

Pubblicato il 09/08/2021

N. 09354/2021 REG.PROV.COLL.
N. 08744/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8744 del 2020, proposto da Open Fiber S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Nico Moravia, Marco Giustiniani, Tommaso Filippo Massari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Moravia (Pavia & Ansaldo) in Roma, via Bocca di Leone n. 78;

contro

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - Roma, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Telecom Italia s.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco D'Ostuni, Mario Siragusa, Marco Zotta, Riccardo Tremolada, con domicilio digitale come da PEC

da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Marco D'Ostuni in Roma, piazza di Spagna 15;

per l'annullamento

previa adozione di misura cautelare ex art. 55, comma 10, c.p.a.

- della delibera n. 284/20/Cir del 6 agosto 2020 (pubblicata in data 1° settembre 2020) con la quale l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha approvato l'offerta di riferimento di **TIM** nella parte relativa ai servizi di accesso all'ingrosso alle infrastrutture NGAN per gli anni 2019 e 2020;
- di tutti gli atti presupposti, connessi, collegati e/o consequenziali, antecedenti e/o successivi, ancorché non conosciuti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Telecom Italia S.P.A e dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - Roma;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 aprile 2021, tenutasi in modalità da remoto, la dott.ssa Francesca Romano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso notificato e depositato in data 30 ottobre 2020, Open Fiber ha impugnato la delibera dell'AGCOM n. 284/20/Cir del 6 agosto 2020, recante: "Approvazione delle offerte di riferimento di Telecom Italia per i servizi bitstream su rete in rame e per i servizi bitstream NGA, servizio VULA e relativi servizi accessori, per gli anni 2019 e 2020".
2. Open Fiber contesta la delibera Agcom 284/20/Cir che ha approvato l'offerta di riferimento all'ingrosso per gli anni 2019-2020, presentata da

TIM per l'erogazione dei servizi di accesso alla sua rete in fibra nella parte in cui sono stati stabiliti i corrispettivi che **TIM** deve praticare per consentire l'accesso alle c.d. infrastrutture di posa.

Le infrastrutture di posa sono i manufatti rappresentati da cunicoli, cavidotti o tubi al cui interno gli operatori che sviluppano una propria rete di comunicazione elettronica possono alloggiare il cavo che trasmette il segnale. Gli operatori che realizzano nuove reti possono realizzare ex novo anche le infrastrutture di posa dove le reti vengono alloggiate oppure possono utilizzare le infrastrutture di posa già esistenti che appartengono ad altri operatori.

L'utilizzazione delle infrastrutture già esistenti è l'opzione che il legislatore espressamente incentiva (v. artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 33/2016 il c.d. "decreto fibra"), in quanto per tal via si evita una duplicazione dei manufatti con riduzione dei costi, nonché una riduzione delle incertezze sui tempi per la conclusione delle procedure amministrative e sull'esecuzione dei lavori necessari per realizzare ex novo le infrastrutture di posa.

TIM è l'operatore di comunicazioni elettroniche che possiede la rete esistente più ampia e più estesa di infrastrutture di posa, qualificato da AGCOM quale operatore con significativo potere di mercato, al quale, conseguentemente, sono stati imposti una serie di obblighi regolatori, quali, in particolare:

- a) l'obbligo di offrire un servizio di accesso a favore degli altri operatori;
- b) l'obbligo di consentire l'accesso in modo non discriminatorio, applicando le medesime offerte ai diversi operatori;
- c) l'obbligo di offrire i servizi di accesso in modo trasparente, rendendo preventivamente conoscibili i servizi di accesso offerti e le relative condizioni economiche;
- d) l'obbligo di richiedere un corrispettivo per i servizi d'accesso che sia

orientato al costo.

In tale contesto, **TIM** ha pubblicato l'offerta di riferimento per l'erogazione dei servizi di accesso alle sue infrastrutture di posa che, secondo Open Fiber, non rispetterebbe gli obblighi regolatori posti a suo carico.

3. Per l'effetto, la delibera 284/20/Cir sarebbe illegittima sulla base dei seguenti, motivi di diritto:

I. Illegittima previsione di prezzi non orientati al costo nell'offerta di riferimento di **Tim**. Violazione dell'art. 12 e 13 della delibera Agcom 348/19/Cons e dell'art. 50 del Codice delle comunicazioni elettroniche in tema di obbligo di controllo dei prezzi, nonché dell'art. 6 della delibera 348/19/Cons e dell'art. 49 del Codice delle comunicazioni elettroniche in tema di obbligo di accesso, dell'art. 9 della delibera 348/19/Cons e dell'art. 46 del Codice delle comunicazioni elettroniche in tema di obbligo di trasparenza e degli artt. 10a e 10b della delibera 348/19/Cons e dell'art. 47 del Codice delle comunicazioni elettroniche in tema di obbligo di non discriminazione – eccesso di potere per mancanza di presupposti e travisamento dei fatti.

Open Fiber contesta la legittimità dell'offerta di riferimento di **TIM** poiché, i corrispettivi indicati nell'offerta di riferimento per l'accesso a minitubi e tratte d'adduzioni sono superiori e non corrispondono a quelli che **TIM** applica o propone di applicare a favore di altri operatori di mercato.

II. Illegittima omissione di servizi di accesso che invece vengono offerti sul mercato. Violazione dell'art. 9 della delibera 348/19/Cons e dell'art. 46 del Codice delle comunicazioni elettroniche in tema di obbligo di trasparenza, nonché dell'art. 6 della delibera 348/19/Cons e dell'art. 49 del Codice delle comunicazioni elettroniche in tema di obbligo di accesso, degli artt. 10a e 10b della delibera 348/19/Cons e dell'art. 47

del Codice delle comunicazioni elettroniche in tema di obbligo di non discriminazione e degli artt. 12 e 13 della delibera Agcom n. 348/19/Cons e dell'art. 50 del Codice delle comunicazioni elettroniche in tema di obbligo di controllo dei prezzi, – eccesso di potere per mancanza di presupposti e travisamento dei fatti.

La delibera Agcom 284/19/Cir avrebbe erroneamente approvato l'offerta di riferimento di **TIM** dove mancano servizi di accesso che invece **TIM** fornisce sul mercato ad alcuni operatori. In particolare, con riferimento ai servizi di accesso alle infrastrutture civili e alle tratte d'adduzione, l'offerta di **TIM** prevede soltanto la possibilità di accedere ai minitubi, mentre **TIM** fornisce ad alcuni operatori anche il servizio di accesso al tubo intero ovvero ad una frazione del tubo intero.

III. Carenza d'istruttoria nell'esame dell'offerta di riferimento e il difetto di motivazione. Violazione della delibera 348/19/Cons – Violazione dell'art. 2 della legge n. 241/1990 per difetto di motivazione - eccesso di potere per carenza di istruttoria.

La delibera Agcom 284/19/Cir sarebbe infine illegittima per carenza d'istruttoria e difetto di motivazione. Nel corso della consultazione pubblica che ha preceduto l'approvazione dell'offerta di riferimento di **TIM**, la società ricorrente ha partecipato e ha evidenziato specificamente sia il fatto che **TIM** pratica sul mercato prezzi inferiori rispetto a quelli indicati nell'offerta di riferimento sia il fatto che **TIM** fornisce sul mercato anche servizi di accesso non inclusi nell'offerta di riferimento, ma ciò nonostante l'Agcom ha infine approvato l'offerta di riferimento senza alcun cenno ai fatti evidenziati dalla ricorrente.

4. Si è costituita in giudizio l'Autorità contestando, nel merito, la fondatezza del gravame.

5. Si è altresì costituita in giudizio Telecom s.p.a. contestando l'inammissibilità del primo e del secondo motivo di gravame per omessa

impugnazione della delibera 348/19/Cons con cui è stata approvata l'analisi di mercato nonché sono stati fissati gli obblighi gravanti su **Tim** per il periodo 2018- 2021. Il ricorso, secondo la controinteressata sarebbe, comunque, infondato nel merito.

6. All'esito della camera di consiglio del 20 novembre 2020 la causa è stata rinviata al merito, ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a.

7. Alla pubblica udienza del 7 aprile 2021 la causa è passata, infine, in decisione.

DIRITTO

1. L'eccezione di inammissibilità dei primi due motivi di ricorso può essere disattesa, in quanto il ricorso è, ad ogni modo, infondato nel merito.

2. Il collegio reputa opportuno, per ragioni di economia processuale e di connessione logica, trattare congiuntamente i tre motivi di gravame con cui la ricorrente contesta, sostanzialmente, il fatto che **TIM** pratichi sul mercato prezzi inferiori e offra servizi diversi a quelli imposti nella gravata delibera, deducendo:

a) con il primo motivo di ricorso, che l'offerta di riferimento contiene alcuni prezzi superiori a quelli che **TIM** pratica, in virtù di accordi commerciali bilaterali, ad altri operatori sul mercato.

Dal che se ne ricaverebbe, secondo la ricorrente, che i corrispettivi indicati nell'offerta di riferimento non rispettano l'obbligo di orientamento al costo e sarebbero per ciò solo discriminatori. Se **TIM** pratica sul mercato prezzi inferiori, il maggior corrispettivo indicato nell'offerta di riferimento sarebbe, infatti, superiore al costo e includerebbe remunerazioni indebite, con conseguente illegittimità della delibera Agcom che ha approvato, in parte qua, l'offerta di riferimento;

b) con il secondo motivo, che in virtù dei medesimi accordi bilaterali **TIM** erogherebbe ad altri operatori di mercato servizi non previsti

nell'offerta di riferimento. Più in particolare, l'offerta di riferimento riguarda solo servizi correlati all'accesso a minitubi, mentre **TIM**, in virtù dei suddetti accordi, consente anche la possibilità di accedere direttamente al tubo che ospita i minitubi;

c) con il terzo motivo, infine, l'illegittimità della delibera per carenza d'istruttoria e per difetto di motivazione, in quanto, nel corso del procedimento, la ricorrente avrebbe specificamente evidenziato all'Agcom che **TIM** pratica sul mercato prezzi diversi ed inferiori rispetto a quelli indicati nell'offerta di riferimento e ciò nonostante l'Agcom non avrebbe preso in considerazione tali elementi nel corso dell'istruttoria.

Ebbene, in punto di fatto, occorre innanzitutto osservare come l'esistenza di accordi bilaterali tra **TIM** e altri operatori di mercato è una circostanza ben nota e considerata dalla stessa Autorità in sede di approvazione dell'offerta di riferimento di **TIM**.

Per cui, innanzitutto, alcun difetto di istruttoria e di motivazione può essere lamentato dalla ricorrente società rispetto alla gravata delibera.

L'Autorità ha legittimamente approvato l'offerta in esame, senza tenere conto di quanto segnalato in sede consultiva da Open Fiber, poiché gli accordi bilaterali e le offerte di riferimento operano in ambiti diversi, di modo che le valutazioni degli uni non possono essere in alcun modo trasferite sulla valutazione dell'altra.

Le due fattispecie hanno, infatti, diversa natura: gli accordi bilaterali sono stipulati su base commerciale e, quindi, rientrano nella capacità negoziale del singolo operatore; le offerte di riferimento sono, invece, offerte regolamentate, soggette come tali all'approvazione dell'Autorità.

Mentre sulla base dell'offerta regolamentata, **TIM** è tenuta a rispettare obblighi di carattere asimmetrico, gli accordi bilaterali operanti sul mercato hanno la peculiarità di garantire un accesso simmetrico

prevedendo una clausola di reciprocità dell'accesso alle infrastrutture delle due parti contraenti nonché un meccanismo di coinvestimento. L'offerta di riferimento regolamentata, invece, è per sua natura asimmetrica in quanto include le condizioni economiche che **TIM**, in qualità di operatore SMP, è tenuta ad offrire unilateralmente sul mercato, essendo funzionale a garantire l'accesso regolamentato alla propria infrastruttura.

La regolamentazione vigente al momento della stipula degli accordi, peraltro, prevedeva che **TIM** potesse stipulare accordi bilaterali non ponendo in capo a quest'ultima un obbligo di notifica e approvazione ex ante né un obbligo di orientamento al costo dei prezzi ivi contenuti.

Quindi **TIM** poteva e può, del tutto legittimamente, negoziare tali accordi su base negoziale, ancorché tali accordi possano poi, sulla base di una verifica ex post essere oggetto dei poteri di vigilanza da parte di AGCOM.

2.1. Posta la differente natura degli accordi bilaterali e dell'offerta di riferimento, ne discende la legittimità della previsione, negli atti di natura commerciale, bilateralmente sottoscritti dalle parti, di prezzi inferiori nonché di diversi servizi di accesso alla rete infrastrutturale praticati e resi disponibili da **TIM** agli altri operatori di mercato.

L'adesione a un accordo bilaterale presuppone, infatti, l'accettazione, da parte del contraente, di vincoli di reciprocità e di coinvestimento tra ambedue le parti contraenti nella realizzazione di nuove infrastrutture, vincoli in alcun modo presenti nel mercato regolamentato.

Gli accordi bilaterali, dunque, non offrono, come erroneamente prospettato da parte ricorrente, solo e unicamente condizioni migliorative in termini di prezzo o di servizi ultronei resi disponibili.

Più in particolare, i prezzi in essi previsti per i medesimi servizi di rete differiscono dal prezzo previsto nell'offerta di riferimento essendo

diversa la base e il modello di costo utilizzato.

La circostanza che i prezzi offerti da **TIM** in seno agli accordi siano differenti dipende, peraltro, non solo dalla presenza di vincoli di reciprocità e coinvestimento in capo ad entrambe le parti contraenti, tali da rendere diversi i costi base da sostenere, ma anche dal fatto che, essendo prezzi fissati in ambito non regolamentare non rispondono ai modelli di *pricing* utilizzati nell'analisi di mercato.

Nella regolamentazione, per esempio, come sottolineato dalla difesa erariale, l'Autorità ha di recente utilizzato costi correnti e periodi di ammortamento superiori a quelli di bilancio e modelli a rata costante, dal che discende la non confrontabilità, da un punto di vista economico, dei prezzi degli accordi bilaterali con quelli regolamentati.

I prezzi fissati dall'Autorità nell'analisi di mercato hanno un obiettivo regolamentare che è quello di dare al mercato una corretta indicazione se convenga realizzare in proprio la rete o comprarla da **TIM** tramite modelli di *pricing*. Gli accordi bilaterali, invece, sono basati sulla libera contrattazione e funzionali a stimolare il roll out delle reti in fibra da parte dei contraenti. Ed è per questa ragione che l'Autorità non potrebbe mai, pena rinnegare gli obiettivi regolamentari dell'analisi di mercato, introitare nell'offerta di riferimento i prezzi degli accordi bilaterali che le parti fissano liberamente sulla base di ben altri criteri di convenienza.

2.2. Ciò posto, deve concludersi per la piena legittimità dell'operato dell'Autorità che in ossequio alle proprie precedenti determinazioni, nella gravata delibera ha previsto prezzi del minitubo coerenti con quelli emersi dall'analisi di mercato di cui alla delibera n. 348/19/CONS, peraltro non impugnata da Open Fiber.

Sarà poi solo in una fase successiva, in caso di segnalazioni di violazioni, che l'Autorità sarà semmai tenuta ad avviare il relativo accertamento istruttorio ed eventualmente sanzionatorio, accertamento

che non può in alcun modo essere trasposto nella diversa e distinta fase dell'approvazione dell'offerta di riferimento.

Con l'approvazione dell'offerta di riferimento, infatti, l'Autorità è tenuta unicamente a verificare l'allineamento dei prezzi pubblicati da **TIM** a quanto fissato nell'analisi di mercato.

Cosicché, alla luce di tutto quanto esposto, emerge, a giudizio del collegio, la piena legittimità della delibera n. 284/20/CIR rispetto all'obbligo di controllo dei prezzi, poiché l'Autorità ha compiutamente verificato che le condizioni economiche previste nell'offerta di riferimento di **TIM** per gli anni 2019 e 2020, in relazione alle infrastrutture di posa locali e alle tratte di adduzione, sono allineate a quanto previsto all'art. 46 della delibera n. 348/19/CONS., in un ambito, quello del procedimento di approvazione dell'offerta di riferimento in cui, giova ribadire, il potere di AGCOM è un potere di carattere vincolato, dovendosi la stessa limitare a verificare che le condizioni tecniche e economiche indicate nelle OR risultino in linea a quanto stabilito con delibera n. 348/19/CONS, secondo quanto previsto nella delibera 284, parr. 100 e 110.

Parimenti la delibera impugnata non viola in alcun modo:

a) l'obbligo di accesso, in quanto le condizioni di fornitura dei servizi di accesso alle infrastrutture previste da **TIM** nell'offerta di riferimento per gli anni 2019 e 2020 sono allineate a quanto disposto dalla delibera n. 348/19/CONS e, in particolare, all'art. 6 "obblighi in materia di accesso e di uso di determinate risorse di rete – accesso locale all'ingrosso" e all'art. 29 "Servizi di accesso alle infrastrutture di posa ed alla fibra spenta";

b) l'obbligo di trasparenza, poiché **TIM**, in ossequio a quanto disposto all'art. 9 della delibera n. 348/19/CONS, ha pubblicato un'offerta di riferimento per i servizi di accesso all'ingrosso alla rete in fibra ottica,

tra i quali, i servizi di accesso alle infrastrutture di posa locali e tratte di adduzione. La stessa offerta di riferimento, peraltro, nelle sue premesse, informa in modo del tutto trasparente il mercato che “l’OR non pregiudica la possibilità per le Parti di negoziare, in sede di accordo bilaterale, modalità, termini e condizioni differenti per la fornitura dei servizi”;

c) l’obbligo di non discriminazione perchè **TIM** ai sensi degli obblighi imposti dalla delibera n. 348/19/CONS applica, per i servizi presentati nell’offerta di riferimento, a tutti gli operatori del settore condizioni equivalenti, così come sancito dal Codice all’art. 47, fermo restando in caso di segnalazioni di condotte discriminatorie, come nel caso di eventuali accordi bilaterali illegittimi, il potere di vigilanza in capo all’Autorità, da esercitare ex post, attraverso l’irrogazione delle relative sanzioni.

3. In conclusione, per tutte le motivazioni sopra esposte, il ricorso deve essere respinto.

4. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la società ricorrente al pagamento, in favore di Telecom s.p.a. e dell’AGCOM, delle spese di lite che liquida nella somma di € 4.000 (euro quattromila/00) ciascuno, oltre oneri e accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2021 con l’intervento dei magistrati:

Giampiero Lo Presti, Presidente

Paola Patatini, Primo Referendario

Francesca Romano, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesca Romano

IL PRESIDENTE
Giampiero Lo Presti

IL SEGRETARIO