relativi costi regolatori di riferimento, che devono considerarsi, per gli anni citati, rispettivamente, quelli di pre-consuntivo e di consuntivo 2001²²⁹. Al riguardo, occorre rilevare, in risposta alle critiche mosse da TI all'impostazione dell'analisi condotta (doc. 650.22 e verbale dell'audizione finale delle Parti) ed al fine di sgombrare il campo da possibili equivoci e da ogni pretesa eccezione di ordine statistico-metodologico, quanto segue:

a) la natura sotto-costo regolamentare delle offerte effettuate da TI nel 2002 è stata evidenziata esclusivamente in relazione ai dati di costo regolatorio standard forniti dalla stessa TI e, quindi, non sulla base di ipotesi particolari riguardo alla ripartizione del traffico tra ore di punta e non di punta (*peak/off peak*), ma su base parametrica, ovvero (50/50), conformemente alla ipotesi esplicitata dalla Parte ²³⁰;

b) giacché i concorrenti durante il 2002 potevano prendere le loro decisioni commerciali solo sulla base della OIR pubblicata (basata quindi sui dati di costo pre-consuntivo) e sui costi esterni di rete prevalenti nel 2002, il vettore dei costi regolamentari standard raffrontabile con i Listini commercializzati da TI in tale periodo non può che essere quello effettivamente prevalente nel 2002;

c) anche qualora si dovesse adottare, contrariamente a quanto ritenuto in questa sede, che il vettore dei costi regolatori rilevante ai fini dell'analisi è quello corretto da TI sulla base di costi esterni di rete di fatto prevalenti solo nel 2003, comunque le offerte fuori Listino commercializzate nel 2002 sono inferiori ai costi regolatori standard;

d) la natura sotto-costo regolamentare delle offerte effettuate da TI nel 2003 emerge in maniera incontrovertibile dal raffronto con i costi regolamentari standard forniti dalla stessa TI in

²²⁸ *[Per le sole categorie Big ed Executive, infatti, si prevedeva un'adesione pari rispettivamente al 61,5% e 70,6% dei clienti, corrispondente al 72% e al 65,7% del traffico voce complessivo. Il peso in termini di percentuale del traffico della gara CONSIP sul totale del traffico voce Executive e Business di TI era invece stimato come pari al 63% (doc. 79.4, pag.2).]*

²²⁹ *[Come già rappresentato, il riferimento a dati di costi 2001 anche per il 2003 dipende dal fatto che il Listino di Interconnessione 2002 risulta essere stato approvato dall'AGCOM, con modifiche in riduzione dei valori, solo nel febbraio 2003, a seguito della presentazione, solo nel dicembre 2002, da parte di TI, di dati di costo a consuntivo per il 2001, laddove il listino originario pubblicato da TI e applicato per tutto il 2002 era basato su valori di costo a pre consuntivo 2001, così come i costi esterni di rete sulla base dei quali i concorrenti hanno preso le loro decisioni commerciali erano quelli visibili nel 2002 e non già quelli successivamente prevalsi durante il 2003..]*

²³⁰ *[Si deve sottolineare che tale ipotesi viene esplicitata in particolare nello studio Nera di TI di cui ai docc. 506.19, pagina 7 a commento della tabella 3.3.]*

relazione a tale anno (doc. 506.19). Si rileva, peraltro, che la Parte non ha controbattuto in nessuna maniera sul punto, né nell'ambito della memoria finale, né dell'audizione finale.

480. Occorre poi ricordare che tali offerte particolari trovavano una generalizzata applicazione all'interno delle formule contrattuali dianzi descritte, caratterizzate dalla previsione di sconti ulteriori condizionati a diverse circostanze quali, ad esempio, il raggiungimento degli obiettivi di budget. Vale la pena di sottolineare che a ciò consegue un'accentuazione dell'incongruenza delle offerte rispetto ai costi regolamentari standard di TI.

481. Al fine di esplicitare l'argomento sin qui sviluppato, la tab. 29 evidenzia, ricomprendendo anche il "listino CONSIP", la generale natura di offerta sottocosto dal punto di vista regolatorio delle offerte formulate da TI per il 2002 e per il 2003. Si rileva la tabella in parola prende in considerazione solo alcuni dei Listini per offerte personalizzate emersi nel corso del procedimento di cui si sono forniti ulteriori esempi in fatto e che l'applicazione di listini sottocosto (regolamentare) appare alquanto diffusa. Infatti, il Listino personalizzato LP, corrispondente alle condizioni praticate a [OMISSIS] già dal 2002, risultava essere stato applicato al 34% dei clienti *Finance* ad aprile 2003 (doc. 161.7).

Tab. 29. - Non replicabilità delle offerte commerciali all'utenza business negli anni 2002 e 2003 a fronte dei costi regolamentari.
Valori in centesimi di euro e in (lire/minuto)

	Costi regolatori standard Dati pre-consuntivo 2001 e costi noti nel 2002*	Totale costi regolatori Dati consuntivo 2001**	[omissis] (Listino LP)	[omissis]	[omissis]	Gruppo [omissis] (2002)	Listino CONSIP	[omissis]	[omissis]	[omissis] (nov. 2003)
Traff. Loc/dist r	1,549 (30)	1,509 (29,2)	1,29 (25)	1,29 (25)	1,39 (27)	1,55 (30)	1,29 (25)	1,23 (24)	1,24 (24)	1,45 (28)
Traff. Intdstr	2,750 (53)	2,628 (50,88)	2,58 (50)	2,169 (42)	3,61 (70)	2,698 (52)	2,06 (40)	2,58 (50)	2,58 (49)	2,33 (45)
Traff. F/M	19,82 (383)	18,013 (348,7)	18,07 (350)	18,07 (350)	18,59 (360)	19,11 (370)	10,53 (204)	17,55 (340)	17,61 (340)	18,59 (360)

Fonte: doc. nn. 17.1, 140.6, 506.19 e 519.19.

* Valori di costo preconsuntivo 2001 coerenti con i valori alla base dell'OIR 2002 proposto da TI nella versione pubblicata nell'aprile 2002 e con i costi esterni di rete noti nel 2002.

**Valori di costo consuntivo 2001 coerenti con i valori alla base dell'OIR 2002 approvata dall'AGCOM nel febbraio 2003.

482. Gli esempi su riportati di offerte sottocosto (regolamentare) praticate da TI ai clienti privati evidenziano quindi la non replicabilità delle offerte da parte dei concorrenti.

Si deve rilevare, peraltro, a testimoniare la natura intenzionale e mirata di tale comportamento escludente che in molte di tali offerte, le stesse analisi di redditività interna di TI mostrano indicatori di redditività negativi, a fronte della presenza di offerte dei concorrenti, le analisi di redditività interna di TI evidenziavano indicatori negativi²³¹.

483. Dalle stesse analisi interne di TI si può quindi evincere la sussistenza di un utilizzo a fine strategico della marginalità negativa dei contratti in questione; tali analisi danno infatti contezza della circostanza che tali scelte commerciali erano esplicitamente assunte al fine della sottrazione dei principali clienti ai concorrenti o della riconquista di clienti già passati alla concorrenza a fini escludenti (cfr.parr. 2.4 e 2.5).

484. In ogni caso, si deve concludere che le offerte in parola costituiscono esempi dell'incongruenza della politica di prezzo seguita da TI sul mercato a valle, tenuto conto dei prezzi praticati sul mercato a monte.

A tale riguardo vale considerare la circostanza che i suddetti raffronti sono stati condotti non già a partire dall'*Accounting* regolatorio riferito al medesimo anno di formulazione dell'offerta, ma a partire dall'*Accounting* regolatorio che ha formato la base per la formazione del listino di interconnessione e dei costi esterni di rete degli input a monte vigenti al momento della formulazione delle diverse offerte

Al fine di una corretta analisi di replicabilità, infatti, non può essere accolto l'argomento di TI secondo il quale "i prezzi regolati degli input di rete a monte (OIR), sono inferiori ai costi regolatori di TI" (doc. n. 391.15), in quanto basato su uno sfasamento temporale che è stato corretto nell'analisi condotta.

485. Si deve, infatti, rammentare che, al fine della valutazione della condotta discriminatoria di TI avuto riguardo alle offerte formulate per la clientela affari privata non rileva la tariffa di interconnessione approvata dall'AGCOM, quanto l'offerta di interconnessione pubblicata da TI al momento di formulazione dell'offerta. Infatti, si deve rilevare che le riduzioni delle tariffe di interconnessione operate successivamente dall'AGCOM²³², nonostante esse producano effetti retroattivi, non sono idonee a rimuovere gli effetti restrittivi della concorrenza dei comportamenti posti in essere da TI. Infatti, al di là di qualsiasi compensazione per i costi di interconnessione già sostenuti, quegli OLO che non sono stati in grado di formulare offerte in concorrenza con TI, in quanto non remunerative, hanno perso l'opportunità di concludere contratti. Riguardo ai costi esterni di rete da prendere in considerazione si possono condurre le medesime considerazioni. E', infatti, indubbio che nel momento in cui le offerte di TI venivano commercializzate i valori delle quote da riversare ad altri operatori erano quelli prevalenti nel 2002 e non già quelli successivamente definiti nel 2003.

486. Peraltro, con riferimento alle condizioni economiche basate sul "listino CONSIP", che risulta essere il più basso applicato nel periodo di riferimento, la stessa TI ha riconosciuto la non replicabilità della componente voce; ne deriva che tale caratteristica di non replicabilità deve ritenersi presente in tutti i casi in cui il "listino CONSIP" è stato esteso ad altri clienti affari²³³

487. Alla luce delle suesposte considerazioni, dunque, è possibile concludere che TI ha deliberatamente adottato, nel periodo 2001-2003, politiche tariffarie finalizzate ad obiettivi di *winback* o di *retention* sui mercati a valle dei servizi di telefonia vocale forniti a clienti affari privati mediante l'applicazione di condizioni economiche non replicabili dai concorrenti, in quanto incoerenti con le offerte di interconnessione a questi ultimi praticate sui mercati a monte.

2.4 La non replicabilità delle condizioni tecniche applicate ai clienti affari

488. Per quanto concerne la non replicabilità delle condizioni tecniche, infine, come già ampiamente descritto (cfr. par. 2.6), la strategia complessiva di *winback* nei confronti dei concorrenti e di *retention* nei confronti dei maggiori clienti affari è stata altresì attuata da TI attraverso la sottoscrizione di contratti che garantiscono condizioni tecniche di erogazione del servizio sostanzialmente migliorative rispetto a quelle contenute negli SLA delle corrispondenti offerte *wholesale*, approvate dall'AGCom nelle Condizioni di fornitura o, comunque, contrattualizzate con TI.

489. Sul punto si ricorda che la difesa di TI, secondo la quale avrebbe offerto ai concorrenti SLA Premium migliorativi rispetto ai contenuti minimi degli SLA definiti in sede regolamentare alle medesime condizioni previste per i clienti finali, non appare sufficientemente suffragata da elementi probatori. La documentazione versata in atti, infatti, essendo riguarda esclusivamente servizi di tipo *Project Management* a supporto della fornitura di servizi finali a clienti multisede che, come rilevato da Albacom, non sono soggetti ad offerta di riferimento e pertanto non sono confrontabili rispetto a standard di tempistiche in base alle quali dedurre eventuali prestazioni migliorative di TI (doc. 650.22). La

²³¹ [Ad esempio, nel contratto sottoscritto con [omissis] per il 2003 (uno dei primi 5 clienti della concorrenza per traffico Fonia Outbound), il listino personalizzato adottato esibiva un p=-21,9%, al fine dichiarato di realizzare "...un winback per 38 milioni di minuti" (doc. 182.7). Analogamente, il contratto concluso con il GRUPPO [omissis] prevede un p complessivo, per il 2003, pari a -25,9% (doc. n. 27.2); inoltre, per il cliente [omissis] risulta la sottoscrizione di un Accordo Programmatico per l'anno 2002 con p=-14%, esplicitamente giustificato, a livello aziendale, dall'offerta presentata da ALBACOM e dalla presenza, più in generale, di "...un'intensa attività della concorrenza, in particolare ALBACOM e Infostrada, sulla fonia" (doc. n. 140.6 e n. 141.6).]

²³² [Ad esempio nel caso delle offerte verso [omissis], [omissis], [omissis], [omissis] E [omissis], mediante l'approvazione della delibera con le Delibera n.02/03/CIR dell'AGCOM.]

²³³ [Per i quali non possono essere addotte le giustificazioni della metodologia utilizzata per la definizione dell'offerta finale, così come descritta nel doc. 87.4 e ripresa dalla memoria NERA, in merito alla particolarità dell'offerta CONSIP. In particolare, non può essere giustificato l'abbattimento dei costi di fatturazione e customer care, né l'azzeramento dei costi di marketing ed in generale dei costi commerciali. Inoltre, per i contratti di durata annuale non appare possibile sostenere alcuna ipotesi di decalage.]

parte, inoltre, non ha fornito alcun elemento probatorio riguardo ai casi documentati in atti. Ne discende che le contestazioni devono ritenersi fondate e che è possibile concludere che TI abbia effettivamente commercializzato offerte non replicabili sotto il profilo tecnico.

490. Tale comportamento è stato posto in essere nel contesto di modalità di fornitura di *input* ai propri concorrenti che spesso risultano al di fuori degli stessi parametri definiti in via regolamentare e che sarebbe stato di per sé suscettibile di ostacolare la capacità competitiva dei concorrenti.

Il giudizio esposto risulta particolarmente evidente in relazione ai tempi di fornitura dell'accesso all'anello di rete locale (ULL), per i quali i ritardi raggiungono soglie estremamente rilevanti, pari a quasi al 90% dei casi.

491. La non replicabilità delle condizioni tecniche applicate ai clienti affari configura una pratica discriminatoria fra gli OLO concorrenti e le proprie divisioni commerciali e, in quanto posta in essere da un operatore in posizione dominante, essa costituisce un abuso. Tale abuso ha avuto quale effetto concreto quello di impedire ai gestori concorrenti di TI - tra cui, in primo luogo, ALBACOM, FASTWEB e COLT - di offrire servizi con caratteristiche analoghe a quelli offerti dall'ex-monopolista e, di conseguenza, ha precluso agli altri OLO di aggiudicarsi rilevanti contratti con importanti clienti *business*, come, ad esempio, [omissis] (cfr. doc. 404.16 e 519.19).

492. Quindi, è possibile concludere che, in tali circostanze, la non replicabilità delle condizioni tecniche rese disponibili da TI nella formulazione delle sue offerte finali, tenuto conto degli SLA definiti in sede di presentazione delle offerte per i servizi intermedi, hanno contribuito, in un contesto generalizzato di non replicabilità delle offerte commerciali di TI, ad ostacolare l'esercizio della concorrenza effettiva sui mercati della fornitura di servizi e di trasmissione dati e di accesso a internet agli utenti finali.

2.5 La natura discriminatoria ed escludente della non replicabilità delle offerte

493. In base alla costante giurisprudenza comunitaria e nazionale, si è in presenza di un abuso di posizione dominante se, nel caso di un'impresa verticalmente integrata, "tra i prezzi all'ingrosso praticati per le prestazioni fornite ai suoi concorrenti su un mercato a monte e i prezzi al dettaglio su un mercato a valle esiste un rapporto che comporta una restrizione della concorrenza sul mercato all'ingrosso o al dettaglio"²³⁴.

494. In particolare, secondo quanto indicato dalla Commissione nella *Comunicazione sull'applicazione delle regole della concorrenza agli accordi di accesso al settore delle telecomunicazioni*²³⁵, sussiste una compressione dei margini illecita (*price squeeze*), ogni qualvolta "le divisioni operative a valle di proprietà dell'impresa dominante non sarebbero in grado di svolgere le loro attività in maniera remunerativa sulla base del prezzo praticato a monte ai suoi concorrenti dal braccio operativo di proprietà dell'impresa dominante [...]", ovvero ogni qualvolta il margine tra la tariffa praticata per l'accesso ai concorrenti nel mercato a monte e la tariffa fissata dall'operatore della rete nel mercato a valle "non consente ad un fornitore di servizi ragionevolmente efficiente di operare con normali livelli di profitto", a meno che l'*incumbent* non possa provare l'eccezionale efficienza delle proprie divisioni operative a valle²³⁶.

495. Su tale impresa, infatti, come già descritto, incombe una speciale responsabilità, vale a dire, nel caso di specie, l'obbligo di applicare condizioni economiche e tecniche trasparenti, non discriminatorie ed orientate ai costi effettivamente sostenuti per gli input forniti a monte ai propri concorrenti nei mercati dei servizi finali.

496. Tuttavia, come emerso nel corso del presente procedimento, i prezzi praticati da TI agli altri OLO non appaiono riflettere i costi reali di tali input, per stessa ammissione della Parte, e risultano altresì applicati in maniera da escludere i concorrenti nei servizi al dettaglio all'utenza affari, favorendo, al contempo, le proprie divisioni commerciali, le quali possono godere dei costi inferiori effettivamente sostenuti per le prestazioni in questione. Tale scarto ingiustificato tra i due livelli di prezzo comporta una restrizione della concorrenza, la quale è di per sé sufficiente a provare la pratica abusiva del *price squeeze* da parte di TI.

497. Come precisato inoltre dalla Commissione nel recente caso *Deutsche Telekom*, il fatto che sussista una regolamentazione dei prezzi non esclude la possibilità dell'abuso da parte dell'operatore dominante, poiché "l'impresa soggetta a regolamentazione dei prezzi dispone di un margine discrezionale in materia di politica aziendale per evitare oppure eliminare l'effetto prodotto dalla compressione dei margini di propria iniziativa". Nel caso analizzato dalla Commissione, quindi, è stato indicato quale margine di manovra per evitare la compressione dei margini tra prezzi e costi "...l'aumento delle tariffe al dettaglio e le diminuzioni di prezzo all'ingrosso praticati da DT..."²³⁷.

In tal senso, occorre rilevare che nel caso di specie TI aveva un ampio margine discrezionale a disposizione affinché le proprie scelte commerciali non risultassero incompatibili né con la regolazione di settore, né con le disposizioni contenute nella legge n. 287/90. Infatti, considerato che la regolazione di settore non impediva a TI di formulare le

²³⁴ [Decisione della Commissione del 21 maggio 2003, *Deutsche Telekom*, in GUUE del 14 ottobre 2003, L 263/9, punto 106.]

²³⁵ [In GUCE del 22 agosto 1998, C 265/02.]

²³⁶ [Cfr. sul punto la Decisione 88/518/CEE della Commissione del 18 luglio 1988, *Brown Napier/British Sugar* (in GUCE del 19 ottobre 1988, L 284, pag. 41), in cui il margine tra i prezzi industriali e i prezzi al dettaglio era stato ridotto al punto che l'acquirente all'ingrosso, pur con operazioni di confezionamento efficienti quanto quelle del fornitore all'ingrosso, non riusciva a servire il mercato al dettaglio ricavando utili sufficienti.]

²³⁷ [Cfr. rispettivamente i punti 105 e 163 della Decisione cit., oltre che il punto 56. Sul punto vale ricordare che, come riconosciuto dall'Autorità nella decisione *Consorzio Industrie Fiammiferi*, la normativa antitrust è pienamente applicabile "nel caso in cui la normativa nazionale lasci sussistere la possibilità di una concorrenza che possa essere ostacolata ristretta o falsata da comportamenti autonomi delle imprese", in Boll. n. 28/2000, par. 154.]

sue offerte di interconnessione facendo riferimento ai LRIC, piuttosto che a diverse metodologie contabili, il rispetto della normativa sulla concorrenza imponeva a TI l'obbligo di utilizzare nelle offerte di fattori intermedi rivolte ai propri concorrenti - eventualmente rendendo disponibili al regolatore le proprie metodologie contabili più avanzate - la stessa, minore, base contabile di costo che essa utilizza per valutare la redditività delle proprie offerte commerciali ai clienti finali.

498. Per gli stessi motivi, la descritta non replicabilità di determinate condizioni tecniche offerte da TI agli altri OLO rispetto a quelle praticate dalla medesima società nei mercati dei servizi al dettaglio all'utenza affari, pubblica e privata (parr. 456 e segg.), costituisce un abuso di posizione dominante da parte di TI nei mercati in questione, comportando anch'essa l'esclusione dei concorrenti dai mercati di riferimento e una discriminazione a favore delle proprie divisioni commerciali.

I suddetti comportamenti, pertanto, integrano una violazione dell'articolo 3, lett. b) e lett. c), della legge n. 287/90.

3. Valutazione degli impegni presentati

499. Come già illustrato in fatto, TI ha da ultimo presentato, in data 24 settembre 2004, una proposta integrata in data 4 ottobre 2004 recante impegni assunti da TI nei riguardi degli OLO. In relazione al valore giuridico della stessa, TI²³⁸ ha chiesto all'AGCM di "accettare di valutare gli impegni presi verso il mercato quali impegni presi anche verso l'Autorità nell'ambito del procedimento A351 [...] ritenendo che gli impegni in parola siano pienamente ed integralmente rilevanti per la risoluzione delle problematiche concorrenziali sollevate dall'Autorità" (doc. n. 682.23).

500. Al riguardo, TI ha dichiarato di aver assunto i presenti impegni nella consapevolezza "della propria speciale responsabilità sul mercato delle telecomunicazioni nazionali" anche in relazione alla sua capacità, in quanto operatore verticalmente integrato nelle rete di accesso, di incidere sullo sviluppo concorrenziale dell'intero settore, attraverso la definizione delle condizioni economiche e tecniche di fornitura di *input* essenziali ai propri concorrenti.

501. In primo luogo, analizzando l'attinenza e la proporzionalità tra le misure in parola e le condotte abusive contestate nell'ambito del procedimento in oggetto, occorre sottolineare che la proposta di TI presuppone l'esistenza di un mercato distinto per la GCA nell'ambito dei mercati dei servizi di Telecomunicazioni diretti all'utenza Business. Tale impostazione, che peraltro tecnicamente individua una soglia di consumo per separare le due categorie di domanda che appare eccessivamente ridotta, come peraltro hanno osservato molti operatori, è in contrasto palese con l'analisi concorrenziale sviluppata nell'ambito del procedimento e non appare idonea a contribuire alla trasparenza delle condotte commerciali di TI e, per questa via, a costituire la base di un meccanismo di monitoraggio efficace in senso pro-concorrenziale. Peraltro talune previsioni, quali quella che prevede "un conguaglio finale in caso di deviazioni dal profilo di consumo annuo effettivo oltre la soglia di tolleranza del 5%", appaiono contribuire a rafforzare la natura escludente dei contratti diretti verso la GCA.

502. In secondo luogo, gli impegni assunti da ultimo da TI non possono che riferirsi ai comportamenti commerciali futuri della stessa, non potendosi ipotizzare alcuna incidenza degli stessi sugli effetti discriminatori ed escludenti delle condotte già tenute dall'impresa a partire dal 2001. Considerato che gli impegni potrebbero ritenersi rivestire al più un'efficacia *ex nunc*, e non già *ex tunc*, le misure proposte non potrebbero in nessun caso rivelarsi idonee a rimuovere gli effetti dei comportamenti abusivi contestati. In altri termini, l'assunzione di impegni riguardanti condotte future non può considerarsi di per sé sufficiente a rimuovere il giudizio di illiceità del comportamento, né ad attenuarne la valutazione di gravità.

503. In terzo luogo, alla luce delle differenti competenze demandate all'AGCM e dell'AGCOM, la prevalenza degli impegni delineati nella proposta, in ragione della natura degli stessi, appare avere il suo destinatario naturale nell'Autorità di regolamentazione di settore. Occorre inoltre rilevare che la prevalenza delle misure di natura regolamentare definite all'interno del documento in parola appare formare attualmente oggetto delle disposizioni vigenti o in via di definizione, sicché risulta effettivamente difficile valutare la portata innovativa degli impegni oggi assunti da TI.

504. In quarto luogo, in sede di valutazione della congruità delle misure proposte dal punto di vista della tutela della concorrenza, impegni generici a non violare in futuro disposizioni di carattere normativo e/o regolamentare non possono ritenersi assumere alcun valore giuridico. Si deve, infatti, osservare che i generici impegni assunti da TI a non inserire o a non applicare clausole già ritenute abusive, quali quelle richiamate nella proposta in materia di contendibilità dei contratti, così come gli impegni a osservare i principi di non discriminazione e parità di trattamento tra proprie divisioni commerciali e operatori concorrenti, non possono essere valutate alla stregua di misure autonomamente assunte dall'impresa ai fini del miglioramento del quadro concorrenziale.

505. Per quanto sin qui rilevato, anche l'insieme degli impegni che appare di natura più strettamente pertinente alla competenza di codesta Autorità, non è idoneo a creare i presupposti, né in termini di incentivi, né di meccanismi di *enforcement*, per l'adozione da parte di TI di comportamenti concorrenziali diversi da quelli registrati sinora. A maggior

²³⁸ [TI aveva dichiarato in audizione finale che "la proposta non ha natura di semplice impegno unilaterale di TI verso l'Autorità, bensì costituisce un accordo tra i sottoscrittori, tale per cui TI assume un obbligo di fare, il cui oggetto è stato definito da un terzo indipendente e che è valido erga omnes, tranne alcuni impegni validi solo per gli OLO sottoscrittori"(verbale audizione finale). Successivamente TI ha precisato che solo gli impegni inerenti al meccanismo di controllo devono ritenersi di portata applicabili nei riguardi ei soli firmatari dell'accordo mentre tutte le altre misure devono ritenersi avere efficacia nei riguardi della generalità del mercato.]

ragione se si considera che la proposta incorpora misure che non assicurano alcun mutamento strutturale del mercato, in quanto rivestono un carattere esplicitamente temporaneo e straordinario.

506. Si deve infine rilevare che, allo stato attuale, solo parte dei concorrenti risulta aver sottoscritto l'accordo in parola e che quindi, diversamente da quanto affermato dalla stessa TI, non è possibile ritenere che l'insieme delle misure sottoposte all'esame dell'Autorità abbia superato alcuna sorta di *market test*.

E) GRAVITÀ E DURATA DELLE INFRAZIONI

507. L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, nel testo modificato dall'articolo 11, comma 4, della legge n. 57/01, applicabile al caso di specie ai sensi dell'articolo 54 della legge n. 52/96, prevede che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della loro gravità e durata, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato da ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio.

508. Alla luce dei principi della giurisprudenza comunitaria e nazionale, ai fini della valutazione della gravità dell'infrazione contestata occorre tener conto di una pluralità di elementi, tra i quali, nel caso di specie, la natura della condotta, l'importanza dell'impresa ed il contesto nel quale il comportamento è stato posto in essere²³⁹.

Nel caso di specie occorre evidenziare che le infrazioni accertate, pur afferendo ai medesimi mercati rilevanti, costituiscono, quanto al loro oggetto, alla tempistica e al loro impatto sull'assetto concorrenziale, distinte violazioni delle norme a tutela della concorrenza.

509. Con riferimento alla natura della condotta, si osserva che TI ha perseguito l'obiettivo di escludere i propri concorrenti dal mercato dei servizi finali all'utenza aziendale, riuscendo in tal modo a preservare la posizione storicamente detenuta in quanto operatore ex-monopolista, attraverso, in primo luogo, l'utilizzo di condizioni contrattuali, quali clausole di esclusiva, sconti personalizzati in base al fabbisogno storico del cliente, clausole equivalenti quanto agli effetti a clausole inglesi e penalità in caso di sviluppo di traffico con fornitori alternativi, in maniera tale da vincolare a sé un rilevante numero di clienti aziendali; in secondo luogo, attraverso la formulazione di condizioni economiche e tecniche nelle offerte alla clientela *business* non replicabili dai concorrenti, a fronte dei costi e delle condizioni tecniche stabilite in via regolamentare per l'offerta dei servizi intermedi a questi ultimi.

In base ai precedenti nazionali²⁴⁰ e comunitari²⁴¹, tali comportamenti escludenti e fidelizzanti da parte dell'operatore dominante, che detiene speciali responsabilità in virtù di questa sua posizione di dominanza sul mercato, costituiscono, di per sé, violazioni molto gravi delle norme a tutela della concorrenza.

510. In particolare, i comportamenti di formulazione di offerte non replicabili devono considerarsi di speciale gravità, in quanto TI rappresenta l'unico operatore verticalmente integrato in posizione dominante su tutti i mercati di riferimento e in quasi monopolio su alcuni di essi, così che gli operatori concorrenti sono tuttora obbligati a ricorrere ai servizi all'ingrosso di TI per potere presentare la loro offerta nei mercati dei servizi finali.

511. Nel caso di specie, inoltre, è necessario tenere conto del fatto che le descritte condotte commerciali sono state poste in essere in un contesto di nascente sviluppo della concorrenza nei mercati delle comunicazioni e hanno provocato concreti effetti restrittivi a danno degli operatori alternativi al dominante, conducendo, in particolare, alla perdita di numerosi clienti ovvero all'impossibilità di partecipare su un piano di parità all'aggiudicazione di importanti commesse, tra cui la gara Consip, come dimostrato dall'andamento in ripresa delle quote di mercato della società.

Si ricorda, infatti, che l'andamento registrato nella posizione di TI sui diversi segmenti del mercato dei servizi di fonia a partire dal 2001, vale a dire dal periodo di inizio delle infrazioni oggetto della presente istruttoria, nonostante la progressiva apertura del mercato alla concorrenza, mostra, in una prima fase, un rallentamento dell'erosione della posizione dell'ex-monopolista e, a partire dal 2002, una ripresa della sua quota di mercato.

512. Tale alterazione della struttura concorrenziale dei mercati oggetto del presente procedimento, peraltro, è stata consapevolmente posta in essere da parte di TI a danno dei principali concorrenti nei mercati dei servizi finali²⁴². La piena consapevolezza e intenzionalità delle condotte di TI è dimostrata, da un lato, dalle formule contrattuali finalizzate a legare a sé in maniera esclusiva la clientela *business*, attraverso sconti non commisurati ai volumi di traffico, clausole equivalenti quanto agli effetti a clausole inglesi e penalità per il caso di sviluppo di traffico con altri operatori; dall'altro,

²³⁹ [Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 15 luglio 1970, C-45/69, *Boehringer Mannheim GmbH v. Commission*, punto 53, in *Raccolta 1970*, p.769; ripresa e precisata nella sentenza 7 giugno 1983, cause riunite C-100-103/80, *Musique Diffusion Française*, in *Raccolta 1983*, p.1825; e nella sentenza 9 novembre 1983, C-322/81, *Michelin*, in *Raccolta 1983*, p. 3461. Cfr. altresì gli "Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 15, paragrafo. 2, del regolamento n.17 e dell'articolo 65, paragrafo 5 del trattato CECA", (C98/C 9/03) in *GUCE C 9/03 del 14 gennaio 1998*]

²⁴⁰ [Cfr., *ex multis*, sentenza del Consiglio di Stato 25 giugno 2002, n. 4001, *Coca Cola Italia*, cit..]

²⁴¹ [Cfr. i citati *Orientamenti della Commissione europea*, par. 1, lett. A.]

²⁴² [In merito all'elemento c.d. psicologico, occorre peraltro ricordare come la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ritenga che, in generale, "...non è necessario che l'impresa abbia avuto coscienza di violare un divieto sancito da queste norme [ndr: le norme antitrust], ma è sufficiente che essa non abbia potuto ignorare che il comportamento incriminato avesse per oggetto di restringere la concorrenza" (Corte di Giustizia, cause riunite da C-96/82 a C-102-110/82, *IAZ*, sentenza dell'8 novembre 1983, in *Raccolta 1983*, p. 3369).]

dalla complessa organizzazione interna aziendale, mirante ad una stringente supervisione del processo di attuazione delle politiche commerciali, come ampiamente documentato dalla reportistica interna di TI²⁴³.

513. Parimenti, la non replicabilità per i concorrenti delle condizioni tecniche ed economiche praticate da TI nei mercati dei servizi finali rispetto alle condizioni applicate in via regolamentare nei mercati dei servizi intermedi è stata posta in essere con consapevolezza degli effetti escludenti e discriminanti, come emerge dai verbali di audizione in cui la società ha apertamente affermato la maggiore onerosità dei costi regolamentari rispetto agli effettivi costi industriali 244.

514. Infine, le risultanze istruttorie attestano che i comportamenti assunti da TI con riferimento alla formulazione di politiche commerciali escludenti nei mercati al dettaglio relativi all'utenza affari e, altresì, alla formulazione di prezzi all'ingrosso incoerenti con le condizioni praticate al dettaglio sono riconducibili al periodo compreso tra il 2001 e almeno a tutt'oggi, essendo i contratti oggetto di istruttoria ancora in fase di esecuzione e le condizioni tecniche ed economiche tuttora applicate da TI²⁴⁵.

F) IL PARERE FORMULATO DALL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

1. Le valutazioni espresse dall'AGCOM

515. In data 15 ottobre 2003 è stato inviato all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, lo schema di provvedimento di chiusura del presente procedimento, deliberato dall'Autorità in data 12 ottobre 2004, ai fini dell'emanazione del relativo parere, ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 11. della legge n. 249 del 31 luglio 1997.

516. Nella Delibera n. 385/04/CONS, pervenuta in data 12 novembre 2004, l'AGCOM, dopo aver riassunto l'analisi condotta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ha espresso il proprio parere nei sensi di seguito esposti.

517. In particolare, in merito alla definizione dei mercati rilevanti l'AGCOM condivide la valutazione relativa ai mercati *wholesale*. Riguardo ai mercati *retail* ritiene, "alla luce del vigente quadro regolamentare, nonché delle proprie delibere assunte in materia di individuazione di soggetti con notevole forza di mercato, ed avendo specifico riferimento al livello di disaggregazione merceologica dei mercati quale finora individuata", che non sia possibile alcuna distinzione all'interno della clientela affari, né tra domanda pubblica e domanda privata di servizi di telefonia fissa. In ogni caso, l'AGCOM ritiene che qualsiasi valutazione circa la possibilità di prevedere una segmentazione del mercato tra clientela *business* pubblica e privata o, nell'ambito di quest'ultima, tra utenti suddivisi in base a dimensioni di spesa, deve essere svolta nell'ambito delle analisi di mercato previste dal nuovo quadro regolamentare, con particolare riferimento ai mercati nn. 2, 5 e 6 della Raccomandazione sui mercati rilevanti.

518. In relazione ai comportamenti contestati, l'AGCOM rileva come alcune formule contrattuali standard, quali ad esempio l'Offerta budgetaria, l'Offerta Business e l'Offerta Corporate, presentate da TI, sono state approvate dall'AGCOM, in quanto "...permettono di formulare previsioni sui consumi affidabili e credibili e quindi [...] forniscono una base attendibile per le necessarie verifiche previste dalla delibera 152/02/CONS. Rispetto al principio di non discriminazione tra diverse tipologie di clientela, l'Autorità [AGCOM - N.d.R.], nel verificare ed approvare le offerte richiamate, ha ritenuto che esse non alterassero le condizioni di competizione nei mercati della telefonia destinata all'utenza business".

519. Riguardo alla non replicabilità delle condizioni economiche praticate nei riguardi della clientela *business*, l'AGCOM "ritiene di condividere le conclusioni sul carattere di non replicabilità di tali condizioni economiche" anche utilizzando la metodologia indicata dalla delibera n.152/02/CONS. In particolare, l'AGCOM ricorda che i test di prezzo individuati nella citata delibera sono fondati su un'analisi svolta sulla base di alcuni criteri generali di valutazione:

²⁴³ [Le problematiche relative alla messa in atto di pratiche discriminatorie e comportamenti escludenti da parte di imprese in posizione dominante sono state in molteplici occasioni oggetto di intervento delle autorità antitrust; pertanto, la contrarietà alle regole di concorrenza dei comportamenti posti in essere non poteva non essere nota alle Parti del presente procedimento. In particolare, costituisce un principio consolidato quello in base al quale il divieto posto dall'articolo 3 della legge n. 287/90, applicato dall'Autorità nel caso di specie, non impedisce all'impresa in posizione dominante di competere nel mercato con i normali (e leciti) mezzi rientranti nella concorrenza fondata "sui meriti", ma le impone di non compromettere, con il suo comportamento, "lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune", Corte di Giustizia, 9 novembre 1983, causa C-322/81, Michelin, cit., punto 57.]

²⁴⁴ [Secondo la consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, la prova inequivocabile di un intento escludente costituisce un parametro rilevante nella valutazione dei comportamenti concretamente adottati dalle imprese, in quanto proprio tale circostanza dimostra come la motivazione di fondo che sottende le singole condotte non possa essere ricondotta a legittime strategie economiche, ma invece al mero intento di escludere i concorrenti dal mercato, cfr. inter alia la sentenza resa dalla Corte di Giustizia nel caso Akzo Chemie BV c. Commissione, cit., secondo cui comportamenti apparentemente innocui sotto il profilo concorrenziale, se non addirittura astrattamente pro-competitivi (quali l'acquisizione dal distributore di notizie circa l'offerta del concorrente al fine di rilanciare su questa), sono stati considerati anti-concorrenziali in quanto finalizzati ad estromettere il concorrente da un dato mercato (sent. 3 luglio 1991, in causa C-62/86, in Raccolta I-3359, punto 148). Analogamente nel caso BPB Industries plc e British Gypsum, cit., il Tribunale di Primo Grado ha attribuito un particolare valore ai progetti strategici delle società, se da essi emergeva l'intento di porre in essere azioni per nuocere ad un determinato concorrente (sent. 1 aprile 1993, in causa. T-85/89, §§ 62 e ss).

Più recentemente, nella sentenza resa nel caso Irish Sugar, il Tribunale di Primo Grado ha affermato che la circostanza che una pratica controversa si collochi nell'ambito di un piano dell'impresa in posizione dominante avente lo scopo di eliminare un concorrente può stabilirne il carattere abusivo (Sent. 7 ottobre 1999, punto 114.)]

²⁴⁵ [E ciò, peraltro, senza considerare, i contratti con CONFAPI, [OMISSIS] e [OMISSIS] citati nel corso dell'audizione finale da FASTWEB e acquisiti agli atti.]

a) l'analisi deve essere condotta per singola direttrice di traffico, al fine di garantire la concorrenza su ciascuna direttrice. L'operatore *incumbent* gode di un evidente vantaggio concorrenziale in quanto operatore dominante verticalmente integrato, "in grado di estendere la sua dominanza ai mercati adiacenti grazie all'asset competitivo derivante dal possesso della rete. La riduzione dei margini -fino a renderli negativi- in un segmento di offerta, per sussidiare l'offerta in un mercato adiacente, comporterebbe la forte riduzione della concorrenza nel primo mercato, nonché esporrebbe i concorrenti ad un elevato grado di rischio economico in caso di variazioni della domanda. Questo rischio, è particolarmente avvertito in caso di gare di appalto, ove le offerte economiche sono di norma valutate sulla base di dati storici di traffico che potrebbero altresì subire variazioni nel corso dell'esercizio oggetto del contratto";

b) la base di contabilità regolatoria rilevante per l'individuazione dei costi che contribuiscono alla definizione del *price floor* deve essere omogenea rispetto a quella adottata per la determinazione dei costi di interconnessione: solo l'impiego di un'identica base contabile consente di garantire la parità di trattamento tra le direzioni commerciali di TI e gli operatori concorrenti;

c) in caso di offerte pluriennali, appare opportuno che i valori di costo degli elementi di rete tengano conto della loro evoluzione "qualora tale adeguamento sia oggetto di impegni vincolanti di analoghe riduzioni sui servizi di interconnessione da parte dell'operatore notificato". Il riferimento, a tal riguardo, è l'introduzione a partire dal 2003 di un meccanismo di *network cap* per l'OIR.

520. Tali considerazioni sono ovviamente estensibili anche alla valutazione dei Listini offerti all'utenza affari, dei quali si rileva anche che non sono stati sottoposti ad alcuna comunicazione preventiva all'AGCOM da parte di TI.

521. Per quanto riguarda l'applicazione di condizioni tecniche migliorative ai clienti affari, l'AGCOM condivide il principio espresso da questa Autorità secondo il quale l'operatore *incumbent* verticalmente integrato è tenuto a garantire la replicabilità delle offerte anche sotto il profilo tecnico, precisando, altresì, che la delibera n.152/02/CONS prevede che la parità di trattamento sia estesa anche alle condizioni tecniche di erogazione dei servizi²⁴⁶. Evidentemente, qualora la previsione di "SLA premium" comporti un aggravio dei costi per l'acquisto dei servizi *wholesale*, sarà necessario tenerne conto ai fini della valutazione di sostenibilità delle condizioni economiche praticate ai clienti finali.

522. Infine, in relazione agli impegni assunti da TI nei riguardi degli altri operatori, l'AGCOM condivide la valutazione dell'Autorità circa la natura regolamentare della maggior parte degli stessi. Rileva che la valutazione di merito, circostanziata e puntuale, degli interventi che rimandano alle competenze dell'AGCOM, sarà svolta dalla stessa Autorità nell'ambito dei procedimenti in corso, e, segnatamente, dell'istruttoria sull'offerta di riferimento²⁴⁷, delle analisi di mercato in coerenza con il nuovo quadro regolamentare comunitario per il settore delle comunicazioni elettroniche. Inoltre, l'AGCOM precisa che il meccanismo di controllo di replicabilità delle offerte proposto da TI, in quanto affidato ad un soggetto terzo (il Comitato di Controllo), non è coerente con le competenze attribuite per legge all'Autorità di settore.

Infine, l'AGCOM valuta alcuni degli impegni assunti da TI per il futuro come idonei ad accelerare lo sviluppo di una effettiva competizione basata sulle infrastrutture (cfr. *infra*, § 528).

In tal senso, l'AGCOM ritiene che gli impegni assunti da TI con specifico riferimento ai servizi di interconnessione e di accesso poi ribaditi nell'OIR 2005, "dal momento che possono avere significativa influenza sulle condizioni competitive, appaiono idonei ad incidere sulla valutazione della gravità dei comportamenti contestati".

2. Considerazioni in merito alle valutazioni dell'Autorità di settore

523. Per quanto attiene all'analisi condotta dall'Autorità di settore, si sottolinea come questa sia complessivamente concorde con la valutazione effettuata da questa Autorità in relazione all'abusività dei comportamenti contestati, assunti da TI sui mercati rilevanti correttamente individuati. In particolare, l'AGCOM ha condiviso tanto l'analisi condotta dall'Autorità in merito alla definizione dei mercati rilevanti, quanto il giudizio di non replicabilità delle offerte tecniche ed economiche di TI rivolte all'utenza *business*.

524. Con specifico riferimento ad alcune clausole contrattuali (cfr. *supra*, § 518), sottoposte al vaglio preventivo dell'AGCOM²⁴⁸ ed in relazione alle quali l'AGCOM stessa ha sottolineato l'idoneità a ricevere una valutazione ai sensi della delibera 152/02/CONS, nonché la natura non discriminatoria delle diverse tipologie di clientela, si ritiene opportuno precisare quanto segue. Le risultanze istruttorie hanno evidenziato chiaramente il generalizzato ricorso da parte delle Direzioni commerciali di TI nei confronti dell'utenza *business* a listini e clausole ulteriori e diverse da quelle preventivamente sottoposte al vaglio dell'AGCOM. Le Offerte contrattuali effettivamente comunicate all'Autorità di settore, pertanto, costituiscono solo una parte delle offerte rivolte alla clientela affari, sulla cui generalità l'AGCOM non ha avuto modo di compiere la propria preventiva valutazione in assenza di comunicazione da parte della società. In

²⁴⁶ [La delibera 152/02/CONS prevede che "la fornitura di servizi di rete avvenga assicurando il medesimo livello di servizio e assistenza sul territorio agli operatori interconnessi ed alle unità organizzative commerciali interne o a società collegate o controllate" A tal fine, in alcuni casi l'Autorità di settore ha disposto, nel 2003, che fossero definite delle condizioni "SLA Premium" nell'OIR e nelle offerte *wholesale* tali da garantire la proposizione da parte dei concorrenti di "offerte tecnicamente competitive". Ad esempio, nelle offerte di linee affittate *wholesale* (delibera n. 440/03/CONS) e nei servizi di accesso disaggregato (delibera n. 3/04/CIR).]

²⁴⁷ [L'OIR per il 2005 è stata ufficialmente presentata da TI il 29 ottobre 2004.]

²⁴⁸ [E segnatamente le offerte denominate Offerta Budgetaria, Offerta Business e Offerta Corporate.]

ogni caso, occorre rilevare che le clausole non risultano essere state in seguito oggetto di valutazione da parte dell'AGCOM alla luce delle disposizioni relative alla "parità di trattamento interno-esterno" previste dalla delibera n. 152/02/CONS, nonostante che l'autorizzazione definitiva fosse stata subordinata a tale esame. In definitiva, assume rilevanza il fatto che l'analisi condotta in sede regolamentare, come evidenziato nello stesso parere dell'AGCOM, ha riguardato profili diversi - segnatamente, il principio di non discriminazione tra diverse tipologie di clientela - da quelli oggetto di valutazione concorrenziale nell'ambito del presente procedimento.

525. Il presente procedimento ha, invece, valutato come abusive alcune clausole contrattuali utilizzate da TI in ragione non già del loro carattere eventualmente discriminatorio tra i diversi clienti finali, ma piuttosto dell'effetto escludente nei confronti dei concorrenti, a causa della natura implicitamente esclusiva derivante dalle suddette formule contrattuali. Più specificamente, il presente procedimento antitrust è volto a sanzionare non già la discriminazione tra clienti di TI, quanto la discriminazione attuata dall'*incumbent* verticalmente integrato tra le proprie divisioni commerciali ed i concorrenti. In tal senso, ai fini della valutazione di illiceità antitrust, non risultano conferenti le considerazioni esposte dall'AGCOM, in quanto Autorità di settore, circa le offerte commerciali sottoposte al suo vaglio preventivo. In ogni caso, né il sistema di calcolo dell'AGCOM, né il fatto che la stessa aveva approvato alcune delle clausole contrattuali di TI, poteva autorizzare o indurre quest'ultima alla violazione della legge 287/90, sì da escluderne, o anche attenuarne, la responsabilità.

526. A tale riguardo, si deve inoltre osservare che i comportamenti commerciali di TI, che concernono offerte, sul mercato a valle, non replicabili dai suoi concorrenti, in quanto inferiori, dato l'attuale assetto regolatorio, ai costi sopportati da questi ultimi sui mercati a monte, non possono essere idonei ad apportare stabilmente benefici in termini di prezzo per la clientela finale. Applicando alle sue divisioni commerciali condizioni economiche inferiori a quelle definite a fini regolamentari per la fornitura di fattori intermedi essenziali all'erogazione dei servizi finali, TI ha introdotto una discriminazione dei costi di rete a carico degli OLO che, nel medio-lungo periodo, come ormai pacificamente e univocamente rilevato dalla dottrina e dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, ostacola significativamente il raggiungimento di condizioni di mercato alle quali possa essere associato, grazie a una molteplicità delle offerte da parte di una pluralità di concorrenti efficienti, una effettiva e duratura riduzione dei prezzi praticati ai clienti finali.

527. Infine, l'Autorità, in difformità dalle valutazioni espresse dall'AGCOM, non ritiene che gli impegni assunti da ultimo da TI possano costituire elementi di cui tenere conto nella valutazione della gravità dei comportamenti contestati ai sensi della legge n. 287/90.

In via preliminare, l'assunzione di impegni riguardanti condotte future non può considerarsi di per sé sufficiente ad attenuare la valutazione di gravità di comportamenti pregressi che hanno già concretamente prodotto il loro effetto sul mercato, ostacolando la commercializzazione delle offerte dei concorrenti e, quindi, lo sviluppo di una concorrenza effettiva sui mercati dei servizi finali oggetto della presente istruttoria.

528. Nel caso di specie, questa Autorità ha ritenuto che gli impegni proposti da TI avessero prevalentemente natura regolamentare, rinviandone la valutazione all'Autorità di settore. A tal riguardo l'AGCOM ha precisato che, in prospettiva, alcuni degli impegni proposti da TI appaiono idonei a creare condizioni più favorevoli allo svolgimento di più soddisfacenti dinamiche concorrenziali. L'AGCOM ha rilevato che talune misure "*possono avere significativa influenza sulle condizioni competitive*", in particolare per quanto concerne: (i) la variabilizzazione dei costi di collocazione associati all'*unbundling*; (ii) l'offerta, sino al 2010, del servizio di *unbundling* in fibra ottica, come pure dell'accesso alle infrastrutture di TI per realizzare nuove reti in fibra ottica; (iii) il monitoraggio degli adempimenti previsti dagli SLA, in quanto "*rappresentano un contributo all'affermazione di una competizione maggiormente basata sulle infrastrutture e, perciò, più durevole e solida*"; (iv) la riduzione dei costi di interconnessione previsti nella Offerta presentata da TI all'AGCOM in data 29 ottobre 2004.

529. La stessa AGCOM fonda tale valutazione non già sull'esistenza di una idoneità degli impegni proposti da TI a rimuovere gli effetti restrittivi della concorrenza prodotti dalle condotte tenute sui mercati a monte ed a valle, ma sulla possibilità che i sopra elencati impegni producano, nel futuro, un miglioramento del quadro concorrenziale rispetto a quello che emerge tenendo conto dell'assetto regolatorio attualmente prevalente. In questa prospettiva, l'Autorità prende atto dell'apprezzamento espresso dall'AGCOM circa l'impegno di TI a ridurre i costi di interconnessione con la propria rete rispetto ai valori pur già definiti, in base al meccanismo del *network cap*, dalla stessa Autorità di settore; non astenendosi, tuttavia, dal considerare come siffatto impegno non sia tale da modificare, oltre ai valori, il metodo di calcolo sottostante e lascia, in definitiva, inalterati i presupposti per pratiche abusive del tipo di quelle considerate nel presente provvedimento.

530. Avendo considerato tutti gli elementi su esposti, l'Autorità prende atto, in conclusione, ai fini della determinazione della sanzione, che nel proprio parere l'Autorità di regolazione ha espresso una valutazione positiva di parte di questi impegni, in quanto "*possono avere significativa influenza sulle condizioni competitive*". Agli stessi fini, peraltro, questa Autorità non può trascurare la circostanza che i comportamenti restrittivi della concorrenza posti in essere da TI mediante l'applicazione dei listini e delle clausole contrattuali contenute nelle offerte sottoposte alla clientela business - oggetto della presente istruttoria - continuano a dispiegare tuttora i propri effetti. Tali comportamenti derivano, infatti, da contratti ancora in corso di esecuzione e da offerte commerciali tuttora riscontrabili sul mercato, categorie fra le quali rientrano, in primis, la Convenzione Consip, la cui efficacia è protratta fino al 2005 e le cui condizioni economiche trovano ben più ampia applicazione.

G) LA QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

531. In ordine alla quantificazione della sanzione, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/81, richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, devono essere considerate la gravità della violazione, le condizioni economiche, nonché il comportamento delle imprese coinvolte e, in particolare, le eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze delle violazioni. Ai fini dell'individuazione e applicazione di tali criteri si richiama, altresì, la Comunicazione della Commissione 98/C9/03 sul calcolo delle ammende.

532. Relativamente alla gravità delle infrazioni accertate, nel richiamare le considerazioni già svolte nel paragrafo precedente, si rileva che TI ha posto in essere condotte escludenti e discriminatorie ritenute per loro natura molto gravi dagli orientamenti comunitari e nazionali.

Inoltre, le condotte di TI sono state consapevolmente assunte da un operatore dominante sui mercati a monte e a valle, che appare aver sfruttato questa sua peculiare caratteristica per eliminare la possibilità di formulazione di offerte alternative sui mercati interessati, al fine di preservare e/o di rafforzare la propria posizione di dominanza.

Tali condotte appaiono peraltro avere avuto efficacia piena, conducendo, nel tempo, ad un effettivo innalzamento delle quote di TI nei mercati di riferimento a scapito della concorrenza.

A ciò si aggiunga che TI non ha posto fine agli illeciti accertati, atteso in particolare l'attuale perdurare degli effetti di diversi contratti oggetto della presente istruttoria.

Per tutte le ragioni sopra esposte, le infrazioni alla normativa a tutela della concorrenza vanno considerate molto gravi.

533. Per quanto attiene alla durata delle infrazioni contestate, si rileva che i comportamenti commerciali di TI, visti nel loro complesso, anche alla luce delle considerazioni sopra svolte, e senza neppure volere considerare i contratti stipulati durante l'anno 2004, sono stati realizzati per un periodo sufficientemente lungo, che va dal 2001 a tutt'oggi, periodo congruo a provocare una rilevante e persistente alterazione della struttura concorrenziale dei mercati interessati.

534. La sanzione da irrogare all'impresa deve essere quantificata anche tenendo conto della necessità di fissare un importo che abbia una adeguata efficacia deterrente. Sul punto, negli "Orientamenti per il calcolo delle ammende" della Commissione è espressamente stabilito che nella determinazione della sanzione "...si potrà, inoltre, tenere conto del fatto che generalmente le imprese di grandi dimensioni dispongono quasi sempre di conoscenze e di infrastrutture giuridico-economiche che consentono loro di essere maggiormente consapevoli del carattere di infrazione del loro comportamento e delle conseguenze che ne derivano sotto il profilo del diritto della concorrenza...".

535. La complessiva condizione economica dell'impresa è attestata dal fatto che Telecom Italia S.p.A. ha realizzato, nel 2003, ricavi delle vendite pari a circa 16 miliardi di euro, di cui 15,6 miliardi di euro realizzati in Italia, con un utile netto di circa 2,6 miliardi di euro.

536. Pertanto, applicando i criteri sopra richiamati, e tenuto anche conto degli importi indicati nei citati Orientamenti della Commissione di cui alla Comunicazione 98/C 9/03 con riferimento alle "infrazioni molto gravi", e alla necessità che la sanzione irrogata abbia un reale effetto deterrente, l'importo base della sanzione da irrogare per le infrazioni all'articolo 3, lett. b) della legge n. 287/90, relative alle *offerte commerciali escludenti* (a), è pari a 67,5 milioni di euro.

537. Per quanto concerne poi le infrazioni dell'articolo 3 lett. b) e c) della legge n. 287/90, relative alla *non replicabilità delle offerte tecniche ed economiche* (b), in considerazione della loro identica gravità e durata, e tenuto conto degli specifici effetti distorsivi derivanti dall'illegittimo sfruttamento delle prerogative di operatore verticalmente integrato da parte di TI, si deve ritenere giustificato un importo base della sanzione anch'esso pari a 67,5 milioni di euro.

538. A tali importi di base deve aggiungersi un ulteriore importo per la circostanza aggravante della recidiva, poiché la Parte è stata più volte condannata per abuso di posizione dominante in relazione a comportamenti sostanzialmente escludenti, consistenti, in alcuni casi, nell'applicazione, nell'offerta di servizi finali, di scontistica fidelizzante e di condizioni tecniche ed economiche discriminatorie nei confronti dei concorrenti²⁴⁹; in altri casi, nell'applicazione di condizioni di miglior favore alle proprie divisioni commerciali nella fornitura di servizi all'ingrosso²⁵⁰; infine, in altri casi ancora, in pratiche di *price squeeze* con intento escludente²⁵¹. La comunanza nella strategia volta ad ostacolare o impedire l'ingresso degli altri OLO nei mercati liberalizzati rispetto a tali precedenti, pertanto, appare costituire un elemento aggravante delle condotte di TI oggetto del presente procedimento²⁵².

²⁴⁹ [Cfr. in particolare, il provv. n. 7978 del 28 gennaio 2000, AIIP/Telecom Italia (caso A255), in Boll. n. 4/00, e il provv. 5428 del 30 ottobre 1997, ALBACOM/Telecom Italia-Circuiti Dedicati (A 178), in Boll. n. 44/97.]

²⁵⁰ [Cfr. il provv. 9472 del 27 aprile 2001, Infostrada/Telecom Italia-Tecnologia ADSL (caso A285), in Boll. n. 16-17/01. Vale sottolineare che nell'ambito di tale procedimento TI si era impegnata a rispettare i principi di non discriminazione relativamente a condizioni economiche e condizioni/tempi di fornitura (SLA), anche attraverso la definizione di una struttura divisionale interna che TI ritiene più congrua a garantire il rispetto del principio di parità di trattamento, cfr. par. 279 e segg..]

²⁵¹ [Cfr. il provv. 8481 del 13 luglio 2000, ALBACOM-Tiscali/Telecom Italia (caso A280), in Boll. n. 28/00.]

²⁵² [Cfr. la sentenza del Tribunale di Primo Grado dell'11 marzo 1999, Thyssen Stahl AG, causa T-14/94, Racc. 1999, pag. II-347, punto 617, e la decisione della Commissione del 5 dicembre 2001, Interbrew e Alken/Maes, in GUUE del 7 agosto 2003, L 200/1, punto 314.]

539. In relazione alla "proposta di TI sottoposta all'accettazione degli altri OLO" del 24 settembre 2004, si deve sottolineare che la stessa ha ricevuto un parziale apprezzamento da parte dell'Autorità di settore, che ha sottolineato come alcuni degli impegni descritti nella proposta "possono avere significativa influenza sulle condizioni competitive". Ferma restando quindi l'inidoneità della proposta a porre fine alle condotte illecite oggetto del presente procedimento, come agli effetti che le stesse hanno prodotto, si intende tenere conto del parziale apprezzamento che detta proposta, nella parte regolatoria che la riguarda, ha ricevuto dall'Autorità di settore.

540. In conclusione, sulla base di tutto quanto esposto, si determina una sanzione pari a 76 milioni di euro per le condotte sub (a) ed una sanzione pari a 76 milioni di euro per le infrazioni sub (b).

Tutto ciò premesso e considerato:

DELIBERA

a) che le condotte poste in essere da Telecom Italia S.p.A. nei mercati rilevanti dei servizi finali all'utenza aziendale, consistenti nell'applicare condizioni contrattuali contenenti clausole di esclusiva, penalizzazioni per il mancato raggiungimento degli obiettivi di spesa e clausole equivalenti quanto agli effetti a clausole inglesi, costituiscono violazioni molto gravi dell'articolo 3, lettera b), della legge n. 287/90;

b) che le condotte poste in essere da Telecom Italia S.p.A. nella formulazione alla clientela aziendale di condizioni economiche e tecniche non replicabili dai concorrenti, configurabili come pratiche discriminatorie sui mercati rilevanti dei servizi intermedi, consistenti nell'applicare ai propri concorrenti condizioni economiche e tecniche peggiorative rispetto a quelle praticate alle proprie divisioni commerciali, costituiscono violazioni molto gravi dell'articolo 3, lettere b) e c), della legge n. 287/90;

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

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

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

La sanzione amministrativa pecuniaria deve essere pagata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento con versamento diretto al Concessionario del Servizio della Riscossione oppure mediante delega alla banca o alle Poste Italiane S.p.A., presentando il modello allegato al presente provvedimento, così come previsto dal Decreto Legislativo 9 luglio 1997, n. 237.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

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

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 33, comma 1, della legge n. 287/90, entro il termine di sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Rita Ciccone

IL PRESIDENTE
Giuseppe Tesaurò