

Pubblicato il 23/12/2019

N. 08695/2019 REG. PROV. COLL.
N. 09262/2016 REG. RIC.
N. 09350/2016 REG. RIC.
N. 09408/2016 REG. RIC.
N. 09530/2016 REG. RIC.
N. 09532/2016 REG. RIC.
N. 09568/2016 REG. RIC.
N. 09627/2016 REG. RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9262 del 2016, proposto da società SIRTI s.p.a., con sede legale in Milano, via Stamira D'Ancona n. 9, in persona dell'Amministratore delegato e legale rappresentante p.t. dr. Roberto Pisa, rappresentata e difesa dall'Avv. Angelo Clarizia e dall'Avv. Domenico Gullo, anche disgiuntamente tra loro, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, Via Principessa Clotilde n. 2, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

contro

l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - AGCM, in persona del legale rappresentante p.t., rapp.ta e difesa in giudizio dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale è *ex lege* domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12 (PEC: ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it);

nei confronti

Telecom Italia S.p.A., Alpitel S.p.A., Ceit Impianti S.r.l., Sielte S.p.A., Site S.p.A., Valtellina S.p.A. non costituiti in giudizio;

Wind Telecomunicazioni S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Isabella Perego, Gian Michele Roberti, Marco Serpone, con domicilio eletto presso lo studio Gian Michele Roberti in Roma, via del Foro Traiano, 1/A;

Vodafone Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli, con domicilio eletto presso lo studio Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna 32;

sul ricorso numero di registro generale 9350 del 2016, proposto da società SIELTE s.p.a., con sede legale in San Giorgio di Catania (CT), via Cerza 4, in persona del Presidente del consiglio di amministrazione e legale rappresentante p.t. Salvatore Turrisi, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giorgio Fraccastoro, Francesco Consoli Xibilia, Alice Volino e Eleonora Franco; elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, via Piemonte 39, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

contro

l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - AGCM, in persona del legale rappresentante p.t., rapp.ta e difesa in giudizio dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale è ex lege domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12 (PEC: ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it);

nei confronti

Alpitel S.p.A., Ceit Impianti S.r.l., Sirti S.p.A., Site S.p.A., Valtellina S.p.A., Telecom Italia S.p.A., Bt Italia S.p.A., Fastweb S.p.A., Mc Link S.p.A., Associazione Italiana Internet Provider non costituiti in giudizio;

Wind Telecomunicazioni S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Isabella Perego, Gian Michele Roberti, Marco Serpone, con domicilio eletto presso lo studio Gian Michele

Roberti in Roma, via del Foro Traiano, 1/A;

Vodafone Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli, con domicilio eletto presso lo studio Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna 32;

sul ricorso numero di registro generale 9408 del 2016, proposto da società SITE s.p.a., con sede legale in Bologna, via del Tuscolano n. 15, in persona del legale rappresentante p.t. Stefano Borghi, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Alberto Pera, Piero Fattori, Antonio Liroso; elettivamente domiciliata presso lo studio legale Gianni Origoni Grippo Cappelli Partners in Roma, via delle Quattro Fontane 20, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

contro

l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - AGCM, in persona del legale rappresentante p.t., rapp.ta e difesa in giudizio dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale è ex lege domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12 (PEC: ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it);

nei confronti

Wind Telecomunicazioni S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Isabella Perego, Gian Michele Roberti, Marco Serpone, con domicilio eletto presso lo studio Gian Michele Roberti in Roma, via del Foro Traiano, 1/A;

Bt Italia S.p.A., Fastweb S.p.A. non costituiti in giudizio;

Vodafone Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli, con domicilio eletto presso lo studio Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna 32;

sul ricorso numero di registro generale 9530 del 2016, proposto da società CEIT IMPIANTI s.r.l., con sede legale in San Giovanni Teatino (CH), via Aterno 108, Frazione Sambuceto, in persona del Presidente del consiglio di amministrazione e legale rappresentante pro tempore ing. Giovanni Di Vincenzo, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Francesco Anglani, Mariangela Di Giandomenico e Maurizio Pappalardo, elettivamente domiciliata presso il loro studio in in Roma, via Salaria 259 (Studio BonelliErede), con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

contro

l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - AGCM, in persona del legale rappresentante p.t., rapp.ta e difesa in giudizio dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale è ex lege domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12 (PEC: ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it);

nei confronti

Wind Telecomunicazioni S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Isabella Perego, Gian Michele Roberti, Marco Serpone, con domicilio eletto presso lo studio Gian Michele Roberti in Roma, via del Foro Traiano, 1/A;

Vodafone Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli, con domicilio eletto presso lo studio Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna 32;

sul ricorso numero di registro generale 9532 del 2016, proposto da società TELECOM ITALIA s.p.a., con sede legale in Via Gaetano Negri, 1, Milano, in persona dell'avv. Federica Poggioli nella sua qualità di procuratore,

rappresentata e difesa dagli Avv.ti Claudio Tesauro, Luca R. Perfetti e Andrea Zoppini; elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. Claudio Tesauro (BonelliErede) in Roma, via Salaria 259, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

contro

l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - AGCM, in persona del legale rappresentante p.t., rapp.ta e difesa in giudizio dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale è ex lege domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12 (PEC: ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it);

nei confronti

Wind Telecomunicazioni S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Isabella Perego, Gian Michele Roberti, Marco Serpone, con domicilio eletto presso lo studio Gian Michele Roberti in Roma, via del Foro Traiano, 1/A;

Vodafone Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli, con domicilio eletto presso lo studio Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna 32;

sul ricorso numero di registro generale 9568 del 2016, proposto da società ALPITEL s.p.a., con sede in Nucetto (CN), via Nazionale n. 107, in persona del legale rappresentante p.t. Carlo Carlotto, rappresentata e difesa dall'Avv. Fabrizio Cugia di Sant'Orsola ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, via Terenzio 7, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

contro

l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - AGCM, in persona del legale rappresentante p.t., rapp.ta e difesa in giudizio dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale è ex lege domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12 (PEC: ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it);

sul ricorso numero di registro generale 9627 del 2016, proposto da società VALTELLINA s.p.a., con sede legale in Gorle (BG), via Michelangelo Buonarroti n. 34, in persona del legale rappresentante pro tempore Giampietro Valtellina, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Pierluigi Piselli, Emilia Piselli e Gianni Marco Di Paolo; elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, via Giuseppe Mercalli 13, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

contro

l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - AGCM, in persona del legale rappresentante p.t., rapp.ta e difesa in giudizio dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale è ex lege domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12 (PEC: ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it);

nei confronti

Autorita' per Le Garanzie Nelle Comunicazioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

quanto al ricorso n. 9262 del 2016:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per Il Lazio (sezione Prima) n. 09555/2016, resa tra le parti, concernente irrogazione sanzione amministrativa pecuniaria

quanto al ricorso n. 9350 del 2016:

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I n. 09553/2016, resa tra le parti, concernente sanzione amministrativa pecuniaria per intesa restrittiva della concorrenza

quanto al ricorso n. 9408 del 2016:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per Il Lazio (sezione Prima) n. 09560/2016, resa tra le parti, concernente irrogazione di sanzione pecuniaria amministrativa per intese restrittive della concorrenza

quanto al ricorso n. 9530 del 2016:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per Il Lazio (sezione Prima) n. 09556/2016, resa tra le parti, concernente sanzione amministrativa per aver posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'art. 101 del trattato sul funzionamento dell'unione europea

quanto al ricorso n. 9532 del 2016:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per Il Lazio (sezione Prima) n. 09554/2016, resa tra le parti, concernente sanzione amministrativa per aver posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'art. 101 del trattato sul funzionamento dell'unione europea

quanto al ricorso n. 9568 del 2016:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per Il Lazio (sezione Prima) n. 09559/2016, resa tra le parti, concernente sanzione amministrativa per aver posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'art. 101 del trattato sul funzionamento dell'unione europea

quanto al ricorso n. 9627 del 2016:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per Il Lazio (sezione Prima) n. 09561/2016, resa tra le parti, concernente sanzione amministrativa pecuniaria per intesa restrittiva della concorrenza

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust e dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni – Agcom, di Wind Telecomunicazioni S.p.A. e di Vodafone Italia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2019 il Cons. Paolo Carpentieri e uditi per le parti gli avvocati Alessandro Jacoangeli dell'Avvocatura Generale dello Stato, Fabio Cintioli, Angelo Clarizia, Marco Serpone, Giorgio Fraccastoro, Antonio Lirosi, Salvatore Spagnuolo in sostituzione degli avv.ti Pera e Fattori, Anglani Francesco, Claudio Tesauro, Fabrizio Cugia Di Sant'Orsola, Angelo Lalli in sostituzione degli avv.ti Piselli; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con i ricorsi in epigrafe le società Sirti s.p.a., Sielte s.p.a., Site s.p.a., Ceit Impianti s.r.l., Telecom Italia s.p.a., Alpitel s.p.a. e Valtellina s.p.a. hanno proposto appello avverso (rispettivamente) le sentenze nn. 9555, 9553, 9560, 9556, 9554, 9559 e 9561 del 6 settembre 2016, con le quali il Tar del Lazio, Sez. I, ha respinto, compensando le spese di lite, i ricorsi diretti a ottenere l'annullamento del provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d'ora innanzi anche "AGCM" o "Autorità") n. 25784 del 16 dicembre 2015, assunto, su parere favorevole dell'Autorità Garante delle comunicazioni (d'ora in avanti anche "AGCOM"), all'esito del procedimento istruttorio n. 1761, con il quale, sul presupposto che le società appellanti avrebbero posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, sono state irrogate le seguenti sanzioni amministrative pecuniarie: euro 21.506.574,66 per la società Telecom Italia, euro 133.796,17 per la società Alpitel, euro 782.026,01 per la società Ceit Impianti, euro 2.383.304,15 per la società Sielte, euro 1.904.213,04 per la società Sirti, euro 1.050.030,14 per la società Site ed euro 339.912,72 per la società Valtellina (per un totale di euro 28.099.855).

2. La controversia ha ad oggetto un'intesa anticoncorrenziale, rilevata dall'AGCM su segnalazione degli operatori Wind s.p.a. e Fastweb s.p.a., che sarebbe stata posta in essere dalle società Sirti s.p.a., Alpitel s.p.a., Ceit Impianti s.r.l., Sielte s.p.a., Site s.p.a. e Valtellina s.p.a., (d'ora in avanti anche "imprese di manutenzione"), con il coordinamento di Telecom Italia s.p.a. (d'ora in avanti anche "Telecom"), nel mercato rilevante dell'offerta di servizi di manutenzione correttiva sulle reti di telecomunicazioni di Telecom nell'ambito delle attività funzionali alla possibilità per gli operatori alternativi (così detti "OLO", *Other Licensed Operator*), prevista dalla normativa di settore, di effettuare l'accesso disaggregato (così detto *unbundling del local loop*, ULL) alla rete fissa di comunicazione in rame di Telecom e di offrire il servizio telefonico in postazione fissa direttamente alla propria utenza finale.

3. L'intesa (o la condotta) restrittiva della concorrenza, violativa dell'art. 101 TFUE, posta in essere dalle suddette imprese, considerata dall'AGCM unica e complessa e per consistenza idonea ad alterare le condizioni concorrenziali sul mercato con pregiudizio al commercio intracomunitario, sarebbe consistita *"in uno scambio di informazioni prevalentemente commerciali e nel coordinamento dei prezzi e delle comunicazioni agli stakeholder delle condizioni nell'erogazione dei servizi di manutenzione correttiva su linee ULL della rete di accesso di Telecom Italia con l'obiettivo limitare il confronto competitivo e prevenire l'evoluzione delle forme di erogazione disaggregata dei servizi tecnici accessori"*, nonché nel coordinamento della condotta da tenere nel corso delle audizioni presso AGCOM nell'ambito di un procedimento di vigilanza sul mercato, volto tra l'altro alla valutazione dei costi di manutenzione correttiva rientranti nell'offerta relativa all'accesso svolta da Telecom, con l'obiettivo di limitare il confronto competitivo e prevenire l'evoluzione delle forme di erogazione disaggregata dei servizi tecnici accessori.

4. Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio ha respinto con separate sentenze tutti i ricorsi ritenendo, in estrema sintesi, con una motivazione sostanzialmente unitaria, la configurabilità del mercato rilevante come

ricostruito dall'Autorità e la sussistenza, adeguatamente comprovata dall'Autorità, delle condotte anticoncorrenziali contestate, tali da costituire un'intesa "per oggetto", unica e complessa, nonché la partecipazione rilevante delle singole società coinvolte; l'infondatezza delle censure procedurali e l'adeguatezza e congruità della sanzione a ciascuna irrogata.

5. Le società appellanti hanno dunque contestato in appello le statuizioni del primo giudice – con motivi in larga parte convergenti, suscettibili per sintesi di una trattazione unitaria - riproponendo, attraverso il filtro della critica alla sentenza, le censure già dedotte in primo grado, nei termini che in estrema sintesi si richiamano di seguito, con riferimento ai temi principali e comuni sollevati che sono direttamente rilevanti ai fini della presente decisione.

5.1. Le appellanti contestato in primo luogo il primo capo della sentenza appellata, che ha rigettato il motivo principale dedotto in tutti i ricorsi, declinato in alcuni casi in termini di carenza di potere e di nullità del provvedimento impugnato, con il quale era stata dedotta l'insussistenza di un vero e proprio mercato liberalizzato nel cui ambito potesse essere rilevata l'intesa contestata, poiché, a detta delle società appellanti, ancora alla data di proposizione degli appelli, ossia a quattro anni dalle condotte contestate, non sarebbe stato possibile per gli OLO acquisire i servizi di manutenzione in forma disaggregata, ossia rivolgendosi direttamente alle imprese di rete, mentre gli accordi tra imprese, alternativi alla "Offerta di Riferimento" Telecom prevista dall'articolo 6 della delibera 731/09/CONS, accordi di così detto "System Unico", sarebbero dipesi esclusivamente dalle scelte di Telecom e non avrebbero potuto prescindere dal ruolo della predetta società; l'Autorità sarebbe pertanto intervenuta in un ambito in cui non vi era alcuna concorrenza che potesse essere alterata, poiché il mercato in cui avrebbero avuto luogo le asserite condotte illecite non esisteva e non era pertanto contendibile. L'attività presa in considerazione dall'AGCM, ossia la bonifica impulsiva su rete di Telecom Italia, sarebbe riservata in via esclusiva dal quadro regolamentare allora vigente alla medesima Telecom, non avendo mai

formato oggetto di liberalizzazione, nemmeno per effetto del decreto-legge n. 5 del 2012. La ricostruzione del TAR – adesiva alla ricostruzione del mercato rilevante compiuta dall'Autorità - sarebbe pertanto meramente teorica e non avrebbe tenuto conto del reale contesto di riferimento, né avrebbe fornito una risposta alla questione fondamentale della contendibilità o meno delle prestazioni oggetto di istruttoria. La stessa AGCOM, hanno fatto rilevare le società appellanti, con la delibera n. 238/13/CONS (recante «*Consultazione pubblica concernente l'identificazione ed analisi dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa (mercati nn. 1, 4 e 5 fra quelli individuati dalla Raccomandazione 2007/879/CE)*»), adottata successivamente alle condotte contestate, aveva ritenuto inopportuna una previsione regolamentare di esternalizzazione del servizio, e, successivamente, ancora nel 2015, con la delibera n. 42/15/CONS del 29 gennaio 2015, recante «*Integrazione della consultazione pubblica di cui alla delibera n. 238/13/CONS*», la medesima AGCOM aveva rilevato la necessità di ulteriori approfondimenti, così implicitamente ammettendo l'insussistenza attuale delle condizioni per una liberalizzazione di quel mercato.

5.2. Alcune delle società appellanti hanno dunque insistito per il rinvio pregiudiziale alla CGUE volto a chiarire se l'art. 101 TFUE possa essere interpretato nel senso di consentire all'autorità di concorrenza di uno Stato membro di fare applicazione di tale disposizione anche nei casi in cui l'offerta dei prodotti/servizi che si ritengono ricompresi nel mercato rilevante sia sottratta alle dinamiche concorrenziali per via dell'assetto normativo-regolamentare vigente all'epoca dei fatti oggetto di istruttoria, e dunque in assenza di una concorrenza suscettibile di essere falsata dal comportamento delle imprese.

5.3. In alcuni casi (appello della società Sirti) è poi riproposto un ulteriore motivo del ricorso di primo grado, con il quale si era dedotta l'incompetenza dell'AGCM a conoscere e sanzionare le vicende relative al presunto coordinamento tra le imprese di manutenzione e Telecom in occasione delle audizioni tenutesi dinanzi all'AGCOM nel mese di gennaio 2013: se mai vi

fosse stata una concertazione tra le appellanti e Telecom per fornire informazioni fuorvianti all'Autorità di regolazione al fine di ostacolare l'apertura del mercato, esse avrebbero dovuto formare oggetto di sanzione da parte della stessa Autorità di regolazione, ai sensi del regolamento in materia di costituzione e di mantenimento di posizioni dominanti nel settore delle comunicazioni dell'AGCOM (allegato alla delibera n. 26/99 del 23 marzo del 1999), che costituisce una norma speciale che regola il procedimento istruttorio davanti all'AGCOM.

5.4. Viene quindi riproposto un terzo profilo di censura già variamente dedotto in primo grado, con il quale si era eccepita l'erronea ricostruzione da parte della AGCM delle effettive dinamiche del mercato rilevante e dei rapporti tra le parti del procedimento e, in particolare, della relazione tra Telecom e le imprese di manutenzione, erroneamente configurata in termini di rapporto concorrenziale lì dove, invece, secondo le ricorrenti, i contatti con Telecom sarebbero qualificabili, al più, come contatti di natura verticale, la cui illegittimità non poteva essere presunta, ma avrebbe dovuto essere dimostrata in concreto. Il Tar non avrebbe dimostrato in alcun modo, come non lo avrebbe fatto l'Autorità, che si sarebbe in presenza di un'intesa unica e complessa (peraltro neppure qualificata come intesa o pratica concordata), né in che modo la condotta delle appellanti fosse caratterizzata dal comune intento di danneggiare gli OLO lucrando un aumento di fatturato, e neppure che i contatti tra Telecom e imprese di manutenzione presentassero natura illecita o rientrassero in un ambito qualificabile come collusivo.

5.5. Sarebbero irrilevanti i riferimenti del Tar alla intesa "per oggetto", poiché tale fattispecie, configurabile allorquando *"talune forme di coordinamento tra imprese possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza"*, deve essere rigorosamente accertata nei suoi elementi costitutivi avendo riguardo, come chiarito dalla Corte di giustizia, *"al tenore delle disposizioni dell'intesa stessa, agli obiettivi che si intende raggiungere, al contesto economico e giuridico nel quale l'intesa stessa si colloca"*,

nonché alla "*natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione*" (sentenza 11 settembre 2014, in causa C-67/13 P), elementi costitutivi che nella fattispecie mancherebbero del tutto.

5.6. Il procedimento condotto dall'AGCM, hanno insistito le parti appellanti, sarebbe stato incentrato in larga parte su un'ipotesi di illecito anticoncorrenziale - quella del presunto abuso di posizione dominante di Telecom ex art. 102 FP UE - del tutto incompatibile con l'accertamento di un'intesa e successivamente stralciata per intero dall'impianto accusatorio. Tale circostanza avrebbe significativamente condizionato l'intero andamento del procedimento e dimostrerebbe come il provvedimento sanzionatorio gravato sia il risultato di un'istruttoria ambigua, contraddittoria ed incompleta.

5.7. Le società appellanti hanno dunque ribadito di non avere nessun interesse economico apprezzabile a porre in essere le condotte contestate. Il riferimento all'interesse comune a ostacolare - insieme a Telecom - la disaggregazione dei servizi di manutenzione correttiva, dal momento che esse sono attualmente i principali operatori che operano nel settore, e a mantenere un'alta marginalità dei servizi in questione sarebbe smentito dagli elementi portati all'attenzione dell'Autorità nel corso dell'istruttoria, mai smentiti e neppure contestati, che dimostrerebbero come la redditività dei servizi di manutenzione prestati dalle imprese di manutenzione in regime di System Unico sia estremamente bassa, e comunque di gran lunga inferiore a quella che si potrebbe conseguire (superando le inefficienze che caratterizzano tale sistema) laddove il servizio fosse prestato direttamente agli OLO, senza l'intermediazione di Telecom.

5.8. Gli appelli censurano dunque l'omesso esame da parte del Tar delle singole posizioni differenziate delle società appellanti, ognuna delle quali si dichiara estranea alla pratica anticoncorrenziale o comunque tende a evidenziare una posizione marginale o specifica all'interno dei contatti intercorsi con le altre imprese. La sentenza impugnata, avendo messo insieme

in un'unica decisione, che ha definito in modo unitario, pur non avendo riunito le cause, i plurimi ricorsi delle imprese di manutenzione, avrebbe trascurato di considerare la peculiarità della posizione di ciascuna delle società ricorrenti.

5.9. Gli atti di appello ripropongono inoltre le varie censure procedurali dedotte in prime cure, tra cui la contestazione secondo la quale l'AGCM avrebbe dovuto disporre un nuovo ampliamento dell'oggetto dell'istruttoria, anche nei confronti delle imprese di manutenzione, con riferimento alle vicende relative alle audizioni AGCOM, in conformità con la giurisprudenza amministrativa, che richiede un simile passaggio procedimentale nelle ipotesi in cui, nel corso del procedimento, muta la natura intrinseca della violazione accertata rispetto a quella contestata, "ovvero se all'originaria violazione si aggiunge l'accertamento anche di una ulteriore violazione non contestata" (Cons. Stato, VI, 18 maggio 2015, n. 2514; Cos. Stato, VI, 22 gennaio 2001, n. 191).

5.10. Le società appellanti hanno dunque nuovamente contestato, in via subordinata, la quantificazione della sanzione e hanno chiesto di voler disporre affinché la stessa venga sensibilmente ridotta rispetto all'attuale importo.

6. Si è costituita a resistere in appello l'AGCM, replicando alle censure avversarie e concludendo per il rigetto dell'appello.

7. Le parti hanno infine depositato memorie difensive e repliche. Le parti appellate, compresa l'Avvocatura dello Stato in rappresentanza e difesa dell'AGCM, hanno depositato una memoria unica per tutte le cause qui riunite.

8. Alla pubblica udienza del 12 dicembre 2019 la causa è stata chiamata e assegnata in decisione.

DIRITTO

1. I ricorsi devono preliminarmente essere riuniti per essere decisi con un'unica sentenza, stante l'evidente connessione soggettiva e oggettiva tra le

cause.

2. Nel merito gli appelli sono fondati e meritano accoglimento, nei sensi e nei limiti che si vanno a precisare, con annullamento del provvedimento impugnato, salvo il riesercizio della funzione sanzionatoria da parte dell'Autorità in conformità alla *norma agendi* desumibile dalla seguente motivazione.

A. Descrizione dei fatti rilevanti.

3. Per la descrizione analitica dei fatti di causa è sufficiente, per brevità, il rinvio all'atto impugnato, alla sentenza appellata, agli atti di appello, alle memorie e alle repliche delle parti, che forniscono una trattazione esaustiva di tutti i profili utili e rilevanti della fattispecie.

4. Per una maggiore chiarezza espositiva non ci si può tuttavia esimere dal premettere comunque una breve descrizione del quadro fattuale e giuridico in cui si colloca la controversia, nei suoi elementi essenziali, pacifici in causa, desumibili già dai pertinenti paragrafi e punti del provvedimento impugnato.

4.1. Con la delibera 731/09/CONS dell'AGCOM è stato imposto a Telecom l'obbligo di consentire l'accesso alla rete in rame tramite il servizio di accesso disaggregato (ULL), permettendo agli operatori alternativi (OLO) di offrire al cliente finale sia il servizio di accesso telefonico sia il servizio di accesso a banda larga.

4.2. Il problema di come gestire gli interventi manutentivi su tale tratto della rete di Telecom, aperto all'accesso degli OLO, è stato risolto dal regolatore (AGCOM) stabilendo, nella citata delibera del 2009, che Telecom è responsabile della linea tra il punto terminale del raccordo utente e il permutatore di confine, mentre gli OLO sono responsabili della parte di rete compresa a monte del permutatore di confine, vale a dire l'ultimo permutatore che collega la sala OLO alla rete di Telecom, e a valle del punto terminale del raccordo utente (borchia utente o prima presa telefonica), con la conseguenza che gli OLO devono provvedere a effettuare la manutenzione dei tratti a monte del permutatore di confine e a valle della borchia utente,

mentre Telecom è responsabile per la restante parte della rete. Molto spesso gli interventi possono riguardare porzioni di rete comuni a più utenti/operatori (ad esempio i c.d. “guasti cavo” o quelli che riguardano un “armadio”, che serve in media 250 clienti). In questo sistema, nel caso in cui il guasto riguarda il tratto di rete di competenza Telecom, l'intervento viene effettuato dalla stessa Telecom attraverso propri tecnici (tramite la c.d. manodopera sociale, MOS) o attraverso società terze contattate dalla stessa Telecom. I costi di tali interventi nei confronti dei clienti dell'OLO fanno parte dell'offerta di accesso all'ingrosso alla rete e sono compresi nel canone d'accesso, in base alle condizioni definite nella “Offerta di Riferimento” Telecom prevista dall'articolo 6 della citata delibera 731/09/CONS (poi sostituita per questo aspetto dalla n. 747/13/CONS), offerta sottoposta all'approvazione dell'AGCOM, contenente dettagliate e disaggregate condizioni tecnico economiche e modalità di fornitura e ripristino garantite da adeguate penali (ulteriormente dettagliate nel *Service Level Agreement* - SLA, contenente il dettaglio dei processi e dei livelli di operatività corredati da congrue penali in caso di ritardo o mancato adempimento agli obblighi contrattuali). In alternativa e in parallelo a tale offerta di riferimento, Telecom e gli OLO hanno stipulato accordi bilaterali per stabilire modalità, termini e condizioni differenti di accesso disaggregato per i servizi accessori di manutenzione, al fine di organizzare il servizio di manutenzione in modalità c.d. di “System Unico” (SU), in modo da assicurare che la gestione e la riparazione del guasto fosse effettuata da un unico soggetto (il “System”) indipendentemente dalla porzione di rete interessata dal guasto. In regime di ‘system unico’ le attività di risoluzione dei disservizi ‘*on field*’ sono affidate da Telecom ad un'impresa esterna individuata congiuntamente con l'operatore (OLO), che opera nella risoluzione del guasto sull'intera catena impiantistica, sia sulla porzione di rete in rame di Telecom, sia sulla porzione di rete dell'operatore. Il SU provvede anche a certificare la competenza del guasto tra

Telecom e l'operatore, che viene riportata sul TT (*trouble ticket*) in fase di chiusura dell'intervento.

4.3. In questo contesto si inserisce l'articolo 47, comma 2-*quater*, del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5, recante *Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e sviluppo*, aggiunto dalla legge di conversione 4 aprile 2012, n. 35, «*il quale ha introdotto il principio secondo il quale i servizi accessori all'accesso fisico all'ingrosso alla rete fissa, quale è l'attività di manutenzione correttiva, debbano essere offerti anche in maniera disaggregata dal servizio di accesso alla rete e che gli OLO possano avvalersi di società terze diverse da Telecom Italia per la fornitura di tali servizi anche sulla porzione di rete di Telecom Italia*» (punto 59 del provvedimento impugnato).

4.3.1. Questo il testo originario della disposizione, in vigore dal 7 aprile 2012 al 21 giugno 2013: “*2-quater. Al fine di favorire le azioni di cui al comma 1 e al fine di garantire la massima concorrenzialità nel mercato delle telecomunicazioni, in linea con quanto previsto dall'articolo 34, comma 3, lettera g), del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, secondo le procedure previste dalla direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, come modificata dalla direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, individua le misure idonee a: a) assicurare l'offerta disaggregata dei prezzi relativi all'accesso all'ingrosso alla rete fissa e ai servizi accessori, in modo che il prezzo del servizio di accesso all'ingrosso alla rete fissa indichi separatamente il costo della prestazione dell'affitto della linea e il costo delle attività accessorie, quali il servizio di attivazione della linea stessa e il servizio di manutenzione correttiva; b) rendere possibile, per gli operatori richiedenti, acquisire tali servizi anche da imprese terze operanti in regime di concorrenza sotto la vigilanza e secondo le modalità indicate dall'Autorità medesima, assicurando, comunque, il mantenimento della sicurezza della rete”.*

4.3.2. Il testo è stato poi modificato dalla legge europea del 2013 (legge 6 agosto 2013, n. 97, 'art. 32, comma 1), per risolvere la procedura di infrazione 2012/2138, mediante la sostituzione dell'alinea del comma nei seguenti

termini: “2-quater. *Al fine di favorire le azioni di cui al comma 1, in accordo con i principi, gli obiettivi e le procedure definite dal quadro normativo europeo in materia di comunicazioni elettroniche, come recepito nell'ordinamento nazionale dal codice di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni può considerare di adottare le misure volte a : . . .*” (la procedura d'infrazione aveva contestato l'ingerenza del legislatore nell'autonomia decisionale dell'Autorità di regolazione, insita nella previsione di obbligatoria adozione delle misure suddette).

4.4. Nell'aprile del 2012, all'indomani della pubblicazione della legge di conversione del decreto-legge n. 5 del 2012, non appena, dunque, entrata in vigore la norma sopra richiamata, la società Wind ha inviato alle società di manutenzione (Alpitel, Ceit Impianti, Sielte, Sirti, Site e Valtellina) una richiesta di preventivo, richiedendo una quotazione di massima sulla base di un canone mensile per linea per la fornitura (diretta e disaggregata) dei servizi di manutenzione sul tratto di rete Telecom («*Richiesta di Offerta per la Manutenzione Correttiva Linee ULL Wind su reti TI*»). La richiesta è stata poi integrata nel luglio 2012 (per il dettaglio, si vedano i paragrafi da 19 a 29 del provvedimento impugnato).

Nel mese di agosto del 2012 è seguita un'analogha richiesta di preventivi da parte della società Fastweb.

4.5. Con comunicazione pervenuta il 31 luglio 2012 (e successive integrazioni), Wind ha quindi segnalato all'Autorità una presunta intesa restrittiva della concorrenza posta in essere dalle suddette imprese di manutenzione, rappresentando che, a seguito della sua richiesta di preventivi, le società di manutenzione interpellate avevano reagito rivelando alcuni fattori sintomatici della presenza di un'intesa restrittiva della concorrenza (sostanziale uniformità dei prezzi offerti, significativa differenza tra tali prezzi e le offerte preliminari presentate in un primo momento da Sirti, Sielte e Site, significativa differenza con le offerte presentate successivamente da altre tre imprese, nello specifico Imet s.p.a., ADS Assembly Data Systems s.p.a. e il

Consorzio Aurora Telecomunicazioni; per i dettagli si rinvia agli atti del fascicolo).

4.6. L'AGCM ha pertanto avviato l'istruttoria (disposta nell'adunanza del 27 marzo 2013) nei confronti delle società di manutenzione, anche sulla base di una segnalazione di analogo contenuto dell'AGCOM in data 20 marzo 2013.

4.7. Con delibera del 19 giugno 2014, in considerazione della posizione dominante nei mercati dei servizi di accesso all'ingrosso e della titolarità della rete di comunicazione in rame, nonché del ruolo svolto in relazione ai servizi forniti dalle imprese di manutenzione nell'ambito del System Unico, l'Autorità ha ampliato l'oggetto dell'istruttoria all'accertamento di eventuali violazioni dell'articolo 102 TFUE da parte della Telecom (ipotesi poi archiviata in data 21 luglio 2015, come da comunicazione alle parti delle risultanze istruttorie).

4.8. L'Autorità ha quindi effettuato ispezioni nelle sedi delle imprese coinvolte; in data 10 luglio 2013, ravvisando che dalle informazioni e dalla documentazione acquisita nel corso del procedimento era emerso un possibile ruolo di coordinamento di Telecom Italia, l'Autorità ha deliberato l'estensione del procedimento nei confronti di Telecom e, in data 9 gennaio 2014, ha prorogato i termini di conclusione del procedimento al 31 luglio 2014 (termini ulteriormente prorogati il 19 giugno 2014 fino al 31 luglio 2015); ha respinto in data 25 marzo 2015 gli impegni presentati dalla Telecom il 21 novembre 2014, ha svolto 20 audizioni e, il 6 ottobre 2015, l'audizione finale dinnanzi al Collegio.

4.9. L'Autorità è dunque pervenuta alla conclusione che le risultanze istruttorie permettevano di accertare la presenza di una serie di attività volte al coordinamento ai fini della predisposizione delle offerte da presentare alle società Wind e Fastweb e, in generale, volte alla rappresentazione coordinata (non frutto di valutazioni autonome) delle informazioni riguardanti la disaggregazione dei servizi di manutenzione delle linee ULL sulla rete di Telecom Italia, anche a ridosso delle audizioni presso il regolatore, attività concretatesi dapprima in un coordinamento a seguito della richiesta di

preventivi formalizzata da Wind e Fastweb (punti 99 – 117 del provvedimento), quindi nel coordinamento della condotta da tenere nel corso delle audizioni presso AGCOM nell'ambito di un procedimento di vigilanza sul mercato, volto tra l'altro alla valutazione dei costi di manutenzione correttiva rientranti nell'offerta relativa all'accesso svolta da Telecom (audizione delle imprese di manutenzione tra il 15 e il 16 gennaio 2013; cfr. punti 120 ss. del provvedimento impugnato). L'AGCM ha infine concluso nel senso che l'insieme delle condotte evidenziate nelle risultanze istruttorie avrebbe dimostrato che le società Alpitel, Ceit Impianti, Sielte, Sirti, Site, Valtellina e Telecom Italia avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza unica e complessa, in violazione dell'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, attraverso il coordinamento delle offerte economiche e di altre condizioni contrattuali connesse (quali ad esempio livelli di qualità, possibilità di subappalto) in seno alle procedure per la selezione dei fornitori predisposte dalle società Wind e Fastweb e il coordinamento avente ad oggetto le informazioni, trasmesse al regolatore, relative all'erogazione dei servizi di manutenzione, con l'obiettivo di limitare il confronto competitivo e prevenire l'evoluzione delle forme di erogazione disaggregata dei servizi tecnici accessori.

4.10. Acquisito il parere favorevole dell'AGCOM sullo schema di provvedimento, espresso in data 4 dicembre 2015 con delibera n. 652/15/CONS, l'Autorità è infine pervenuta all'adozione del provvedimento impugnato.

B. Le principali censure.

5. Nei ricorsi introduttivi del presente contenzioso le imprese odierne appellanti hanno in primo luogo contestato, svolgendo al riguardo censure analoghe, sia pur con argomenti e accenti in parte diversi, l'esistenza stessa del presupposto di base dell'intero procedimento e del provvedimento sanzionatorio impugnato, ossia l'esistenza – al tempo delle condotte

contestate (aprile – agosto del 2012) – di un mercato rilevante dei servizi di manutenzione.

6. Si è sostenuto in proposito, in estrema sintesi, che all'epoca dei fatti contestati, ma anche successivamente (come dimostrato dalla lunga e complessa istruttoria condotta dall'AGCOM, all'atto della proposizione dei ricorsi non ancora conclusa), non era né tecnicamente, né giuridicamente possibile la fornitura disaggregata dei servizi di manutenzione prescindendo dalla necessaria intermediazione di Telecom, proprietaria del tratto di linea interessato, sicché le richieste di preventivi di Wind e Fastweb sarebbero state *ab origine* invalide per improcedibilità giuridica e tecnica, poiché pretendevano di ottenere dalle imprese di rete una fornitura esternalizzata dei servizi di manutenzione correttiva attraverso un accordo diretto con gli OLO che non prevedeva alcuna intermediazione o coinvolgimento di Telecom, né sotto il profilo contrattuale, né sotto quello tecnico. La norma del decreto-legge n. 5 del 2012 (sopra riportata) dimostrerebbe, ad avviso delle ricorrenti, nella sua natura chiaramente programmatica, l'inesistenza attuale, a quella data, di un mercato liberalizzato dei servizi di manutenzione sulla rete di Telecom, come dimostrato dal rinvio al necessario atto di regolazione propedeutico alla definizione delle modalità tecniche e commerciali condizionanti l'effettiva operatività di un siffatto mercato disaggregato e disintermediato dei servizi in discorso, modalità tecniche e commerciali a loro dire implicanti comunque l'inevitabile coinvolgimento del proprietario della rete, ossia di Telecom, senza il quale sarebbe stato evidentemente impossibile immaginare la prestazione diretta di tali servizi di manutenzione, da parte delle imprese di manutenzione, in favore degli OLO. La norma del 2012, inoltre, si è obiettato nei ricorsi introduttivi, sarebbe stata nella sua versione originaria palesemente anticomunitaria e del tutto inapplicabile, come dimostrato dalla procedura d'infrazione avviata dalla Commissione e dalla conseguente modifica normativa introdotta nel 2013. Taluni ricorrenti hanno prospettato al riguardo

un'assoluta carenza di potere dell'AGCM e conseguentemente la radicale nullità del provvedimento impugnato.

C. Le ragioni della ritenuta fondatezza (in sintesi).

7. Orbene, ad avviso del Collegio queste contestazioni – che assumono un evidente rilievo pregiudiziale e assorbente di ogni altro profilo - colgono sostanzialmente nel segno. Non già nel senso di condurre alla negazione stessa dell'esistenza dei presupposti minimi per l'esercizio della funzione di vigilanza dell'Autorità, con esiti (pure in taluni scritti difensivi ipotizzati) di nullità degli atti per carenza di potere, bensì nel senso di condurre alla rilevazione di un cattivo esercizio di tale potere funzionale da parte dell'Autorità, perché fondato su una errata ricostruzione delle condizioni giuridiche e fattuali all'interno delle quali le prestazioni di servizi oggetto di indagine potevano effettivamente svilupparsi ed essere erogate, con conseguente errata applicazione di taluni schemi concettuali – segnatamente, della categoria della “intesa per oggetto” –, applicazione che deve giudicarsi errata, come si dirà, sotto il duplice profilo dell'assunzione di una nozione troppo dilatata di quella categoria e della sua incongruenza e inappropriatezza rispetto alla fattispecie (che, per la sua complessità e peculiarità, mal si attagliava a quello schema concettuale).

8. Il punto risolutivo di tale questione – e dell'intera controversia - risiede nel rilievo, più volte posto in luce dalle difese delle imprese ricorrenti, invero oggettivamente rilevabile e, ad avviso del Collegio, insormontabile, che le richieste di preventivi di Wind e Fastweb, che hanno innescato i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese di manutenzione, con il coordinamento di Telecom e, quindi, l'istruttoria e l'intero procedimento sanzionatorio, erano, al tempo della presentazione (aprile – luglio 2012), e restano a tutt'oggi, inapplicabili, sia sul piano tecnico-sostanziale che sul piano giuridico-formale. Si trattava, dunque, in sostanza, sul piano civilistico, di proposte contrattuali (ammesso che fossero tali e non mere richieste esplorative di acquisizione di informazioni, ma ciò poco rileva) ad oggetto

impossibile e dunque irricevibili. E tale dato era conoscibile sia al tempo dell'avvio della procedura, sia al tempo della sua conclusione e dell'adozione del provvedimento impugnato, ma non è stato affatto colto, né valorizzato nella valutazione dell'Autorità, che ha invece inteso sanzionare le condotte per sé stesse considerate, in quanto rispondenti a un modello astratto di pratica anticoncorrenziale (secondo la logica presuntiva della "intesa per oggetto").

D. Analisi degli argomenti contenuti nel provvedimento impugnato.

9. È bene ripercorrere punto per punto le argomentazioni svolte al riguardo dall'Autorità nel provvedimento impugnato, per esporre più chiaramente le ragioni del sopra esposto convincimento del Collegio.

9.1. L'AGCM, nel provvedimento impugnato, aveva in primo luogo osservato (punto 219) che *«La vigenza e legittimità dell'articolo 47, comma 2 quater, del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito in legge 4 aprile 2012, n. 35, nelle sue formulazioni, non rileva a tali fini. Tale norma ha costituito un mero stimolo per un operatore di comunicazione a richiedere la quotazione per il servizio di manutenzione con determinate caratteristiche di novità rispetto al passato. Come riconosciuto anche dalle Parti tale servizio poteva essere comunque prestato per espressa previsione regolamentare o con un accordo commerciale tra OLO e Telecom Italia. Da qui emerge l'irrilevanza della portata di tale norma in base alla quale Wind e Fastweb hanno richiesto la quotazione del servizio, ma che nulla aggiunge (o sottrae) alla libertà negoziale dei privati o all'autonomia dell'Autorità di regolamentazione. Peraltro, anche l'AGCOM ha riconosciuto che la mancata imposizione di un obbligo di disaggregazione dei servizi tecnici accessori all'epoca delle condotte adottate dalle Parti non rileva, "in quanto il servizio di manutenzione poteva essere comunque prestato sulla base di un accordo commerciale tra gli OAO [OLO] e Telecom Italia».*

Al riguardo il Collegio osserva che, come pure negativamente rimarcato nelle censure proposte dalle imprese appellanti, l'Autorità ha frainteso il significato della norma del 2012, sottovalutandone ingiustamente la portata, dequotandola alla funzione di "mero stimolo" per l'apertura del segmento di mercato di che trattasi. In realtà il tenore letterale della disposizione è del

tutto inequivoco e significa chiaramente la volontà di aprire al confronto concorrenziale un mercato ritenuto (a ragione) in quel momento storico ancora chiuso e vincolato all'intermediazione del soggetto titolare della rete. E ciò è a tal punto vero che la norma viene costruita consapevolmente in chiave puramente programmatica e non autoapplicativa, con l'indicazione di un fine (la disaggregazione dei servizi e la loro apertura al mercato concorrenziale) e la predisposizione di un mezzo – evidentemente ritenuto indispensabile per il raggiungimento di quel fine – costituito dall'atto di regolazione dell'AGCOM.

9.1.1. Ma l'Autorità assume una lettura riduttiva e non condivisibile anche della procedura d'infrazione scaturita dalla prima formulazione della norma (che ha poi condotto, nel 2013, alla sua correzione): la difesa dell'autonomia dell'Autorità di regolazione da parte della Commissione dell'Unione europea vale infatti a evidenziare, al di là del dato giuridico-formale, un dato tecnico-sostanziale non marginale, costituito dall'affermazione della riserva in capo alla predetta Autorità della decisione nel merito tecnico sulla stessa fattibilità e convenienza, dal punto di vista della qualità dei servizi per l'utenza e del buon funzionamento del mercato stesso, di una liberalizzazione prefigurata in termini apodittici e generici dal legislatore (con ricadute di notevole rilievo, come si dirà più avanti – par. 13.2., anche sugli aspetti di sicurezza della rete, anch'essi trascurati nelle valutazioni dell'Autorità).

9.1.2. In ogni caso la lettura “minimalista” operata dall'Autorità della norma del 2012 cozza con il comune e pacifico principio interpretativo secondo il quale, tra due possibili interpretazioni di una nuova previsione normativa, deve accordarsi preferenza a quella che conserva alla norma un suo effetto utile e sensato, rispetto a quella che la riduce a un mero ottativo, a una pura espressione di desiderio o a un mero “stimolo”.

9.1.3. Come si avrà modo di ulteriormente chiarire nei successivi paragrafi (soprattutto par. 13.1), il punto sostanziale eluso o non focalizzato dall'Autorità consiste nel dato di fatto della imprescindibilità della intermediazione di Telecom, dato di fatto che rende, come detto, del tutto

inattuabili le proposte di preventivi che hanno generato l'intero procedimento sanzionatorio

9.2. L'Autorità prosegue, quindi, osservando che «220. *Anche l'intervento del regolatore non rappresenta una condizione indispensabile per l'erogazione disaggregata del servizio. Come riferito dalle imprese in diverse occasioni, l'erogazione disaggregata potrebbe avvenire anche attraverso un accordo bilaterale tra Telecom Italia e gli OLO. L'operatore Fastweb, ad esempio, ha riferito che il servizio di attivazione della linea (delivery) su linee Fastweb è stato svolto in passato in modo esternalizzato mediante un accordo commerciale con Telecom Italia. L'attuale contratto di SU, che deroga alle previsioni dell'Offerta di Riferimento di Telecom Italia, è un esempio di come è possibile individuare modalità alternative di erogazione del servizio di manutenzione mediante accordo contrattuale tra le parti, che va a modificare anche i trasferimenti economici OLO TI (per le linee premium). Si deve osservare, infatti, che il termine 'liberalizzazione' è improprio in tale contesto. L'erogazione dei servizi di manutenzione e attivazione della linea non è soggetta ad alcuna riserva legale.*

Anche questa considerazione reca l'errore di considerare gli accordi bilaterali (del tipo del così detto "system unico") con Telecom, in quanto alternativi alla così detta "offerta di riferimento" Telecom approvata dall'AGCOM, come prova di una disaggregazione che in realtà non era affatto riscontrabile nei fatti. È errata in particolare la frase per cui "*Come riferito dalle imprese in diverse occasioni, l'erogazione disaggregata potrebbe avvenire anche attraverso un accordo bilaterale tra Telecom Italia e gli OLO*": non si tratta affatto, in un simile caso, di erogazione *disaggregata*, posto che il rapporto bilaterale resta vincolato a Telecom, proprietaria della rete, mentre la "*erogazione disaggregata*" perseguita dal legislatore del 2012 (e, non a caso, immediatamente dopo, avuta di mira da Wind e Fastweb) era quella diretta tra OLO e impresa di manutenzione, eliminando l'intermediazione di Telecom.

9.3. Aggiunge l'Autorità che «221. *Inoltre, il servizio richiesto dagli OLO, di tipo end to end, riguarda anche una porzione di rete di competenza degli OLO stessi, che non*

è ricompresa nello spettro regolamentare. Tali servizi, per la parte di rete di competenza degli OLO, sono già oggi erogati liberamente dalle Imprese di Manutenzione».

Anche questa osservazione è fuori fuoco e contraddittoria: è ovvio, ma è anche del tutto irrilevante ai fini che qui interessano, che gli OLO fossero liberi di affidare a imprese di propria fiducia, in totale autonomia, gli interventi manutentivi sui tratti di rete di loro competenza (“a monte” del commutatore nella centrale Telecom e “a valle” della borchia utente). Ciò che conta – e che non viene considerato dall’Autorità – è invece il tratto di linea di proprietà Telecom che sta in mezzo a questi due “poli” e sul quale non era possibile (e, forse, neanche utile e gestibile) intervenire direttamente senza nulla concordare prima con la Telecom stessa.

9.4. Sostiene ancora l’Autorità che *«222. D’altra parte si deve rilevare che le Imprese di Manutenzione hanno comunque partecipato alla procedura selettiva impiegando risorse e presentando delle offerte pur se condizionate alla presenza di certi requisiti e condizioni operative. Lo specifico contesto normativo non esime in ogni caso le Parti dal rispetto delle regole a tutela della concorrenza e non comporta giustificazione per la definizione coordinata delle condizioni commerciali di un servizio, anche non immediatamente prestato. Queste, al contrario, avrebbero dovuto scegliere un’autonoma definizione di tali requisiti commerciali».*

Anche questo argomento è del tutto insufficiente. Non v’è dubbio, come si avrà modo di osservare anche in prosieguo, che le imprese di manutenzione, forse colte di sorpresa, in qualche modo disorientate di fronte alla recentissima novità normativa, la cui portata “liberalizzatrice” richiedeva di essere capita e delimitata, abbiano reagito in modo per così dire disordinato e inappropriato alle richieste di preventivi disaggregati, ponendo in essere tutti quei comportamenti minuziosamente accertati e sanzionati dall’Autorità, che paiono essere rispondenti al tipo astratto di agire contrario all’etica del mercato concorrenziale (scambi di *mail*, riunioni, contatti, *etc.* per “concordare” una linea comune, *etc.*). Ed è altresì vero che le imprese avrebbero ben potuto (e forse dovuto) opporre sin dall’inizio un netto rifiuto *a priori* alle proposte Wind e Fastweb, dichiarandole senz’altro irricevibili perché

del tutto impraticabili. Ma è altrettanto vero che l'agire piuttosto "scomposto" o errato delle ridette imprese di manutenzione non può certo fornire la prova dell'esistenza di un mercato contendibile, superando le obiezioni sostanziali sopra svolte.

9.5. Sempre a detta dell'Autorità «223. *Quanto alla non immediata contendibilità del servizio e alla solo futura e non immediata disaggregazione del servizio, come sostenuta dalle Parti, si deve rilevare che l'Autorità è in passato intervenuta nei primi momenti seguenti alla liberalizzazione o apertura di nuovi mercati proprio al fine di evitare che vi siano degli ostacoli al futuro funzionamento concorrenziale dannosi per il mercato e per il consumatore*». «224. *Su questo punto, si deve osservare che all'alba di una previsione normativa volta a disintermediare l'erogazione di tali servizi, le Parti hanno inteso coordinarsi e attuare diverse condotte atte a ostacolare l'evoluzione delle modalità di erogazione del servizio, attraverso la fissazione comune dei prezzi e delle condizioni di prestazione del servizio, senza che questa fosse il risultato di una valutazione autonoma*».

In questi passaggi l'Autorità, non riuscendo a superare persuasivamente l'obiezione della impossibilità, alla data dei fatti, di una vera disaggregazione, ossia di una "disintermediazione" di Telecom, vira verso assunti e concetti teorici rivolti a una considerazione "astratta" delle condotte anticoncorrenziali in sé valutate, corroborando tale tesi con l'idea del mercato incipiente, in fase embrionale, ancorché ancora assente. Ma anche questa impostazione non persuade, come emergerà dalle considerazioni che seguono.

9.6. Segue, dunque, il passaggio logico centrale nella motivazione del provvedimento impugnato: «225. *Inoltre, si deve rimarcare che l'intesa perseguita è anticoncorrenziale per il suo stesso oggetto e non è necessario provarne gli effetti, che possono essere meramente potenziali*».

È qui, in effetti, come sopra anticipato, che si ravvisa il punto più debole della ricostruzione svolta dall'Autorità che, posta di fronte a un contesto oggettivamente, a quella data, ma forse ancora oggi, impermeabile a una vera disaggregazione (ossia una disaggregazione tale per cui ogni OLO potesse scegliere l'impresa di manutenzione di sua fiducia e mandarla a suo

piacimento a operare sulla rete Telecom, prescindendo da ogni concordamento preventivo con Telecom), si “rifugia” nel tema astratto della “intesa per oggetto”, che equivale all’assunzione della sola condotta, in sé considerata, avulsa dal contesto e dai suoi effetti, come fattispecie tipica autosufficiente dell’illecito sanzionabile, e ciò rispetto a un tipo di “mercato” le cui complessità e assoluta peculiarità avrebbero invece richiesto un approccio affatto diverso, calibrato sulla verifica attenta e puntuale delle condizioni reali di operatività di quel settore merceologico, al fine di comprenderne in modo realistico le effettive e limitate possibilità di una completa apertura al mercato concorrenziale.

E. Analisi degli argomenti contenuti nella sentenza appellata.

10. Analoghe sono le considerazioni critiche che devono rivolgersi alla lettura della fattispecie fornita sotto questo aspetto dal Tar nella sentenza appellata.

10.1. Il primo Giudice ha ritenuto di poter superare le obiezioni delle imprese ricorrenti nei seguenti termini: *«il "mercato" che l'Autorità è chiamata a tutelare nell'esercizio dei suoi poteri antitrust è quello legato ad un'ampia accezione di natura economica secondo cui un mercato esiste laddove vi siano una domanda ed un'offerta di determinati prodotti e servizi e non già, invece, a norme legislative o regolamentari che detto mercato specificamente predefiniscano e caratterizzino»* (par. 3.1 della motivazione in diritto). *«3.2 Nel caso all'esame, in cui il mercato rilevante è stato da AGCM individuato nell'ambito merceologico, di dimensione nazionale, della fornitura dei servizi di manutenzione correttiva - in particolar modo, degli interventi di bonifica impulsiva - su linee in accesso disaggregato (ULL) della rete nazionale Telecom Italia, sussistono, a parere del Collegio, tutti gli elementi – in termini di domanda ed offerta di determinati prodotti e servizi - che costituiscono un "mercato", vale a dire: - sul piano merceologico, un servizio di manutenzione correttiva non sostituibile con altri servizi analoghi; - un'offerta di tale servizio, proveniente dalle imprese di manutenzione; - una domanda del ripetuto servizio, proveniente da Telecom Italia e dagli OLO. E, pertanto, la contestuale sussistenza dei tre succitati elementi nell'ambito dei servizi di manutenzione correttiva ben consentiva all'Autorità di individuare nei termini anzidetti il mercato rilevante sul quale la stessa era*

legittimata ad intervenire ex post». «4. Invero, come rilevato da AGCM nel Provvedimento, nel caso di un'intesa restrittiva della concorrenza, l'individuazione del mercato rilevante è successiva all'individuazione dell'intesa, "in quanto sono l'ampiezza e il soggetto dell'intesa a circoscrivere il mercato su cui l'abuso è commesso: vale a dire che la definizione dell'ambito merceologico e territoriale nel quale si manifesta un coordinamento fra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivanti dall'illecito concorrenziale è funzionale alla decifrazione del grado di offensività dell'illecito" (Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2014, n. 3032, 1731- Gare campane; 3 giugno 2014, n. 2837 e 2838, 1722 - Logistica Internazionale; 27 giugno 2014, n. 3252; 23 giugno 2014, n. 3167, n. 3168 e n.3170)».

Le ora riportate considerazioni si espongono alla critica, fondata e condivisibile, delle parti appellanti, che hanno evidenziato la natura astratta, puramente teorica, di tale nozione di "mercato rilevante", del tutto influente rispetto alla fattispecie per cui è causa: che la prestazione dei servizi di manutenzione così detta compulsiva, a chiamata dell'utente, per risolvere guasti sulla rete telefonica possa costituire un settore merceologico ben definito e potenzialmente contendibile, sul piano del mercato in senso economico, pare ovvio, ma non conduce a nessun effetto rilevante e utile al fine di rispondere al quesito pregiudiziale di cui ci si occupa: era possibile stipulare un contratto diretto tra OLO e impresa di manutenzione per agire sulla rete Telecom indipendentemente da un accordo con Telecom o restava necessario un qualcosa di molto simile alle vigenti offerta di riferimento (approvata da AGCOM) e System Unico?

10.2. La correttezza della nozione di mercato fornita da AGCM troverebbe precipua conferma – aggiunge il primo Giudice - nel parere favorevole reso dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

La considerazione non riveste quel ruolo confermativo che il Tar le attribuisce. Al riguardo deve considerarsi che il ruolo svolto in questa vicenda amministrativa da AGCOM deve essere valutato in relazione alla sua funzione istituzionale di spinta alla apertura del segmento di mercato e alla sua

regolazione, in attuazione della legge del 2012, e dunque di promotore di una soluzione la più concorrenziale possibile, tale da ottenere, soprattutto nei confronti dell'ex monopolista Telecom, le condizioni le più favorevoli per gli altri *competitors* in quel segmento di mercato. Orbene, questo ruolo pone AGCOM in una posizione peculiare, che non consente di riconnettere alle sue determinazioni un rilievo probante decisivo nella ricostruzione del quadro di riferimento in cui si deve calare la valutazione del provvedimento impugnato.

10.3. Il Tar ha proseguito, quindi, rilevando che *«Se ne ricava, a parere del Collegio, che il mercato dei servizi di manutenzione assunto dall'Autorità quale schema euristico della propria indagine antitrust, non solo è un mercato manifestatosi nella sua fattualità nei termini concreti della domanda e offerta di un servizio (specifico e non sostituibile), ma è anche una nozione riconciliabile con le scelte regolatorie di settore, in quanto rappresenta un segmento, in sé omogeneo, di un mercato nel suo complesso definito ex ante dal regolatore (quello dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa) e caratterizzato dalla natura accessoria e complementare del proprio oggetto rispetto a quello principale dei servizi di accesso, e che AGCM ha rilevato ex post, sulla base di condotte caratterizzate da un fumus anticoncorrenziale, funzionalizzandolo all'indagine e alla verifica dei fatti da cui il procedimento istruttorio in esame si ingenerava»*.

L'argomento non convince e presenta, ad avviso del Collegio, oltre ai sopra rilevati elementi di astrattezza e teoricità, profili di circolarità tautologica: nel "gioco di sponda" tra le due Autorità, quella di regolazione (alla quale il legislatore ha dato l'obiettivo di aprire alla concorrenza questo segmento di mercato) e quella *antitrust*, che quel mercato rileva *ex post* nel comportamento delle imprese, viene ad essere "inventato" un mercato concorrenziale generato in realtà dal combinato disposto (circolare) di una assioma *ex ante* (divisato nelle scelte regolatorie assunte dal legislatore) che si somma a una sanzione *ex post* di mere condotte, in sé considerate, poste in essere dalle imprese del settore in quel teorico (ma in concreto insussistente) mercato concorrenziale, solo ipotizzato *ex ante* e indicato come mero obiettivo futuro dal legislatore: in tal modo la premessa (definizione *ex ante* in una legge

programmatica di un mercato concorrenziale) legittima la sanzione *ex post* (che quel mercato postula come esistente) e, viceversa, la sanzione fonda e verifica *ex post* il mercato concorrenziale postulato *ex ante*.

10.4. Il provvedimento impugnato – aggiunge il Tar nel par. 6 - avrebbe dimostrato come *«i servizi di manutenzione correttiva indagati nel procedimento de quo costituissero un mercato rilevante autonomo e distinto, contraddistinto da una specifica domanda e da una specifica offerta, sia pure in fase embrionale. D'altra parte, la normativa richiamata dalle ricorrenti non impediva affatto una negoziazione commerciale per la fornitura disaggregata dei servizi tecnici accessori, né, all'epoca delle condotte oggetto di contestazione, essa manifestava nel suo oggetto un contrasto col diritto europeo»*, come sarebbe dimostrato dall'art. 47, comma 2-*quater*, del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito dalla legge 4 aprile 2012, n. 35, a nulla rilevando, sotto questo profilo, la successiva procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea. Secondo il Tar (par. 6.4) anche *«una lettura storico-sistematica della norma in esame» conforterebbe la conclusione surriferita, poiché dalla norma si trarrebbe «con immediatezza che le misure regolatorie in questione . . . all'evidenza perseguono - nella valutazione nomogenetica compiuta dal legislatore e consegnata al testo originario della norma - non già l'obiettivo di operare esse stesse l'apertura alla concorrenza del mercato de quo, bensì la finalità di “garantire la massima concorrenzialità nel mercato delle telecomunicazioni”, nell'assunto, quindi, che le misure idonee dovessero essere tali da stimolare la concorrenza, non da generarla ex nihilo»*.

In questi passaggi il Tar riprende sostanzialmente gli argomenti svolti dall'Autorità nel provvedimento e qui già esaminati e criticati nei precedenti paragrafi 9.1, 9.2 e 9.5, cui si rinvia, con l'ulteriore ribadimento, da un lato, che era – contrariamente all'assunto del Tar – del tutto impossibile, prima della legge del 2012, ma anche dopo la sua entrata in vigore, una negoziazione commerciale per la fornitura disaggregata dei servizi tecnici accessori, se intesa nel senso (che è peraltro l'unico sensato e utile in questa controversia) della possibilità, come più volte detto, del singolo OLO di agire direttamente sulla rete Telecom senza “passare” da un previo accordo con Telecom,

dall'altro lato che la legge del 2012, lungi dall'essere un mero auspicio o una sorta di "approvazione" di una realtà già esistente, se aveva e se ha un qualche senso giuridico percepibile, significa e non può che significare, contrariamente alla lettura datane dal primo Giudice, l'accertamento di una condizione di mercato "chiuso" nel segmento delle prestazioni di servizi di manutenzione, e il conseguente comando giuridico – necessariamente intermediato da un atto di regolazione dell'AGCOM, alla quale non a caso la norma era diretta – di provvedere al fine (futuro) di aprire quel segmento di mercato al confronto concorrenziale pieno e non più necessariamente intermediato da Telecom.

10.5. Parimenti non convincenti sono le conclusioni cui è pervenuto il Tar, secondo il quale sarebbe *«del tutto pacifico che la normativa applicabile al tempo in cui si collocano le condotte contestate, non contenesse comunque alcun divieto né per Telecom né per le imprese di manutenzione di negoziare direttamente con gli OLO le condizioni tecniche ed economiche di fornitura dei servizi tecnici accessori, sicché in capo alle imprese interessate dal procedimento residuava comunque un margine di discrezionalità tale da consentire alle stesse, attraverso le condotte concretamente poste in essere, di provocare un'alterazione delle condizioni della concorrenza»*, sicché, a giudizio del Tar, sarebbe legittima la decisione dell'AGCM di ravvisare nel comportamento delle imprese interessate dal procedimento, che appariva il frutto di una coordinazione volta ad ostacolare proprio le modalità di erogazione dei servizi stessi, la sussistenza di *«un'intesa restrittiva della concorrenza "per l'oggetto", avendo valutato il potenziale impatto negativo delle relative condotte sulla concorrenza, con riguardo al contesto giuridico ed economico (Case C-8/08 T-Mobile Netherlands BV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit [2009] ECR I-4529), nel quale rientrava anche la "struttura" del (nascente) mercato (Case C-67/13P Groupement des cartes bancaires v Commission [2014]; Polygram Holding Inc v Federal Trade Commission 416 F.3d 29 [2005])»*.

In tale passaggio motivazionale il primo Giudice, seguendo la logica del provvedimento impugnato, dopo aver provato (a giudizio del Collegio senza successo) a dimostrare la contendibilità del mercato (ritenuto) rilevante, devia

nella direzione della valutazione – negativa – delle condotte oggettivamente anticoncorrenziali adottate dalle imprese sottoposte al procedimento sanzionatorio, richiamando peraltro la nota giurisprudenza comunitaria che, come si dirà più avanti, lungi dal forgiare e dal fornire all'interprete-applicatore uno strumento "automatico" di esenzione dall'onere della prova della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di illecito *antitrust*, si limita ad ammettere, secondo i principi generali sulla prova, che tale onere possa ritenersi semplificato e più agevole nei soli casi eccezionali – tra i quali non si può annoverare quello oggetto di lite - di autoevidenza degli accordi tra imprese e delle pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno.

10.6. Il Tar richiama, infine, la tematica dei mercati in stato embrionale, rilevando come *«in precedenti situazioni di passaggio da mercato vincolato a mercato liberalizzato, dunque, nel caso all'odierno esame AGCM aveva poteri di intervento, a fini antitrust, nel mercato dei servizi tecnici di manutenzione di nuova liberalizzazione, al fine di impedire che le condotte delle imprese ostacolassero o ritardassero l'evoluzione del mercato de quo, e, dunque, di evitare effetti di "pre-emption" che – nel replicare le precedenti condizioni restrittive – fossero dannosi per il mercato e per il consumatore e in grado di privare di efficacia l'intento liberalizzatore (Casi A-263, Enel/Unapace, in Boll. n. 13-14/1999; I-372, Tim-Omnitel Tariffe fisso mobile, in Boll. n. 39/1999, confermato da T.A.R. Lazio, Sez. I, 31 maggio 2000, n. 4504; A-285, Infostrada/TI/Tecnologia ADSL, in Boll. n. 16-17/2001, Cons. Stato, Sez. VI, 10 gennaio 2007, n. 26; A-365, Posta Elettronica Ibrida, in Boll. n. 13/2006, T.A.R. Lazio, Sez. I, 9 gennaio 2013, n. 125)»*.

Anche questa posizione postula che si abbia a che fare – come del resto, non a caso, si verifica in tutti i casi precedenti richiamati dal Tar – con un'ipotesi di mercato "di nuova liberalizzazione", il che è esattamente ciò che andava dimostrato e che resta indimostrato, poiché, come si evidenzierà più avanti,

neppure nel 2017, a chiusura dell'annoso procedimento di regolazione di AGCOM, si è pervenuti a un sistema di vera liberalizzazione di questo segmento di mercato, per cui è causa, essendo ancora oggi necessario, sia pur con condizioni, modalità e limiti diversi, com'era necessario all'epoca dei fatti contestati, stipulare un preventivo accordo con Telecom per condividere con tale società, proprietaria della rete, gli interventi di manutenzione sul tratto di sua spettanza. Ne consegue, anche sotto questo profilo, la fondatezza della censura, dedotta dalle società appellanti avverso la sentenza oggetto di giudizio, di astrattezza e di automatismo nel fare applicazione al caso in esame, senza averne colto le specifiche peculiarità, schemi concettuali ("intesa per oggetto", competenze *antitrust* sanzionatorie di condotte di *pre-emption* in mercati di nuova liberalizzazione) che mal si attagliano al caso esaminato.

F. La difesa dell'Autorità.

11. La difesa dell'AGCM ha in particolare insistito sul fatto che l'Autorità avrebbe correttamente contestato alle parti di aver posto in essere un'intesa restrittiva per il suo oggetto anticoncorrenziale mediante il coordinamento delle proprie risposte allo scopo di appropriarsi prioritariamente del mercato in via di liberalizzazione (ponendo così in essere una condotta di c.d. *pre-emption*), osservando che "*È proprio a fronte di tali contesti di mercato che l'intervento repressivo da parte delle Autorità antitrust deve essere tempestivo, al fine di non rendere vana l'apertura dei mercati voluta dal legislatore a causa di un'indebita appropriazione del mercato tramite fenomeni collusivi*".

La tesi, se vale a dimostrare la sussistenza nella fattispecie dei presupposti per l'esercizio del potere di controllo *antitrust* (e, dunque, a respingere la tesi, da talune appellanti riproposta, della nullità dell'atto impugnato per carenza di potere dell'Autorità), non vale tuttavia a superare l'obiezione di fondo, declinata in termini di errato esercizio di quel potere, proposta dalle appellanti, riferita alla sottovalutazione (o non compiuta cognizione e valutazione), da parte dell'Autorità, delle reali caratteristiche di quel mercato e delle oggettive condizioni di impraticabilità di quella ipotesi di gestione

interamente disaggregata dei servizi manutentivi postulata e pretesa nelle richieste di preventivi delle società Wind e Fastweb e solo finalisticamente indicata dal legislatore del 2012 come possibile obiettivo futuro eventualmente raggiungibile attraverso la mediazione di un previo atto di regolazione (e non già come una realtà effettiva ed attuale). L'Avvocatura dello Stato, dopo aver a sua volta richiamato i già citati precedenti in tema di condotte di *pre-emption*, afferma, riprendendo le conclusioni tratte in proposito dall'Autorità, che *“come nei citati precedenti, anche nel caso di specie la condotta delle imprese destinatarie del provvedimento impugnato rispondeva a una strategia che, all'alba dell'introduzione di una previsione normativa volta a “disintermediare” l'erogazione dei servizi in questione, era volta a vanificarne sostanzialmente la liberalizzazione e impedire che le imprese destinate a operarvi determinassero le proprie condotte in modo autonomo, come invece richiederebbe il rispetto dell'art. 101 TFUE”*. Anche questa considerazione cade tuttavia nell'errore di isolare le condotte, in quanto rispondenti al tipo astratto di comportamento anticoncorrenziale, rispetto al contesto concreto all'interno del quale andavano correttamente calate, comprese e valutate, contesto concreto nel quale l'ipotetica “alba” della disintermediazione non solo non sussisteva allora, ma non ha visto sorgere una siffatta disintermediazione (come si chiarirà meglio più avanti, nel par. 12.3) nemmeno alla luce dell'atto finale di regolazione di questo mercato, intervenuto solo nel 2017, a distanza di cinque anni dai fatti contestati. Resta dunque non superata l'obiezione (punto 47 dell'appello Telecom) per cui *“É, dunque, evidente che il riferimento ai precedenti in tema di pre-emption contenuto nel Provvedimento Impugnato non coglie nel segno. Invero, mentre i casi citati dall'Autorità avevano ad oggetto mercati la cui liberalizzazione - seppur non ancora avvenuta - era già stata prevista e regolamentata, nel caso in esame la possibilità di una negoziazione diretta tra OLO e imprese di rete era assolutamente esclusa”*.

G. Conclusioni.

12. Esaurita la doverosa disamina delle tesi sviluppate nel provvedimento impugnato, nella sentenza appellata e nelle difese in giudizio dell'Autorità

intimata, occorre ora raccogliere e focalizzare le conclusioni che devono derivarsi dalle considerazioni sin qui esposte. Orbene, emerge dall'ampia disamina sopra svolta circa la definizione del mercato rilevante assunto a presupposto dell'intervento sanzionatorio impugnato che, in prima battuta l'Autorità appellata, in seconda battuta il Giudice di prime cure, hanno entrambi errato in più punti nella ricognizione e nella valutazione e qualificazione giuridica dei presupposti fattuali rilevanti e determinanti ai fini del decidere, ciò che ha determinato un cattivo esercizio del potere da parte dell'Autorità procedente, viziato per plurimi indici sintomatici di eccesso di potere, e una pronuncia di primo grado meritevole di annullamento, in accoglimento delle pertinenti censure sollevate al riguardo nei ricorsi in appello qui riuniti.

13. In estrema sintesi, sono tre gli elementi valutativi che suffragano questa conclusione: 1) la cognizione della impossibilità, in fatto e in diritto, al tempo della richiesta di preventivi Wind e Fastweb e, dunque, delle condotte "incriminate" delle imprese di manutenzione, nonché al tempo dell'avvio e della conclusione della procedura sanzionatoria, di una prestazione, come richiesta da Wind e Fastweb, dei servizi di manutenzione oggetto di lite, sul tratto della rete di proprietà Telecom, senza la necessaria intermediazione di Telecom; 2) la corretta interpretazione della norma inserita in sede di conversione del decreto-legge n. 5 del 2012, che "fotografa" questa condizione di non apertura di tale mercato e che si giustifica proprio con la dichiarata finalità di aprire al mercato tale segmento merceologico, sull'assunto evidente di uno stato di fatto e di diritto di insussistenza di un tale mercato contendibile; 3) la constatazione *ex post* dello svolgimento complesso e degli esiti – sostanzialmente confermativi dell'assetto originario – della funzione di regolazione infine espletata dall'AGCOM e conclusasi con un atto di regolazione del 2017, la cui applicazione non consentirebbe neppure oggi la praticabilità tecnica e giuridica della richiesta di preventivi di Wind e Fastweb.

Non è senza significato, in questo contesto, deve aggiungersi, il fatto che le offerte – ben più vantaggiose - delle imprese di manutenzione terze (società ADS, Aurora Telecomunicazioni e Imet), acquisite da Wind successivamente alle risposte non soddisfacenti pervenute dalle imprese di manutenzione odierne appellanti e presentate all’Autorità a riprova ulteriore delle pratiche anticoncorrenziali denunciate, siano poi rimaste senza seguito e senza effetto alcuno; se fosse vera la tesi dell’Autorità, ossia la immediata e già attuale praticabilità (nel 2012) di un accesso disaggregato alla rete Telecom, non si comprende per quale motivo Wind non abbia senz’altro accolto quei preventivi e stipulato i conseguenti contratti. Quelle offerte sono rimaste inattuata evidentemente per la oggettiva impossibilità di adempierle e di portarle a effetto concreto.

13.1. Sotto il primo profilo, l’impossibilità, alla data dei fatti, di una prestazione disaggregata, direttamente agli OLO, dei servizi di manutenzione, con disintermediazione di Telecom, è dimostrata dalla semplice lettura del provvedimento impugnato. Per una necessaria completezza dell’analisi degli atti, in aggiunta a quanto già ampiamente argomentato *supra, sub* paragrafi 9 ss., occorre prendere in esame, per ribadire le medesime conclusioni, gli ulteriori passaggi motivazionali del provvedimento impugnato che affrontano questo tema. Nel punto 86 del provvedimento l’Autorità rileva, ad esempio, che “*Attualmente, i servizi di manutenzione correttiva che riguardano linee in accesso fisico disaggregato sono svolti da Telecom Italia e da alcune imprese di rete, anche in modalità di SU*”. Nel punto 94 si dice che “*I servizi di manutenzione sulle linee in accesso disaggregato, pertanto, conoscono già un rilevante flusso di scambi ai quali prendono parte Telecom Italia e diverse imprese di manutenzione, in regime di System Unico, tra le quali si annoverano le parti del procedimento. Peraltro, per i tratti di rete di competenza OLO, le Imprese di Manutenzione forniscono i propri servizi in maniera diretta e non intermediata*”. Ma è evidente che quest’ultima osservazione comprova *a contrario* che i servizi per i tratti di competenza Telecom non erano forniti in maniera diretta, ma solo intermediati da Telecom, essendo del tutto irrilevante il fatto

– pacifico – che gli OLO potessero agire in piena autonomia per gli interventi sui segmenti – “a monte” del commutatore e “a valle” della borchia utente - di loro esclusiva competenza. Nel punto 95 del provvedimento l’Autorità osserva: *“L’articolo 47, comma 2 quater, del d.l. n. 5/2012 non ha di per sé introdotto la possibilità di fornitura disaggregata dei servizi di manutenzione, essendo questa già possibile mediante un intervento dell’Autorità di regolamentazione o mediante accordi negoziali tra gli OLO e Telecom Italia”*: gli accordi negoziali tra gli OLO e Telecom, che hanno dato vita al System unico, non costituiscono in realtà la disaggregazione reclamata dalle proposte contrattuali di Wind e Fastweb che stanno alla base del procedimento sanzionatorio, ma implicano sempre e comunque l’intermediazione di Telecom; è dunque errato addurre tali accordi negoziali – tra gli OLO e Telecom – come una riprova dell’esistenza, già prima della legge del 2012, di un mercato disaggregato dei servizi di manutenzione, poiché resta vero che era impossibile un contratto diretto tra OLO e imprese di manutenzione, senza l’intermediazione di Telecom. Prosegue l’Autorità, nel punto ora richiamato: *“Le previsioni regolamentari tradotte nell’Offerta di Riferimento, infatti, sono derogabili attraverso accordi di natura commerciale. Ciò è accaduto in passato, e tuttora accade, con gli accordi di system unico che costituiscono un’erogazione alternativa a quella prevista dall’Offerta di Riferimento”*: anche in questo caso l’Autorità incorre nell’errore di scambiare il così detto System unico per quella disintermediazione divisata dalla legge del 2012, postulata nelle offerte Wind e Fastweb, ma mai praticata prima e del tutto impraticabile. Anche l’ulteriore considerazione spesa dall’Autorità nel punto in esame, per cui *“Va poi sottolineato che l’accordo di SU non comporta esclusivamente il trasferimento dell’onere della manutenzione da Telecom Italia alle Imprese di Manutenzione, ma prevede, ad esempio, un compenso aggiuntivo al canone ULL per talune linee, andando così a trovare un’alternativa commerciale alle previsioni regolamentari tout court”*, sicché *“come è dimostrato dal system unico, l’azione normativo regolamentare non è un elemento necessario ai fini dell’erogazione disaggregata della manutenzione, nella misura in cui essa può essere raggiunta attraverso accordi di natura commerciale tra gli*

OLO e Telecom Italia”, omette di considerare e di portare in rilievo il punto centrale e determinante della questione, ossia che il problema che si intendeva risolvere – con la auspicata apertura di questo mercato alla concorrenza – era ed è esattamente la necessaria intermediazione di Telecom. Analoghi rilievi critici possono svolgersi con riferimento alle considerazioni al riguardo contenute nei punti 51 ss. e 65 del provvedimento impugnato.

13.2. L'esegesi della norma introdotta dalla legge di conversione del decreto-legge n. 5 del 2012 è stata già ampiamente condotta nei superiori paragrafi ai quali può qui rinviarsi. Hanno buon gioco le imprese appellanti ad osservare al riguardo l'erroneità della tesi della AGCM, fatta propria anche dal Tar, secondo cui la disciplina di cui alla legge n. 35 del 2012 avrebbe “*costituito un mero stimolo per un operatore di comunicazione a richiedere la quotazione dei servizi, e che tale servizio*”, atteso che la suddetta disciplina ha costituito - come dà atto la stessa AGCM in sede di avvio procedimentale - il fondamento su cui si è basata l'intera istruttoria, rappresentando tale norma il solo presupposto su cui Wind ha formulato la propria richiesta di offerta alle imprese di manutenzione, di talché, diversamente da quanto afferma il Tar, la natura meramente programmatica e "delegante" del citato art. 47, comma 2-*quater*, conferma, per un verso, l'inidoneità della semplice previsione normativa a liberalizzare il mercato; per altro verso, l'inesistenza di una qualsivoglia dinamica concorrenziale nel settore della manutenzione correttiva, atteso che la previsione di un intervento regolatorio dell'AGCOM non avrebbe avuto alcun senso qualora l'acquisizione disaggregata dei servizi fosse già stata possibile nel mercato regolamentato o nel System Unico. Un ulteriore aspetto di rilievo posto in evidenza dalle appellanti, invero del tutto trascurato nelle valutazioni dell'Autorità, concerne la condizione, posta dalla stessa legge programmatica all'apertura alla concorrenzialità del settore, di assicurare “*comunque, il mantenimento della sicurezza della rete*”. Il riferimento normativo alla sicurezza della rete, quale interesse pubblico che ha giustificato la natura regolamentata e non libera del mercato dei servizi di manutenzione, dimostra

– hanno condivisibilmente sostenuto le appellanti - come non fosse ammessa in tale settore, in assenza di una disciplina *ad hoc* introdotta da AGCOM, la possibilità per gli OLO di rivolgersi direttamente ad imprese terze, in deroga all'offerta regolata e all'intermediazione di Telecom, ossia a prescindere dal ricorso agli unici meccanismi ritenuti idonei dallo stesso legislatore ad assicurare, appunto, il prevalente interesse pubblico della sicurezza della rete.

13.3. Riguardando retrospettivamente l'intera vicenda oggetto di giudizio, è agevole peraltro rilevare, alla luce delle novità intervenute nella regolazione del settore, che quelle condizioni di mercato concorrenziale ritenute esistenti dall'Autorità già alla data dei fatti contestati (aprile – agosto 2012) e assunte a fondamento dell'intera costruzione procedimentale e provvedimento oggetto di lite, non solo non sono in realtà mai esistite, almeno nei termini assunti dall'AGCM nel provvedimento impugnato, ma non sono mai venute ad esistenza neppure all'esito della lunga e complessa attività di regolazione posta in essere dall'AGCOM. Tale Autorità di regolazione, infatti, già con la delibera n. 238/13/CONS (recante «*Consultazione pubblica concernente l'identificazione ed analisi dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa (mercati nn. 1, 4 e 5 fra quelli individuati dalla Raccomandazione 2007/879/CE)*»), adottata successivamente alle condotte contestate, aveva ritenuto inopportuna una previsione regolamentare di esternalizzazione del servizio (evidenziando significativamente che non vi erano «*consistenti benefici . . . in termini economici . . . e in termini di processo*» poiché «*una parte consistente delle attività deve necessariamente essere svolta da Telecom Italia, che è l'unico soggetto in possesso delle informazioni tecniche inerenti alla rete, indispensabili ai fini della risoluzione dei guasti?*»). Successivamente, ancora nel 2015, con la delibera n. 42/15/CONS del 29 gennaio 2015, recante «*Integrazione della consultazione pubblica di cui alla delibera n. 238/13/CONS*», l'AGCOM aveva rilevato la necessità di ulteriori approfondimenti, così implicitamente ammettendo l'insussistenza, ancora nel 2015, delle condizioni per una piena liberalizzazione di quel mercato. Ma risulta, soprattutto, che neppure a conclusione, nel 2017, di tale complessa e

lunga attività di regolazione, si sono poi inverte quelle condizioni di contendibilità concorrenziale dei servizi per cui è causa semplicisticamente postulate dall'AGCM come esistenti già al tempo delle condotte contestate (2012). Ed infatti, neppure in base alla delibera conclusiva AGCOM 321/17/CONS, recante “*Condizioni attuative dell’obbligo di accesso in capo a Telecom Italia nei mercati dei servizi di accesso all’ingrosso alla rete fissa ai sensi dell’articolo 22 della delibera n. 623/15/CONS*”, è oggi possibile prestare le attività di bonifica impulsiva sulla rete di Telecom senza “l’intermediazione” e il “coordinamento” dell’azienda proprietaria della rete, ossia della stessa Telecom. È agevole dunque per le appellanti replicare alla prospettazione di parte resistente rilevando che non è un caso che l’AGCOM, all’esito di un lungo percorso regolamentare, non abbia ritenuto applicabile il principio (proprio del modello della c.d. esternalizzazione e di fatto richiesto da Wind con la propria richiesta di preventivi) per cui l’OLO può negoziare direttamente con l’impresa di manutenzione selezionata, al di fuori della relazione contrattuale con Telecom, le condizioni economiche e contrattuali per le attività di competenza del System (si veda al riguardo il paragrafo V24 della delibera 321/17/CONS). È sufficiente leggere al riguardo il par. 1 di pag. 8 della delibera AGCOM del 2017 per capire che, ancora nel 2015, la “liberalizzazione” era un mero progetto, non applicabile, tant’è vero che l’articolo 22, comma 1, della delibera n. 623/15/CONS, ha previsto che Telecom Italia, entro 60 giorni dalla pubblicazione del provvedimento, sottoponesse all’Autorità due proposte alternative (cosiddette di disaggregazione e esternalizzazione) rispetto alle modalità di fornitura, da parte di imprese esterne, delle attività di *provisioning* ed *assurance* dei servizi di *unbundling* del *local loop* (ULL) e di *subloop unbundling* (SLU), in conformità alle linee guida riportate ai commi 3 e 4 del suddetto articolo. In particolare, risulta eloquente il raffronto tra la prima e la seconda proposta, ivi descritte (un modello di continuità con l’attuale System Unico, che mantiene in capo a Telecom Italia il ruolo di coordinamento generale, indicato come “*modello di*

disaggregazione”, e un modello nel quale l’OLO può negoziare direttamente con il System selezionato, al di fuori della relazione contrattuale con Telecom Italia, le condizioni economiche e contrattuali, modello detto di “*disaggregazione evoluta*”). Telecom ha presentato la proposta il 23 febbraio 2016. A conclusione della sua istruttoria, l’AGCOM ha infine optato per la prima soluzione, quella che, in definitiva, al di là di dettagli tecnici che qui non rilevano, conferma il sistema imperniato sulla necessaria intermediazione di Telecom: si vedano, ad esempio, le pagg. 18 ss., ma anche le pagg. 106 ss. della delibera AGCOM 321/17/CONS: «V8. *Al riguardo, come illustrato precedentemente, l’Autorità condivide – tenuto conto di quanto rappresentato dal mercato ed a conferma del proprio orientamento preliminare di cui alla delibera n. 122/16/CONS – che la misura di disaggregazione proposta da Telecom Italia ai sensi dell’articolo 22, comma 3, della delibera n. 623/15/CONS, con alcune integrazioni e rettifiche che tengono conto delle osservazioni formulate dagli operatori nel corso dell’istruttoria, nel rispetto comunque delle disposizioni di cui alla delibera n. 623/15/CONS, sia implementabile velocemente. Si condivide, infatti, che la misura di disaggregazione, così come disciplinata dalla succitata delibera, rappresentando sostanzialmente un’estensione del sistema attuale al servizio SLU ed alle attività di provisioning, non comporta modifiche sostanziali ai processi tecnici di provisioning ed assurance attualmente utilizzati e, dunque, costi di realizzazione né per Telecom Italia né per gli OAO*»; ed ancora: «V9. *L’Autorità condivide, inoltre, che la misura di esternalizzazione presenta invece un elevato livello di complessità implementativa e determina un notevole impatto tecnico ed economico per tutto il mercato, in quanto investe numerosi ambiti operativi (tra cui, la modifica dei processi e dei sistemi degli operatori, la ridefinizione degli SLA e delle penali)*»; «V10. *Per tali ragioni, l’Autorità condivide sostanzialmente l’iter procedurale proposto da alcuni operatori. In particolare, tenuto conto di quanto emerso nel corso dell’istruttoria, l’Autorità ritiene opportuno rinviare la trattazione delle misure relative all’esternalizzazione a valle di un ulteriore approfondimento con il mercato che sarà effettuato, nel caso, mediante un’ulteriore consultazione pubblica nazionale sul tema. In tale consultazione pubblica potrà essere*

valutata, innanzitutto, l'effettiva necessità della misura di esternalizzazione come soluzione evolutiva della misura di disaggregazione, alla luce dell'andamento della disaggregazione delle attività di provisioning ed assurance che nel frattempo sarà attuata e dei relativi effetti sulla competitività del mercato, nonché degli esiti della nuova analisi di mercato (che potrebbe introdurre rimedi differenziati a livello geografico). Conseguentemente, qualora si reputi necessario procedere con l'attuazione della misura di esternalizzazione, potranno essere definiti i relativi dettagli implementativi, di natura tecnica ed operativa. Le osservazioni formulate dagli operatori nell'ambito della consultazione pubblica di cui alla delibera n. 122/16/CONS in merito alla proposta di Telecom Italia sulla misura di esternalizzazione costituiranno il punto di partenza di tale approfondimento istruttorio».

Vi è da aggiungere, per completezza, che anche secondo il modello alternativo di “disaggregazione evoluta” Telecom avrebbe comunque mantenuto il ruolo centrale di “interfaccia unica di dispacciamento degli ordini con i System. Ciò massimizza l'efficienza, da un punto di vista produttivo. Non vi sono, pertanto, sotto il profilo tecnico, differenze tra i due modelli”.

In conclusione, la delibera dell'AGCOM del 2017 ha escluso che il servizio di manutenzione correttiva su rete Telecom possa essere prestato in virtù di un accordo bilaterale tra OLO e imprese di manutenzione; anche nel sistema vigente, pertanto, in forza dell'atto di regolazione sopravvenuto nel 2017, è comprovato che non può trovare applicazione “il principio secondo cui i corrispettivi economici e gli SLA delle attività svolte dal System possano essere negoziati direttamente tra l'OAO (OLO) e l'Impresa System in un rapporto bilaterale” (delibera 321/17/CONS, punto V24, pag. 45).

13.4. Del resto, guardando alla sostanza delle cose, gli stessi OLO erano consapevoli che evidenti ragioni tecniche, economiche (in termini di efficienza ed efficacia degli interventi) e di sicurezza e funzionalità della rete, sconsigliavano, se non rendevano impraticabile in fatto, una soluzione che consentisse ai singoli OLO di intervenire, indipendentemente da un minimo coordinamento e concordamento con Telecom, sul tratto della rete di proprietà Telecom (e la cui manutenzione spettava naturalmente a Telecom), e

ciò sia per la frequente evenienza di guasti riguardanti una pluralità di utenti finali, clienti di diversi gestori, con annessa difficoltà del riparto dei costi e rischio di sovrapposizione di più imprese di manutenzione contemporaneamente per lo stesso guasto, sia perché la stessa localizzazione, individuazione e diagnostica del tipo di guasto postulava l'intervento (sicuramente più efficiente e agevole), anche da remoto, di Telecom, sia, inoltre, per semplificare e rendere più efficienti, anche in termini di prontezza ed efficacia, gli interventi manutentivi sulla base di un criterio prestabilito di divisione dei ruoli e di pianificazione del sistema. Insomma, è di semplice buon senso l'osservazione per cui la condivisione dell'uso dell'unica rete di rame da parte di una pluralità di gestori non poteva, per poter funzionare, fare a meno di un coordinamento degli interventi e che ogni ipotesi di "disaggregazione" richiedeva un preliminare studio di fattibilità, un'adeguata progettazione e una regolazione analitica e dettagliata capace di migliorare il risultato della gestione, evitando il rischio di confusioni, sovrapposizioni, disservizi e sovraccosti per tutti gli operatori (e, soprattutto, con un peggioramento del servizio offerto all'utenza).

14. Il Collegio non sottovaluta affatto – deve precisarsi - la oggettiva consistenza delle condotte poste in essere dalle imprese di manutenzione e da Telecom, analiticamente e dettagliatamente passate in rassegna nel provvedimento impugnato (si vedano soprattutto i punti da 99 a 117 della motivazione); condotte, non si può negare, in sé considerate, rispondenti a schemi e modalità censurabili dal punto di vista del modello ideale di agire dell'operatore economico aperto alla concorrenza, che *“deve autonomamente determinare la condotta che egli intenda seguire sul mercato comune”* (punto 184) e non deve assolutamente avere *“contatti diretti o indiretti – con altri operatori - che possano influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente attuale o potenziale, o rivelare a tale concorrente la condotta che essi hanno deciso o intendono seguire sul mercato quando tali contatti abbiano lo scopo o l'effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato di cui trattasi, tenuto conto della natura*

della merce e delle prestazioni fornite, dell'importanza e del numero delle imprese e del volume di detto mercato". In disparte il tema, che pure richiede di essere approfondito, delle ampie giustificazioni tecniche di tale concertazione fornite nel corso del procedimento dalle imprese coinvolte (si vedano al riguardo i punti 140 ss. del provvedimento impugnato), motivazioni tecniche che acquistano una nuova valenza e dovranno essere attentamente rivalutate anche alla luce delle conclusioni che qui si vanno a trarre in ordine alla configurabilità e alla effettività di una reale liberalizzazione e disaggregazione del mercato dei servizi di manutenzione per cui è causa al tempo delle condotte contestate, si profila l'ostacolo pregiudiziale, rispetto all'apprezzamento e alla valutazione di tali condotte, costituito (per l'appunto) dall'erroneo presupposto assiomatico di base, sul quale l'Autorità ha fondato tale apprezzamento e valutazione, rappresentato dal convincimento della preesistenza di un mercato contendibile di tali servizi in una forma tale da consentire di prescindere dalla necessaria intermediazione della società proprietaria della rete. Alla stessa stregua, l'ampia e approfondita disamina delle singole condotte contestate alle imprese appellanti, svolta nella memoria defensionale dell'Avvocatura dello Stato (paragrafo D, pagg. 34-61 della memoria), elude il tema centrale della controversia e ne risulta condizionata, nel senso che l'intera trama di tali relazioni, contatti, scambi di *mail*, *etc.*, acquista naturalmente un senso diverso se letta alla luce del postulato della preesistente apertura e agibilità concreta di un mercato liberalizzato e disaggregato, o se, invece, interpretata alla luce dell'assunto, che qui si ritiene valido, di una non operatività, neppure allo stato embrionale, di un siffatto mercato, all'epoca delle condotte esaminate. Le società appellanti hanno dunque buon gioco a far rilevare (ad esempio, nella memoria della società Ceit, pag. 11) che *"In definitiva, ciò che emerge è che le condotte imputate alle Parti non hanno avuto alcuna ripercussione sul processo regolamentare (e la cd. "liberalizzazione"), le cui complessità sono (ed erano) obiettive, e non certo rappresentate "ad arte" dalle Parti al fine di frenare l'apertura del mercato alla concorrenza"*.

Tanto è vero che il Collegio non trascura la obiettiva rilevanza anticoncorrenziale delle condotte analiticamente esaminate nel provvedimento e nelle difese dell'Autorità che, non a caso, l'esito dell'accoglimento degli appelli non conduce all'azzeramento della funzione di vigilanza *antitrust* sulla fattispecie, per una sua carenza assoluta di presupposti, ma conduce a un rinvio all'Autorità per il riesercizio corretto di tale funzione, in seno al quale procedere a una rilettura attenta dell'ampio materiale probatorio acquisito al fine di meglio e più approfonditamente valutarne la rilevanza (e le reali potenzialità lesive degli interessi di mercato tutelati), alla stregua dei diversi e più corretti canoni di giudizio in questa sede elaborati e focalizzati. Quanto meno, come osservato in alcune delle memorie difensive delle parti appellanti, *“la theory of harm dell'AGCM dovrebbe essere comunque significativamente “ridimensionata”, con tutto ciò che ne consegue quantomeno in punto di gravità dell'asserito illecito e relativa sanzione”*.

15. Come già accennato nei paragrafi 7 e 9.6, oltre ai difetti istruttori e valutativi commessi dall'Autorità, sopra ampiamente esaminati, emerge e si profila poi un errore di giudizio nello stesso sillogismo giuridico operato dalla medesima Autorità precedente (errore di giudizio seguito nella sostanza anche dal primo Giudice nella sentenza appellata), riguardante l'uso della categoria della “intesa per oggetto”, la cui applicazione nella fattispecie è giudicata non condivisibile dal Collegio sotto il duplice e concorrente profilo della nozione, troppo ampia ed estesa, che di essa ha avuto presente l'Amministrazione nel provvedimento impugnato, e della acritica sussunzione, in essa, dei fatti conosciuti e valutati, la cui complessità e peculiarità, per quel che attiene in particolare all'assenza di autoevidenza di effetti naturalmente anticoncorrenziali delle condotte censurate, mal si prestava a essere ricompresa in tale categoria concettuale.

15.1. L'intesa per oggetto è nozione del diritto *antitrust* che ha ricevuto numerosi approfondimenti nella giurisprudenza comunitaria. Essa ricorre allorquando le intese (o le pratiche restrittive) costituiscono condotte vietate

in ragione della loro stessa natura. È tuttavia convincimento del Collegio che anche questa nozione debba essere calata e temperata nel quadro dei principi generali e fondamentali che presiedono al diritto sanzionatorio, primo tra tutti quello dell'onere della prova, che grava su chi accusa e che investe la fattispecie nella sua interezza, in tutti i suoi elementi costitutivi. Essa, inoltre, sempre ad avviso del Collegio, non può intendersi nel senso estremo di consentire la sanzione di un mero comportamento, in sé considerato, avulso dalla reale condizione del mercato nel quale si verifica, pena il rischio che tale nozione si traduca in una sorta di sanzione etica (e non giuridica) di una condotta non “virtuosa”, ma innocua, priva di effetti rilevanti per il diritto (priva di effetti lesivi, anche solo potenziali, del bene giuridico oggetto di protezione).

15.2. Ad avviso del Collegio non è condivisibile la difesa dell'AGCM (in particolare, pag. 33 della memoria conclusionale) nella parte in cui mostra di riferire questo concetto al tema della definizione del mercato rilevante (sarebbe destituita di fondamento, osserva l'Avvocatura, la contestazione di alcune *“appellanti di accusare l'Autorità di essersi rifugiata nella nozione di «intesa per oggetto» per evitare l'analisi del contesto economico/giuridico in cui hanno avuto luogo le condotte accertate”*, lì dove, invece *“tale analisi è stata appieno compiuta (v. in particolare §§218-228 provv.) e, come correttamente rilevato dal TAR, l'iter argomentativo e motivazionale con cui l'Autorità è giunta alla definizione del mercato rilevante è del tutto logico, coerente ed esente da vizi”*). Il concetto (e il modo di procedere) della “intesa per oggetto” viene in rilievo, invero, non tanto ai fini della definizione del mercato rilevante, ma soprattutto al diverso fine di isolare la valutazione delle condotte, inquadrabili nel tipo astratto dell'accordo o della pratica anticoncorrenziale, rispetto alla concreta dinamica e operatività del mercato rilevante, come già rilevato e definito. L'errore che inficia il provvedimento impugnato non si colloca, dunque, a livello di definizione del mercato rilevante, ciò che attiene a una ricognizione e descrizione soprattutto oggettiva e di tipo merceologico del segmento preso ad esame, ma a livello di

(non adeguata ed errata) definizione delle reali condizioni di (non) operatività di un regime realmente concorrenziale in quel mercato e di (conseguente) non comprensione delle condotte stesse, in quanto valutate in astratto e non nella concreta operatività e consistenza di quel segmento di mercato.

15.3. Il riferimento giurisprudenziale più pertinente al caso in esame sembra essere costituito dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea 11 settembre 2014, resa nella causa C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires* c. Commissione. In questa pronuncia la Corte ha ribadito che «52. *Nel caso in cui l'analisi di un tipo di coordinamento tra imprese non presenti un grado sufficiente di dannosità per la concorrenza, occorrerà, per contro, esaminarne gli effetti e, per vietarlo, dovranno sussistere tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo significativo (sentenza Allianz Hungária Biztosító e a., EU:C:2013:160, punto 34 e giurisprudenza ivi citata)*». «53. *A mente della giurisprudenza della Corte, per valutare se un accordo tra imprese o una decisione di associazione di imprese presentano un grado sufficiente di dannosità per essere considerati come una restrizione della concorrenza «per oggetto» ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, occorre riferirsi al tenore delle loro disposizioni, agli obiettivi che essi mirano a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale essi si collocano. Nella valutazione di tale contesto, occorre prendere in considerazione anche la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione (v., in tal senso, Allianz Hungária Biztosító e a., EU:C:2013:160, punto 36 e giurisprudenza ivi citata)*». La sentenza *Cartes Bancaires* evidenzia inoltre che la nozione di intesa per oggetto deve essere interpretata in modo restrittivo, poiché essa si traduce in sostanza in una sorta di presunzione degli effetti lesivi della concorrenza in deroga al normale obbligo della Commissione di provare gli effetti concreti sul mercato.

15.4. Insomma, muovendo dalle penetranti critiche delle appellanti, è convincimento del Collegio che la situazione specialissima di questo mercato dei servizi di manutenzione correttiva sulla rete telefonica fissa non era (quanto meno e a dir poco) affatto chiara, sia per la sua configurazione e

praticabilità come mercato realmente contendibile, sia, conseguentemente, per la configurabilità di reali effetti restrittivi derivanti dalle condotte concertative contestate alle imprese appellanti, sicché ha errato l'AGCM nell'applicare la logica dell'intesa per oggetto, lì dove avrebbe invece dovuto meglio istruire e comprovare sia la reale consistenza e contendibilità di quel mercato, sia – e conseguentemente – la configurabilità e la portata degli effetti paventati, in applicazione dei suddetti principi.

15.5. Come si evince dai paragrafi 60 ss. della sentenza C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*, il controllo più penetrante dell'Autorità sull'applicabilità della nozione di “intesa per l'oggetto” avrebbe dovuto comportare anche una più attenta valutazione delle giustificazioni “tecniche” fornite dalle imprese coinvolte, tenendo in maggior conto, al di là delle intenzioni e del contegno delle parti, gli oggettivi problemi tecnici e di sicurezza connessi alla pretesa di Wind e Fastweb di accesso diretto e disintermediato sulla rete Telecom, problemi tecnici ripetutamente fatti presenti dalle imprese e oggetto anche di numerosi scambi di contatti e di informazioni tra di esse intercorsi ed assunti senz'altro dall'Autorità a riprova della natura anticoncorrenziale (per oggetto) delle condotte. Alla luce di queste diverse coordinate ermeneutiche, le stesse condotte assunte dalle imprese di manutenzione andrebbero riesaminate e rilette dall'Autorità in un'ottica diversa. Dalle risultanze istruttorie emerge, infatti, che tali imprese hanno lamentato “*l'oggettiva assenza di un preventivo accordo tra Wind e Telecom Italia, propedeutico ed indispensabile per la definizione reale di qualsiasi procedura operativa e di valutazione del livello del servizio richiesto*”, ciò che rendeva “*non valutabile poiché inapplicabile, la fattibilità e l'onerosità di un servizio come richiesto*”. Tali considerazioni, giudicate frettolosamente dall'Autorità quali prove dell'intesa, avrebbero probabilmente richiesto un esame e una valutazione più attenti, esprimendo esse il rilievo oggettivo che la mancanza di un accordo specifico non consentiva di aprire il mercato relativamente al servizio richiesto e imponeva comunque la necessità per le imprese di richiedere a Telecom notizie sull'esistenza di un accordo contrattuale con

Wind e sui relativi aspetti tecnici dell'eventuale prestazione disaggregata del servizio.

15.6. Il caso *Carte bancaire* rende evidente come lo schema della “intesa per oggetto” non debba fare velo alla accurata cognizione e valutazione, da parte dell’Autorità, della “peculiarità” tecnica del mercato: nel caso esaminato dal Giudice europeo il Tribunale aveva omesso di rilevare (par. 74) la natura duale di quel mercato bancario nel quale “*sussistevano «interazioni» tra le attività di «emissione» e di «acquisizione» di un sistema di pagamento e che tali attività producevano «effetti di rete indiretti», dal momento che l’entità dell’accettazione delle carte da parte dei commercianti e il numero di carte in circolazione si influenzano reciprocamente*”, sicché “*il Tribunale non poteva, senza commettere un errore di diritto, concludere che le misure in questione avevano ad oggetto la restrizione della concorrenza ai sensi dell’articolo 81, paragrafo 1, CE*”. Nella valutazione di tale contesto, ha aggiunto la Corte, occorre prendere in considerazione anche la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione (§ 54). Nel caso all’odierno esame del Collegio la peculiarità del contesto si evince chiaramente dai fondati dubbi, sopra ampiamente argomentati, sulla configurabilità stessa di un mercato concorrenziale dei servizi disaggregati (e disintermediati rispetto a Telecom) di manutenzione correttiva sulla rete Telecom, in un quadro reso particolarmente complesso e incerto anche in ragione della (allora) recentissima novità normativa intervenuta (e prontamente fatta oggetto, peraltro, di una procedura di infrazione europea), che rinviava, inoltre, a un atto di regolazione dell’AGCOM, poi intervenuto solo dopo cinque anni (con esiti peraltro confermativi di un ruolo indefettibile di Telecom nell’organizzazione di questi servizi di manutenzione).

15.7. Il Collegio rileva un sostanziale parallelismo analogico tra le vicende decise dalla Corte europea nella richiamata sentenza del 2014 e il caso all’odierno esame della Sezione. Anche nel caso scrutinato dal Giudice comunitario ci si trovava di fronte a condotte concertative delle imprese

creditizie che, in astratto considerate (ciò che aveva fatto il Tribunale di primo grado nella sentenza poi annullata), apparivano senz'altro corrispondenti a comportamenti tipicamente anticoncorrenziali, ma che, lette e interpretate alla luce della peculiarità di quel mercato, si prestavano evidentemente a una diversa valutazione. Analogamente, nel caso in esame, le condotte contestate alle imprese appellanti, pur oggettivamente incasellabili, se decontestualizzate e in sé considerate, in schemi tipicamente anticoncorrenziali, esigono, invece, alla luce delle peculiarità del mercato in questione, una più attenta e approfondita disamina, capace di condurre anche ad esiti opposti a quelli tratti dall'Autorità e confermati dal primo Giudice. In quel caso, come in questo all'odierno esame del Collegio, l'esito della decisione deve correttamente essere non integralmente demolitorio, ma deve essere di rimando (in quel caso al Tribunale, in questo caso) all'Autorità competente, per un riesercizio conforme della funzione.

16. Le medesime argomentazioni sopra svolte e le medesime conclusioni sopra raggiunte devono valere parimenti anche per il secondo segmento della condotta anticoncorrenziale imputata da AGCM alle imprese appellanti, per quel che concerne la loro condotta in sede di audizione presso AGCOM (per i fatti ricostruiti analiticamente nei parr. 243 ss. del provvedimento impugnato).

16.1. Deve peraltro respingersi la censura, sviluppata nell'appello della società Sirti, di incompetenza dell'AGCM, per avere essa sanzionato condotte poste in essere – e negativamente interferenti, secondo la contestazione – nell'ambito di un procedimento di regolazione svolto dall'AGCOM, alla quale sarebbe dunque naturalmente spettato rilevare ed eventualmente sanzionare tali condotte. L'infondatezza di questa censura dipende, nel quadro del “regolamento di confini” tra i rispettivi ambiti di competenza delle due Autorità, quella *antitrust* e quella di regolazione, disegnato dalla nota giurisprudenza, ampiamente richiamata nella memoria dell'Avvocatura (a partire dalle sentenze dell'adunanza plenaria di questo Consiglio 9 febbraio

2016, nn. 3 e 4, dalla pronuncia della CGUE 13 settembre 2018, C-54 e 55/2017, nonché dalle sentenze di questo Consiglio 18 luglio 2014, n. 3849, 15 maggio 2015, n. 2479, 25 ottobre 2019, n. 7296), dalla connotazione prevalentemente anticoncorrenziale, soprattutto sul piano finalistico, oggettivamente esibita dalle condotte imputate alle imprese appellanti, tale da giustificare la prevalenza della competenza *antitrust* nella fattispecie, correttamente sotto questo profilo concordata con l'AGCOM, che ha reso in proposito il proprio parere, sostanzialmente adesivo alle tesi dell'AGCM.

16.2. Restano invece fondate e meritevoli di accoglimento, anche con riferimento a questo secondo segmento delle condotte anticoncorrenziali, le censure di eccesso di potere – per sostanziale sottovalutazione, da parte dell'Autorità, della condizione giuridica e di fatto del mercato di riferimento, della sua complessità tecnica, delle peculiarità delle dinamiche innescate dalla novità normativa del 2012, anch'essa sottovalutata nella sua portata innovativa e nella sua problematicità applicativa – già ampiamente scrutinate nei precedenti paragrafi della presente motivazione con riguardo al primo segmento comportamentale rimproverato alle società appellanti e fatto oggetto di sanzione.

16.3. Occorre al riguardo considerare che l'unitarietà delle condotte, ritenuta dalla stessa Autorità e riflessa nell'unitarietà della procedura sanzionatoria, non consente di segmentare e separare nella valutazione i due episodi, che sono strettamente tra loro legati, pur se diversi. Con la conseguenza che i vizi rilevati riguardo alla cognizione, gestione e valutazione della prima fase della condotta anticoncorrenziale finiscono per riverberarsi anche sulla cognizione e valutazione della seconda fase, che ne riesce invero condizionata e in qualche modo pregiudicata, in una lettura unitaria nella quale la condotta posta in essere in sede di regolazione dinanzi all'AGCOM si pone come post-fatto consequenziale, comprovante l'ante-fatto rappresentato dalla prima condotta, in una evidente circolarità probatoria e valutativa che non consente di scindere i due momenti della unitaria condotta ritenuta dall'Autorità.

17. Come già anticipato in più punti della presente motivazione e, in particolare, nel paragrafo 14, le conseguenze dell'accoglimento degli appelli, sulla base dei motivi sopra esaminati, che svolgono un effetto di assorbimento di ogni altra censura proposta, si sostanziano nel dovere funzionale dell'Autorità di riesercitare la funzione, non correttamente esercitata, per quanto detto, con il provvedimento impugnato, uniformandosi ai canoni di giudizio in questa stessa motivazione enunciati, restando demandato alla discrezionalità tecnica dell'Autorità, nella riedizione – opportunamente partecipata – della funzione, cogliere il punto di arrivo e di conclusione che, esclusa ovviamente una conferma e una riproposizione delle medesime conclusioni e dei medesimi vizi, potrà spaziare da un “minimo”, rappresentato da un'archiviazione della pratica, a un “massimo”, conducente a una congrua rimodulazione riduttiva delle sanzioni irrogate.

Preme precisare, infine, che, essendo la cognizione del Giudice amministrativo sulle sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti estesa al merito limitatamente al *quantum* della sanzione, il riesame della fattispecie da parte dell'AGCM, qui disposto, si inquadra perfettamente nella giurisdizione di legittimità che, pur piena ed effettiva, e improntata ai canoni della così detta *full jurisdiction*, non può spingersi tuttavia fino alla sostituzione diretta e immediata dell'Amministrazione nella riedizione del procedimento e nell'adozione conseguente del nuovo provvedimento.

18. Per tutte le esposte considerazioni i ricorsi in appello in esame, previa riunione, devono essere accolti, con conseguente annullamento, in riforma delle sentenze appellate, del provvedimento dell'Autorità impugnato in primo grado, salvo il corretto riesercizio della funzione da parte della medesima Autorità, in osservanza dei criteri di azione desumibili dalla presente sentenza.

19. La complessità dei riuniti giudizi giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe indicati, ne dispone la riunione, li accoglie e, per l'effetto, in riforma delle sentenze appellate, annulla, nei sensi di cui in motivazione, il provvedimento impugnato in primo grado, salvo il riesercizio della funzione amministrativa da parte della competente Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Compensa per intero tra le parti le spese del grado di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Paolo Carpentieri, Consigliere, Estensore

Giordano Lamberti, Consigliere

L'ESTENSORE
Paolo Carpentieri

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO