



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 4598 del 2022, proposto da Tim S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Cardarelli, Marco D'Ostuni, Filippo Lattanzi, Mario Siragusa, Marco Zotta, Federico Marini Balestra e G. Cesare Rizza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

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

nei confronti

Open Fiber S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Tommaso Salonico, Luisa Turchia e Nicolle Purificati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Wind Tre S.p.A. e Vodafone Italia S.p.A., non costituite in giudizio;

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

e con l'intervento di

ad opponendum:

Irideos S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Eutimio Monaco e Luca Rubinacci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n. 2334/2022.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2024 il Cons. Giordano Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Marco D'Ostuni, Filippo Lattanzi, Mario Siragusa, Federico Marini Balestra, Marco Zotta, Paolo Gentili, Tommaso Salonicò, Luisa Torchia, Nicolle Purificati, Flavio Iacovone e Eutimio Monaco e alla presenza dei C.T.U Salvatore Ferri, Roberto Cusani e Daniele Venturi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1 – Telecom Italia S.p.A. (TIM) ha proposto appello avverso la sentenza del Tar del Lazio del 28 febbraio 2022, n. 2334, che ha respinto il ricorso proposto dalla società avverso il provvedimento dell'Autorità garante della Concorrenza e del mercato (AGCM) n. 28162 del 25 febbraio 2020, reso a conclusione del procedimento n. A514.

2 - Il quadro fattuale nel quale si colloca il provvedimento oggetto di causa può essere sommariamente riassunto nei termini di seguito esposti.

Nel 2015 il Governo italiano aveva notificato alla Commissione europea un piano di aiuti pubblici allo sviluppo di reti fisse di accesso in fibra ottica a banda ultralarga (“UBB”) nelle aree a rischio di restarne prive (“aree bianche”), per ridurre il divario digitale e raggiungere determinati obiettivi di copertura e prestazioni (“Piano BUL”).

Infratel Italia s.p.a., società in-house del Ministero per lo sviluppo economico, è stata incaricata di individuare le aree bianche (divise in due insiemi, detti cluster C e D, di cui il primo con migliori condizioni di redditività per gli investimenti), mediante consultazioni pubbliche volte a verificare livelli di copertura e piani di investimento privati nelle reti UBB per il triennio successivo, ed organizzare le gare per l’affidamento della costruzione e della gestione di una rete UBB in tali aree, finanziata da sussidi pubblici.

2.1 - Nella prima consultazione pubblica, nel luglio e dicembre 2015, TIM ha comunicato che, nelle aree bianche, intendeva partecipare alle gare, avendo ritenuto le aree non profittevoli in relazione ad un investimento finanziato integralmente da capitali privati.

2.2 - A fine 2015, su iniziativa di Enel s.p.a., è stata costituita la società Open Fiber s.p.a. (OF) per operare nei mercati all’ingrosso delle telecomunicazioni di rete fissa; questa si dichiarava pronta a investire nello sviluppo di una rete FTTH e a partecipare alle gare Infratel.

2.3 - A giugno e agosto 2016, Infratel ha lanciato i primi due bandi di gara (BUL 1 e 2) per lo sviluppo di una rete FTTH nella maggior parte delle regioni italiane, impugnati da TIM avanti il Tar.

In data 17.10.2016, TIM ha presentato la sua offerta nella prima gara (BUL 1).

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

materia di aiuti di Stato.

2.4 - In data 23.12.2016, TIM ha comunicato a Infratel l'elenco dei comuni oggetto della gara BUL 2 che programmava di coprire autonomamente con reti FTTC, riconoscendo che il suo progetto non era "in linea con i requisiti di gara", che imponevano "la tecnologia FTTH".

2.5 - Nella graduatoria provvisoria della prima gara, pubblicata in data 24.1.2017, OF è risultata prima in tutti i cinque lotti.

TIM ha impugnato l'ammissione e, poi, l'aggiudicazione, contestando l'anomalia dell'offerta.

2.6 - Quanto alla seconda gara, in linea con quanto comunicato a Infratel, TIM ha deciso di non partecipare e di coltivare investimenti autonomi, sfociati nel cd. piano Cassiopea, riguardante lo sviluppo di reti UBB con tecnologia FTTC.

2.7 - Tra marzo e giugno 2017, TIM ha avviato l'esecuzione dei lavori e realizzato circa il 25% dei cabinet previsti.

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

3.1 – L'appellante riferisce che, alla data dell'attivazione, solo l'1,5% dei civici coperti dai cabinet sarebbe risultato servito dalla rete di OF, che secondo le informazioni pubbliche fornite da Infratel non avrebbe completato la propria rete nelle aree bianche prima del 2023 e, quindi, con forti ritardi rispetto all'offerta presentata.

4 – Contestualmente a tali accadimenti, nel 2017, TIM ha creato due nuovi profili tecnici e tariffari del servizio all'ingrosso VULA con tecnologia FTTH ("VULA FTTH"), entrambi con alta velocità di ricezione (1.000 Mega/s), ma distinti per velocità di invio (100 e 500 Mega/s); TIM ha

quindi comunicato all'Agcom i due nuovi profili disponibili dall'ultimo trimestre 2017 e le tariffe proposte.

4.1 - Nell'ambito del medesimo procedimento di approvazione, in data 27.4.2017, TIM ha proposto all'Agcom un'offerta di servizi all'ingrosso FTTC e FTTH con sconti a volume (nominata Easy Fiber). Aderendo all'offerta proposta, l'acquirente doveva pagare subito in anticipo un contributo, corrispondente a una percentuale del prezzo totale dell'insieme delle linee di accesso che programmava di acquistare negli anni successivi e, in cambio, acquisiva il diritto a usufruire di un prezzo scontato per l'acquisto di queste linee, rispetto ai prezzi di listino approvati dall'Agcom.

4.2 - Tra il 2016 e il 2018, TIM ha inoltre offerto servizi UBB sul mercato al dettaglio a condizioni promozionali.

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

Con delibere nn. 348/18/CONS e 487/18/CONS, l'Agcom ha adottato misure per garantire l'interoperabilità dei modem e degli apparati d'utente con i servizi UBB di qualsiasi operatore e limitato a 24 mesi la durata dei piani rateali per l'acquisto di servizi accessori. Nel 2018, TIM si è adeguata alle nuove misure e, in data 1.1.2019, ha comunicato agli utenti la rinuncia a chiedere la restituzione degli sconti in caso di recesso anticipato.

5 - L'AGCM ha avviato, in data 28.6.2017, il procedimento A514, esteso oggettivamente in data 14.2.2018; in data 20.11.2018, ha rigettato gli

impegni presentati da TIM; in data 17.5.2019, ha notificato la comunicazione delle risultanze istruttorie.

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

5.1 – All'esito di tale procedimento l'Autorità ha accertato che:

a) TIM era dominante nei mercati rilevanti dei servizi di accesso alla rete fissa a banda larga e UBB all'ingrosso ("mercato wholesale") e delle telecomunicazioni al dettaglio su rete fissa a banda larga e UBB ("mercato retail"), entrambi di dimensione geografica nazionale;

b) le condotte contestate erano tutte parte di una unica strategia escludente di abuso della regolazione pubblica, diretta a escludere OF dal mercato wholesale in violazione dell'art. 102 TFUE;

c) il piano Cassiopea (definito una forma di regulatory gaming) era abusivo, perché gli investimenti previsti non erano remunerativi, ma servivano solo a convincere Infratel a revocare i sussidi pubblici, facendole credere che le aree interessate non fossero più non remunerative;

d) il contenzioso amministrativo e le segnalazioni alla Commissione erano temerari, a prescindere dall'esame del merito delle singole iniziative, poiché TIM avrebbe mirato solo a ostacolare lo svolgimento delle gare, creando un clima di incertezza che avrebbe rallentato di tre mesi l'esito della prima gara;

e) le offerte all'ingrosso proposte da TIM all'Agcom (qualificate come strategia di pre-emption) erano abusive, perché i canoni mensili proposti per il VULA FTTH erano inferiori ai costi medi di fornitura e l'offerta Easy Fiber avrebbe vincolato in esclusiva per anni gran parte del mercato se non fosse stata vietata; entrambe le offerte sarebbero state prive di razionalità economica, in quanto finalizzate solo a sottrarre potenziali clienti a Open Fiber, e avrebbero prodotto concreti effetti restrittivi;

f) le offerte al dettaglio (definite condotte di lock in) erano abusive perché, pur avendo prezzi replicabili e più alti delle offerte concorrenti, legavano i

clienti finali a TIM, prevedendo costi di uscita privi di razionalità economica in caso di recesso anticipato, allo scopo di pregiudicare gli operatori diversi dalla compagnia detentrica delle linee telefoniche (other licensed operators: OLO) che fossero clienti all'ingrosso di OF e sottrarre così potenziale domanda. Anche queste condotte avrebbero prodotto effetti concreti, facendo crescere nel 2017 la quota di mercato di TIM.

5.2 – Per l'Autorità la complessiva strategia abusiva così delineata costituirebbe una infrazione “grave” dell'art. 102 TFUE, perché idonea a escludere dal mercato concorrenti altrettanto efficienti, boicottare lo sviluppo di reti UBB e pregiudicare il consumatore con offerte impegnative. Quanto alla durata, regulatory gaming (piano Cassiopea) e sham litigation (azioni legali) sarebbero durate dal 23.12.2016 ad agosto 2018, la pre-emption della domanda (offerte all'ingrosso) sarebbe durata dal 28.2.2017 al 28.5.2018 e il lock in (offerte al dettaglio) sarebbe iniziato il 20.2.2017 e ancora in corso al momento dell'adozione del provvedimento.

5.3 – Con il medesimo provvedimento è stata irrogata la sanzione di €116.099.937,60, calcolata prendendo come base il 5% del fatturato 2018 nei mercati rilevanti, per 2 anni, 8 mesi, 25 giorni di durata, con riduzione del 5% per il programma di compliance di TIM, del 15% perché TIM non aveva “sostanzialmente commercializzato” le offerte all'ingrosso contestate, e ulteriore riduzione del 70% ex art. 34 delle Linee guida, perché TIM aveva rimosso molti effetti restrittivi delle condotte sui mercati al dettaglio.

6 – TIM ha impugnato tale provvedimento avanti il Tar per il Lazio, deduce i seguenti motivi di ricorso:

- I) errata definizione del mercato geografico rilevante;
- II) insussistenza di un'unica strategia abusiva;
- III) mancata prova dell'idoneità escludente della presunta strategia unitaria;
- IV) infondatezza degli addebiti relativi al piano di investimenti;

- V) infondatezza delle contestazioni sulle azioni legali temerarie;
- VI) infondatezza degli addebiti relativi alle proposte di offerte all'ingrosso;
- VII) mancata prova della idoneità delle offerte al dettaglio a produrre gli effetti escludenti ipotizzati;
- VIII) assenza del presupposto della gravità, necessario per irrogare una sanzione;
- IX) illegittima applicazione dei criteri di quantificazione della sanzione, con riguardo a valore delle vendite, coefficiente di gravità e durata.

7 – Con la sentenza indicata in epigrafe, il Tar adito ha respinto il ricorso, confermando completamente il provvedimento impugnato.

8 – TIM ha proposto appello avverso tale pronuncia.

Si sono costituiti in giudizio per opporsi all'appello l'AGCM, Open Fiber s.p.a. ed Enel s.p.a.; ha spiegato intervento *ad opponendum* Irideos s.p.a., in qualità di OLO (other licensed operators).

8.1 – Con ordinanza n. 5413/2023 la Sezione ha disposto una CTU (provvedimento confermato dalla successiva ordinanza n. 6808/2023).

In data 13 maggio 2024 è stata depositata la relazione peritale.

9 – All'udienza pubblica del 10 ottobre 2024, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1 – In via preliminare giova ricostruire la vicenda sottesa al provvedimento impugnato.

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

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

In linea con le indicazioni della Commissione europea, Infratel, società costituita su iniziativa del Ministero dello Sviluppo Economico e dell'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a. (Invitalia), quale soggetto attuatore dei Piani banda larga e ultralarga predisposti dal Governo nell'ambito dell'Agenda Digitale Europea, nel 2015 ha svolto una consultazione di mercato volta ad individuare, nel confronto con gli operatori, le aree nelle quali le reti erano assenti e le imprese private non sarebbero state in grado di investire autonomamente nei prossimi tre anni (aree bianche); all'esito della consultazione, riscontrata l'assenza di operatori privati disposti a procedere in autonomia alla costruzione di reti in una serie di aree puntualmente individuate, la Commissione europea ha autorizzato l'intervento pubblico con la decisione n. SA41647 del 30 giugno 2016 e Infratel ha bandito le procedure selettive per individuare i soggetti a cui aggiudicare la costruzione, mediante l'assegnazione di risorse pubbliche e la successiva gestione in concessione di infrastrutture di rete a banda ultralarga (Ultra Broad Band o UBB).

In tale contesto, secondo l'Autorità, TIM, che aveva partecipato alla consultazione pubblica dichiarando di non voler investire senza finanziamento pubblico in una serie di aree, avrebbe poi adottato una serie di iniziative volte a bloccare il completamento delle procedure di gara e la

realizzazione delle reti da parte dell'impresa che era risultata aggiudicataria, ossia Open Fiber.

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

Tale strategia sarebbe stata accompagnata da varie iniziative tese a legare preventivamente la clientela, all'ingrosso e al dettaglio, con congruo anticipo rispetto alla realizzazione delle reti concorrenti a quella di TIM, come esposto nella parte in fatto della presente sentenza.

1.1 – L'AGCM ha quindi accertato un abuso di posizione dominante di TIM realizzato mediante una strategia unitaria volta *“a ostacolare lo sviluppo della concorrenza tra infrastrutture di rete fissa, anche con la scelta di soluzioni tecnologiche subottimali”* al fine di escludere la nuova entrante OF dal mercato wholesale.

1.2 - In estrema sintesi, l'AGCM ha attenzionato le seguenti condotte di TIM, quali parti della medesima strategia escludente:

– i piani di investimenti elaborati da TIM per lo sviluppo di reti UBB con tecnologia FTTC/FWA, definiti dall'AGCM come una forma di regulatory gaming ai danni di Infratel, perché gli investimenti in questione, ritenuti non remunerativi o comunque strumentali e irrazionali, sarebbero serviti, in un primo tempo, a convincere la stazione appaltante a revocare i sussidi

pubblici, facendole credere che le aree interessate non fossero più “bianche” e, poi, ad anticipare OF al fine di sottrarle domanda di mercato;

- i ricorsi al G.A., le segnalazioni alla Commissione europea e all’AGCM presentati da TIM contro gli atti delle gare indette da Infratel per lo sviluppo di una rete FTTH nella maggior parte delle regioni italiane, definiti come atti di contenzioso temerario (sham litigation), a prescindere dall’esame del merito delle singole iniziative, in quanto TIM avrebbe, in realtà, inteso solamente ostacolare lo svolgimento delle gare stesse;
- due offerte tariffarie di servizi all’ingrosso proposte da TIM, che dovevano ritenersi prive di razionalità economica e qualificate come una strategia di pre-emption, in quanto sarebbero state dirette a sottrarre potenziali clienti a OF;
- le offerte commerciali di TIM nel mercato al dettaglio, perché le loro condizioni, pur se replicabili e meno convenienti delle offerte concorrenti, sarebbero state tali da legare i clienti finali a TIM grazie a un meccanismo di lock-in, allo scopo di sottrarre una parte, più o meno ampia, della domanda dei consumatori agli OLO che fossero clienti all’ingrosso di OF, danneggiando indirettamente quest’ultima.

2 – Con il primo motivo, parte appellante censura la sentenza impugnata nella parte in cui il TAR ha disatteso le censure in tema di errata definizione del mercato geografico rilevante.

Al riguardo, nel ricorso TIM aveva dedotto: i) l’errata individuazione di un unico mercato geografico rilevante di dimensione nazionale; ii) la mancata analisi delle condizioni competitive e regolamentari del mercato, anche in contrasto con provvedimenti coevi adottati dalla stessa AGCM; iii) l’assenza di una posizione dominante di TIM nei mercati rilevanti correttamente individuati sotto il profilo geografico, vale a dire, il territorio nazionale fatta eccezione per il Comune di Milano, mercato geografico separato, e per gli altri 26 Comuni maggiormente contendibili.

2.1 – Secondo l’appellante, la sentenza impugnata si sarebbe limitata:

- a richiamare certi principi generali in tema di mercato rilevante e di limiti al sindacato del G.A. sulla definizione adottata dall'AGCM;
- ad affermare che l'individuazione del mercato rilevante nel provvedimento sarebbe sottratta alle censure di TIM *“in quanto l'analisi del contesto di mercato su cui hanno influito le condotte contestate è stata operata approfonditamente e giungendo a conclusioni del tutto coerenti con gli elementi emersi dall'istruttoria svolta”*;
- a riportare dati e informazioni contenute nel provvedimento, senza confutare gli argomenti di TIM.

2.2 – A sostegno dell'appello, Tim deduce inoltre che:

- in linea di principio, un mercato geografico rilevante può includere solo aree con condizioni della concorrenza simili o abbastanza omogenee; pertanto, aree geografiche caratterizzate da condizioni competitive diverse non possono appartenere ad un unico mercato rilevante;
- l'AGCM, discostandosi senza alcuna motivazione da quanto stabilito dalla Delibera dell'AgCom n. 29/20/CONS, concernente il parere da essa reso all'AGCM il 27.2.2020, ha indebitamente incluso in un unico mercato nazionale: i) il territorio del Comune di Milano, nel quale le condizioni di concorrenza infrastrutturale, le quote di mercato degli operatori, i prezzi e la normativa applicabile erano così peculiari da identificare un mercato geografico distinto dal resto d'Italia; nonché ii) il territorio di altri 26 Comuni nei quali le condizioni competitive erano disomogenee rispetto al resto del paese e, dunque, era giustificato adottare una regolamentazione differenziata.

L'appellante precisa che l'impossibilità di ricomprendere il Comune di Milano nel supposto mercato di dimensione nazionale risultava altresì: – dalla Delibera 348/19/CONS; – dal parere AS1615 reso dalla stessa AGCM all'AgCom il 9.5.2019, nel quale la prima ha preso atto *“della definizione dei mercati geografici per i quali l'AGCom, oltre all'ambito nazionale, ha individuato per la prima volta nell'area di Milano un mercato geografico*

sub nazionale a sé stante” e “condiviso, anche per quanto di sua competenza, la specificità del contesto concorrenziale dell’area milanese”.

2.3 - Alla luce di tali emergenze, l’appellante insiste nel sostenere che:

- in Italia esistevano quantomeno due distinti mercati rilevanti geografici;
- la corretta perimetrazione del mercato geografico rilevante avrebbe consentito di concludere anche che, quantomeno nel Comune di Milano, TIM non deteneva una posizione dominante: con ciò che ne sarebbe conseguito in termini di diversa configurazione dell’asserito abuso nonché di determinazione dell’importo dell’ipotetica sanzione.

3 - La censura è infondata.

In via generale, giova ricordare che la definizione del mercato, sotto il profilo merceologico e geografico, è necessaria per individuare l’ambito nel quale le imprese interessate sono in concorrenza tra loro e le pressioni concorrenziali alle quali le stesse sono sottoposte, in termini di sostituibilità dell’offerta, sostituibilità della domanda e concorrenza potenziale.

Deve, peraltro, osservarsi che gli artt. 2 e 3 della l. 287/1990 non richiedono esplicitamente che venga individuato un mercato rilevante nella valutazione concorrenziale di un’intesa o di un presunto abuso di posizione dominante. In entrambi i casi, le norme fanno riferimento alle restrizioni della concorrenza *“all’interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante”*. Tuttavia, tale inciso attiene più propriamente all’individuazione dell’ambito di applicabilità della legge (nel senso che ne sono escluse quelle fattispecie i cui effetti travalicano i confini nazionali e quelle di importanza trascurabile).

L’esigenza di individuare un mercato rilevante si pone, nondimeno, quale presupposto indefettibile per determinare se la condotta indagata abbia la capacità di alterare *“in maniera consistente il gioco della concorrenza”* e, nel caso specifico di cui all’art. 3, al fine di accertare l’esistenza di una posizione dominante e le eventuali caratteristiche abusive di un

determinato comportamento. Ne deriva che l'identificazione di un mercato di riferimento è funzionale alla stessa individuazione delle restrizioni della concorrenza vietate dagli articoli 2 e 3 della legge.

In altri termini, l'individuazione del mercato rilevante va correttamente intesa non come un fine a sé stante, ma come una delle fasi funzionali alla valutazione sotto il profilo concorrenziale della fattispecie. Non è, dunque, corretto un approccio volto a ricercare una definizione assoluta della nozione, dal momento che questa assume un significato relativo, in funzione della specifica indagine che viene in considerazione e, nel caso di specie, in relazione al comportamento che si assume illecito.

In base a tale approccio, l'individuazione del mercato rilevante non è che il passo che precede l'analisi delle condizioni strutturali (ad esempio quote di mercato, grado di concentrazione) del mercato e delle altre informazioni disponibili per valutare se ci sia il rischio di comportamenti anticoncorrenziali o se, specie nei casi di abuso di posizione dominante, tali comportamenti siano stati realizzati.

Al riguardo, è significativa la definizione basilare, rispetto alla quale sono stati poi elaborati i criteri tecnici per la perimetrazione concreta, che individua il mercato rilevante come il più piccolo contesto (in termini di prodotti e di area geografica) in cui, se si creassero condizioni di monopolio, il monopolista potrebbe profittevolmente fissare un prezzo significativamente superiore a quello concorrenziale e mantenerlo per un certo periodo di tempo.

3.1 - Nel provvedimento i mercati rilevanti sono stati individuati nel: i) mercato dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete telefonica fissa - di tipo fisico o virtuale - a banda larga e ultralarga, anche denominato mercato wholesale o "a monte", nel quale la domanda è rappresentata dalle imprese di telecomunicazione interessate ad acquistare l'uso di reti per offrire i propri servizi alla clientela finale; ii) mercato dei servizi di

telecomunicazioni al dettaglio su rete fissa, a banda larga e ultralarga, anche denominato mercato retail o “a valle”.

L’Autorità ha accertato che, in Italia, TIM è l’unico operatore proprietario di una rete di accesso capillarmente diffusa anche a livello locale su tutto il territorio nazionale, al quale tutti gli altri operatori concorrenti nell’offerta di servizi telefonici devono rivolgersi per poter acquistare la disponibilità dell’infrastruttura necessaria a connettere i propri clienti.

L’istruttoria condotta ha chiaramente confermato che le imprese non in possesso di autonoma infrastruttura (ossia tutti i concorrenti a valle di TIM), che acquistano i servizi di accesso alla rete telefonica fissa, considerano sostituibili le modalità di accesso a banda larga (che sfruttano la sola rete in rame) con quelle a banda ultralarga (che usano reti ibride o la fibra). Le due modalità di accesso sono state dunque ricondotte al medesimo mercato rilevante.

3.2 - Quanto al profilo geografico, con riguardo al mercato dell’accesso, il provvedimento spiega che la dimensione geografica nazionale dipende dal fatto che le condizioni di concorrenza alle quali i servizi sono offerti risultano del tutto omogenee su tutto il territorio, nella quale del resto, l’unico operatore dotato di una struttura capillarmente diffusa – sia di banda larga che di banda ultralarga – è TIM.

In riferimento al peculiare contesto milanese, il provvedimento mette in luce che TIM gode comunque di un forte grado di indipendenza sotto il profilo concorrenziale, essendo in ogni caso dotata a sua volta, in quanto operatore incumbent del mercato, di una propria rete di accesso.

Quanto al mercato retail, la dimensione nazionale dello stesso, sotto il profilo geografico, dipende dal fatto che sono proprio gli operatori attivi in Italia ad avere sempre espresso l’interesse ad offrire i propri servizi in modo omogeneo ed esteso all’intero territorio nazionale piuttosto che ad aree specifiche.

Le valutazioni effettuate dall’Autorità appaiono condivisibili, prendendo le mosse da circostanze oggettive e giungendo a conclusioni logiche e coerenti con la finalità dell’indagine.

I pareri citati da parte appellante a sostegno della propria prospettazione non appaio risolutivi, tenuto conto che:

- come già anticipato, le valutazioni sui mercati fatte dall’ AgCom, in funzione essenzialmente regolatoria, e dall’Agcm si basano su presupposti di intervento diversi, complementari ma distinti, dato che tali valutazioni rispondono a finalità diverse. Come correttamente osservato dal Giudice di primo grado, infatti, le competenze dell’Autorità di regolamentazione settoriale nel settore delle telecomunicazioni *“non hanno fatto venir meno la generale competenza antitrust spettante all’AGCM: quest’ultima deve acquisire il parere della prima, che è obbligatorio e non vincolante, ma dalle cui risultanze l’AGCM può discostarsi con adeguata motivazione (Consiglio di Stato, VI, 10 marzo 2006, n. 1271)”* (Consiglio di Stato, 18 luglio 2014, n. 3849);

- in concreto, nella delibera AgCom n. 348/19/CONS dell’8 agosto 2019 si afferma che le aree dei Comuni contendibili hanno presentato una *“situazione concorrenziale...tale per cui non si giustifica una piena distinzione di queste aree geografiche e, dunque, l’identificazione di mercati geografici distinti sotto il profilo regolamentare”*;

- il provvedimento, pur dando atto che il regolatore aveva riconosciuto il mercato di Milano come separato dal resto d’Italia, ha spiegato le ragioni per cui non ha ritenuto di escludere Milano dall’ambito del mercato nazionale su cui misurare il potere di mercato di TIM, dando rilevanza a quanto la stessa AGCom aveva accertato: *“TIM continua a godere di significativi vantaggi competitivi in termini di maggiori economie di scala e di diversificazione...”* e inoltre *“risulta essere comunque l’operatore in grado di beneficiarne maggiormente grazie ad una consolidata base di clienti retail e wholesale”* e all’elevato grado di integrazione di cui gode.

Alla luce di tali elementi, la delimitazione del mercato rilevante effettuata dall’Autorità appellata appare condivisibile, tenuto conto della finalità dell’indagine che questa era chiamata a compiere, e ricordato che *“la posizione dominante è una posizione di potenza economica grazie alla quale l’impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva su un determinato mercato e ha la possibilità di tenere comportamenti in linea di massima indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”* (Corte di Giustizia, 14 febbraio 1978, causa C-27/76).

3.3 – In coerenza con l’individuazione dei mercati rilevanti nei termini innanzi ricordati, il provvedimento ricava la dominanza di TIM sugli stessi in base ad una serie di indicatori oggettivi, conformemente ai criteri individuati dalla giurisprudenza al riguardo.

Secondo gli orientamenti comunitari e nazionali, la detenzione di quote di mercato elevate, accompagnata dal mantenimento di tale quota per un periodo sufficientemente prolungato, è considerata elemento dirimente al fine di provare l’esistenza di una dominanza su un dato mercato (*cf.* Consiglio di Stato, VI, 1° aprile 2021, n. 2727 e Consiglio di Stato, VI, 18 luglio 2014, n. 3849 e sentenze del Tribunale 12 dicembre 1991, causa T-30/89, Hilti/Commissione) e, salvo circostanze eccezionali, una quota superiore al 50% del mercato costituisce già di per sé una prova dell’esistenza di tale posizione (*cf.* Corte di giustizia, sentenza del 13/02/79, causa 85/76).

In concreto: a fine 2016, al momento iniziale dell’infrazione, TIM, secondo quanto indicato dalla delibera AgCom n. 613/18/CONS, aveva una quota pari al 92,5% nel sottomercato dei servizi di accesso all’ingrosso a banda larga e ultra-larga (3° VULA), una quota pari al 54,43% nel sottomercato dei servizi di accesso all’ingrosso a banda larga e ultra-larga (3b Bitstream NGA) e una quota pari al 45,90% nel mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio a banda larga e ultralarga.

A tali dati, di per sé significativi per dimostrare la dominanza, si aggiunge il dato per cui le quote di mercato dei concorrenti non superano il 15% e, pertanto, la pressione concorrenziale risulta frammentata accrescendo il potere di mercato di TIM.

Al 31 dicembre 2018, nelle undici maggiori città italiane, esclusa Milano, (ossia i Comuni con le condizioni più dinamiche di concorrenzialità soprattutto in seguito all'ingresso di OF), la quota di mercato detenuta da TIM nel sottomercato 3a si attestava comunque su valori intorno al 60%.

Ancora: nella delibera 348/19/CONS di Agcom emergeva che anche al 31/12/2017, TIM deteneva il 55% circa del mercato 3a di Milano. Solo nel corso del 2018 tale quota si è ridotta al 33%, se si considera solo il segmento cosiddetto “merchant”, ossia le linee scambiate al netto dell'autoproduzione. Se invece si considera il mercato totale, comprensivo dell'autoproduzione, ancora a dicembre 2018 TIM deteneva quasi la metà delle linee del mercato 3a di Milano.

A conferma di quanto innanzi osservato a proposito della corretta delimitazione del mercato rilevante può dunque concludersi che anche nell'area milanese TIM ha comunque mantenuto una posizione di supremazia.

Infine, con riferimento ai dati forniti dall'AgCom sulle quote di mercato di TIM nel 2017 nel segmento delle linee a banda ultralarga, la quota di mercato di questa era pari al 43,4%.

Oltre alla misura della quota di mercato innanzi indicate, l'Autorità ha correttamente valorizzato anche la circostanza che TIM era l'unico operatore verticalmente integrato e con una posizione di dominanza anche nel mercato a monte dei servizi di accesso alla rete.

Alla luce delle evidenze innanzi richiamate appare ragionevole e condivisibile la valutazione circa la situazione di dominanza di Tim sia nel mercato dell'accesso all'ingrosso, sia nel mercato retail.

4 - Prima di esaminare i restanti motivi di appello che si concentrano sulle condotte contestate a TIM giova richiamare i principi affermati dalla giurisprudenza in riferimento all'integrazione della fattispecie dell'abuso di posizione dominante.

La previsione di cui all'art. 102 del T.F.U.E. stabilisce, al primo comma, il principio secondo il quale *“è incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo”*, senza tuttavia fornire una definizione né di *“posizione dominante”*, né di *“sfruttamento abusivo”*, ma facendo seguire la proposizione sopra riportata da un elenco, non tassativo né esaustivo, di pratiche già qualificate come abusive, tra le quali colloca le condotte escludenti che consistono nel *“limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori”*. Anche la previsione di cui all'art. 3 della L. n. 287/1990, nel vietare l'abuso di posizione dominante all'interno del mercato nazionale, non ne fornisce una definizione, ma esemplifica una serie di condotte abusive, tra le quali colloca quelle escludenti, che consistono nell'impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori. Si tratta, quindi, di comportamenti diretti a creare barriere all'ingresso all'interno di un determinato mercato con l'obiettivo di ostacolare possibili imprese concorrenti.

Si è affermato che sull'impresa in posizione dominante incombe una speciale responsabilità che impone alla stessa di *“adoperarsi per non incidere, distorcendola, la libera competizione del relativo mercato di riferimento”* (ex multis, Consiglio di Stato, 1° marzo 2023, n. 2114; Consiglio di Stato, 1° aprile 2021, n. 2727) e, dunque, *“di non compromettere, con il suo comportamento, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata in mercati in cui, proprio per il fatto che*

vi opera un'impresa dominante, il grado di concorrenza è già ridotto (cfr. Corte di giustizia CE, 14 novembre 1996, n. 333/94).

Va precisato che: - la nozione di “*sfruttamento abusivo*” è fondata su una valutazione oggettiva del comportamento, che è indipendente dalla qualificazione di tale comportamento in altri rami del diritto (*cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. V, 12 maggio 2022, causa C-719/2022; Id., 6 dicembre 2012, AstraZeneca/Commissione, C-457/10; cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 marzo 2024, n. 2967*);

- in concreto, tale nozione designa qualsiasi pratica che possa pregiudicare, mediante risorse diverse da quelle su cui si impernia una concorrenza normale, una struttura di effettiva concorrenza. Essa mira quindi a sanzionare i comportamenti di un'impresa in posizione dominante, i quali - in un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera l'impresa in questione, il grado di concorrenza è già indebolito - abbiano l'effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza fondata sui meriti, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di tale concorrenza (*cfr. Corte di giustizia UE, sentenza del 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche/Commissione, causa C-85/76; Corte di giustizia UE, sentenza del 25 marzo 2021, Deutsche Telekom/Commissione, causa C-152/19*).

- la previsione di cui all'art. 102 del T.F.U.E. non ha lo scopo di impedire a un'impresa di conquistare, grazie ai propri meriti, e, in particolare, alle competenze e capacità, una posizione dominante su un mercato, né di garantire che rimangano sul mercato concorrenti meno efficienti di un'impresa che detiene una posizione del genere. In sostanza, non tutti gli effetti escludenti pregiudicano necessariamente la concorrenza, poiché, per definizione, la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione (*cfr. Corte di giustizia dell'Unione*

europea, 6 settembre 2017, causa C-413/14). Tuttavia, come detto, alle imprese in posizione dominante incombe, indipendentemente dalle cause di una simile posizione, la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il loro comportamento, una concorrenza effettiva nel mercato (*cf.* Corte di giustizia dell'Unione europea, 9 novembre 1983, causa C-322/81; Id., 6 settembre 2017, causa, C-413/14).

Pertanto, secondo la Corte di Giustizia, le imprese in posizione dominante possono difendersi dai loro concorrenti, ma devono farlo ricorrendo ai mezzi propri di una concorrenza normale, vale a dire basata sui meriti. Non possono, invece, rendere più difficile la penetrazione o il mantenimento sul mercato in questione di concorrenti altrettanto efficienti, ricorrendo a mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti (*cf.* anche Cassazione civile, Sez. I, 2 gennaio 2014, n. 9).

Avuto riguardo al caso di specie, va inoltre ricordato che:

- anche il ricorso al contenzioso civile o amministrativo da parte di un'impresa in posizione dominante nei confronti dei suoi concorrenti può configurare una condotta abusiva, in particolare laddove quest'ultima faccia un uso strumentale e pretestuoso delle azioni legali a presunta tutela dei propri diritti, non coerente con il fine per il quale l'ordinamento li riconosce, come l'esclusione dal mercato dei concorrenti (*cf.* Consiglio di Stato, 12 febbraio 2014, n. 693);

- per accertare un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 del T.F.U.E., è sufficiente dimostrare che il comportamento abusivo dell'impresa in posizione dominante mira a restringere la concorrenza o che è tale da avere, o da poter avere, un simile effetto (Consiglio di Stato, Sez. VI, 1 aprile 2021, n. 2727);

- la sussistenza di una condotta abusiva è ravvisabile laddove *“la combinazione degli elementi raccolti sia espressiva di un intento escludente, da accertare indiziariamente come un quid pluris che si aggiunge alla sommatoria di comportamenti altrimenti leciti, e ciò a*

prescindere dal concreto verificarsi degli effetti” (cfr. Consiglio di Stato, 8 aprile 2014, n. 1673; vedasi anche Consiglio di Stato, 1° aprile 2021, n. 2727).

Infine, appare utile richiamare i principi recentemente espressi dalla Corte di Giustizia (cfr. CGUE 12 maggio 2022, Causa C-377/20) secondo la quale:

- “al fine di accertare se una pratica costituisca uno sfruttamento abusivo di posizione dominante, è sufficiente che un’ autorità garante della concorrenza dimostri che tale pratica è idonea a pregiudicare la struttura di effettiva concorrenza sul mercato rilevante, a meno che l’impresa dominante in questione non dimostri che gli effetti anticoncorrenziali che possono derivare da detta pratica sono controbilanciati, se non superati, da effetti positivi per i consumatori, in particolare in termini di prezzi, di scelta, di qualità e di innovazione”;

- “l’esistenza di una pratica escludente abusiva da parte di un’impresa in posizione dominante deve essere valutata sulla base della capacità di tale pratica di produrre effetti anticoncorrenziali. Un’ autorità garante della concorrenza non è tenuta a dimostrare l’intento dell’impresa in questione di escludere i propri concorrenti ricorrendo a mezzi o risorse diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza basata sui meriti. La prova di un simile intento costituisce nondimeno una circostanza di fatto che può essere presa in considerazione ai fini della determinazione di un abuso di posizione dominante”;

- “una pratica lecita al di fuori del diritto della concorrenza può, qualora sia attuata da un’impresa in posizione dominante, essere qualificata come abusiva, ai sensi di tale disposizione, se può produrre un effetto escludente e se si basa sull’utilizzo di mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti. Qualora queste due condizioni siano soddisfatte, l’impresa in posizione dominante interessata può nondimeno sottrarsi al divieto di cui all’articolo 102 TFUE dimostrando che la

pratica in questione era obiettivamente giustificata e proporzionata a tale giustificazione oppure controbilanciata, se non superata, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche dei consumatori”.

Da ultimo, avuto riguardo alla peculiarità del caso in esame, va evidenziato che l'esame del carattere abusivo di una pratica di un'impresa dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE deve essere effettuato prendendo in considerazione tutte le circostanze specifiche della controversia, e non isolando ogni singolo elemento contestato (*cf.* Corte Giustizia TeliaSonera, punto 68; del 6 ottobre 2015, Post Danmark, C-23/14; MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, C-525/16).

5 - Con il secondo motivo di appello, TIM censura la sentenza impugnata nella parte in cui il TAR ha disatteso le doglianze circa l'insussistenza dell'unica strategia abusiva identificata dall'AGCM, cui essa ha ricondotto le singole condotte sanzionate.

Con il ricorso TIM ha censurato come arbitraria l'identificazione di tale asserito piano escludente d'insieme. Per l'appellante, ciascun suo comportamento ha avuto obiettivi, oggetti e durate differenti; si è svolto con modalità diverse e in archi temporali non coincidenti; ha riguardato distinti mercati e categorie di operatori economici. In altre parole, le singole condotte con cui TIM avrebbe dato esecuzione alla presunta strategia abusiva unitaria non necessitavano l'una dell'altra per realizzare i presunti rispettivi obiettivi e sarebbero state troppo eterogenee per fornire un ragionevole supporto a tale qualificazione.

5.1 – Secondo l'appellante, la sentenza impugnata al riguardo si sarebbe limitata:

- ad asserire che TIM avrebbe indebitamente *“parcellizzato l'analisi della condotta per singoli comportamenti, lasciando sullo sfondo la parte di provvedimento ricostruttiva della complessiva strategia escludente che le è stata motivatamente imputata”*, che è però esattamente il contrario di quello che TIM ha fatto valere con il secondo motivo del ricorso;

- a citare ampi stralci del provvedimento, appiattendosi acriticamente sul ragionamento dell'AGCM, senza spingersi ad alcuna valutazione effettiva delle censure di TIM, né fornire alcuna spiegazione convincente delle conclusioni raggiunte.

5.2 – Con l'appello TIM ribadisce che, in assenza di un piano d'insieme unitario caratterizzato da un identico oggetto distorsivo, le singole condotte censurate nel provvedimento non potevano essere ricondotte ad un'unica strategia abusiva. In particolare:

– la condotta relativa alle presunte offerte fidelizzanti ai clienti al dettaglio è stata troppo diversa dalle altre quanto a: i) obiettivi, ii) mercati interessati, iii) presunti target, iv) metodo (o contenuti) e v) tempi, per essere parte di un'unica strategia escludente;

– le azioni legali di TIM, che nell'analisi dell'AGCM erano “*finalizzate a compromettere lo svolgimento degli investimenti pubblici nelle aree bianche*” e a “*sabotare il piano di investimenti pubblici*”, avevano obiettivi diversi e incompatibili con quelli delle altre condotte, atteso che le impugnazioni avverso la disciplina della prima gara miravano a tutelare la partecipazione di TIM, su un piano di parità con i concorrenti, mentre i ricorsi contro l'ammissione dell'offerta di OF e la successiva aggiudicazione della prima gara alla stessa OF erano diretti a ottenere l'aggiudicazione della gara a TIM.

6 – La censura è infondata.

Le condotte di TIM oggetto di attenzione da parte dell'Autorità non appaiono espressione di una normale concorrenza basata sui meriti (come sostiene l'odierna appellante), integrando, globalmente considerate, una fattispecie di abuso di posizione dominante.

Il loro legame e, in particolare, il medesimo fine abusivo escludente nei confronti di OF, si colgono immediatamente già alla luce dell'analisi delle tempistiche nelle quali le condotte di TIM sono state realizzate, in quanto

tutte ricadenti nel medesimo arco temporale, a ridosso dell'ingresso di OF nel mercato delle telecomunicazioni, al fine di ostacolarla.

Tale ostacolo è stato frapposto sia cercando di arginare l'indizione di bandi pubblici da parte di Infratel, attraverso l'approvazione del piano Cassiopea in modo da alterare la percezione dell'interesse ad investire nelle cd. aree bianche e attraverso l'impugnazione di diversi bandi di gara; sia cercando di ridurre la base dei clienti potenzialmente acquisibili dal nuovo entrante, sia vincolando a sé la clientela attraverso la promozione di contratti leganti nel mercato retail.

Al riguardo, va tenuto presente che, dopo l'ingresso di OF, i concorrenti di TIM avrebbero potuto offrire i servizi senza comprare infrastrutture da TIM, potendosi appoggiare su quella che OF si accingeva a predisporre. Il pericolo derivante dall'ingresso del nuovo operatore era dunque concreto per la posizione di mercato di TIM e quest'ultima ha reagito attraverso un'eterogeneità di azioni non riconducibili ad una legittima reazione basata sui meriti, ma con condotte avvinte dal medesimo fine abusivo, ovvero distorto rispetto al fisiologico e lecito obiettivo proprio di tali condotte.

In altri termini, si è al cospetto di condotte che *“pur vertendo su prodotti, servizi...distinti, si inseriscono in un piano globale posto in esecuzione consapevolmente ...allo scopo di realizzare un obiettivo anticoncorrenziale unico”* (cfr. Tribunale UE, causa T-433/16).

6.1 - Tale conclusione riceve una diretta conferma oltre che dall'oggettiva idoneità di ciascuna condotta ad incidere sul nuovo entrante, dalla documentazione richiamata nel provvedimento, evidenziata nel prosieguo della presente sentenza in riferimento a ciascuna condotta esaminata, dalla quale emerge il reale intento di TIM e che giustifica la contestazione unitaria dell'addebito.

In questa sede è sufficiente richiamare il contenuto dei seguenti documenti prodotti in causa dall'Autorità, da cui emerge:

- la volontà di procedere con una complessiva azione di disturbo (doc. 4: *“Avvio strumentale della negoziazione con Enel per l’accesso alla fibra posata in questi ultimi mesi con Infratel (per analisi delle soluzioni tecniche di Enel e sovrapposibilità con le infrastrutture di accesso di TI con eventuale apertura di contenziosi attivi in caso di fallimento della negoziazione) ...attività da combinare con sopralluoghi tecnici sul territorio per analisi soluzioni impiantistiche di Enel”*);

- l’avvio di approfondimenti per verificare: (i) *“come contrastare, o indirizzare, la decisione strategica di Enel, intervenendo nelle sedi più opportune...”*; (ii) *“le leve da utilizzare su scala internazionale (Commissione, Antitrust...)”* e su *“scala nazionale (AGCOM, AEEG, Antitrust)”* (iii) *“minacce nell’utilizzo della strumentazione nazionale e possibili contromisure”* e di azioni dirette alla *“tutela del posizionamento strategico di TI”* (doc. 3);

- l’esortazione a prendere decisioni su come contrastare immediatamente l’ingresso di OF nel mercato e quindi *“identificare innanzitutto le leve strategiche da poter attivare, riservandosi successivamente gli approfondimenti del caso”* (doc. 3); la decisione di avviare azioni legali di disturbo, perché *“anche se la consapevolezza del problema è tendenzialmente nulla: segnalare, segnalare, segnalare”* (doc. 24); e *“Ho deciso di avviare un’ulteriore azione sul bando 1 Infratel per violazione dei requisiti soggettivi. È un po’ tirata, ma intanto disturba”* (doc. 54).

Risulta pertanto del tutto condivisibile la sentenza di primo grado dove ha valorizzato la più volte dichiarata finalità di ostacolare o ritardare l’ingresso di OF nel mercato la prova dell’unitarietà della strategia perseguita da TIM attraverso le plurime condotte oggetto di indagine, la cui eterogeneità *“non impedisce di apprezzarle anche unitariamente come parti di un’infrazione unica e continuata, in quanto esse, attuate nello stesso periodo, presentano un evidente nesso di complementarità, nel senso che ciascuna di esse ha contribuito alla realizzazione degli effetti*

escludenti perseguiti da TIM per ostacolare, attraverso strategie di pre-emption della clientela o di rallentamento della presenza di Open Fiber, lo sviluppo concorrenziale del mercato in questione.”

Al riguardo, la giurisprudenza ha da tempo precisato che la valutazione di comportamenti volti alla *“creazione di ostacoli o difficoltà all’accesso al servizio, idoneo a pregiudicare la competizione ad armi pari...prescinde in sé...da un’indagine parcellizzata e atomistica di ogni singolo comportamento...essendo nozione comune che costituisca abuso di posizione dominante proprio una condotta o complesso di condotte commissive o omissive (non già la singola condotta) da parte dell’impresa che detiene una notevole forza di mercato, volte ad estromettere l’impresa concorrente attraverso l’adozione di una complessa strategia escludente o predatoria nei confronti dei rivali”* (Consiglio di Stato, VI, 15 maggio 2015, n. 2479).

6.2 – Come meglio di seguito spiegato, anche sul piano oggettivo le diverse pratiche che compongono la strategia di TIM erano oggettivamente idonee al perseguimento del medesimo obiettivo escludente e, pertanto, abusivo.

Invero, anche la politica fidelizzante di TIM nel mercato retail, che apparentemente pare riflettersi su un diverso ambito competitivo, era ragionevolmente suscettibile di causare effetti anche sul mercato all’ingrosso a monte, in quanto ogni contrazione nel mercato retail dei clienti degli operatori alternativi a TIM (OLO) si può plausibilmente tradurre in una corrispondente riduzione della domanda di servizi wholesale che gli OLO avrebbero potuto rivolgere a OF. Ne deriva come appaia del tutto ragionevole la tesi dell’Autorità per cui *“la finalità strategica della condotta di lock-in, sul mercato al dettaglio, è la medesima delle condotte wholesale: occupare la massima quota possibile di domanda a banda ultralarga, in modo da minimizzare il bacino di domanda potenziale disponibile per Open Fiber e per altri operatori concorrenti attuali e potenziali di TIM sul mercato dei servizi di accesso all’ingrosso”*.

Va inoltre ribadito che l'ulteriore conferma degli assunti che precedono deriva dall'esame e dal rigetto delle ulteriori digianze dedotte da TIM in riferimento a ciascuna condotta censurata ed a cui pertanto si rimanda.

6.3 - In questa sede, anche ad integrazione di quanto di seguito argomento in relazione all'illiceità di ogni singola pratica posta in essere da TIM, va solo precisato che, proprio il carattere unitario dell'infrazione posta in essere, in quanto avvinta dal medesimo fine, vale a giustificare l'inclusione nel perimetro dell'abuso anche di condotte che in astratto potrebbero apparire lecite, o per le quali, in ipotesi, potrebbero anche non sussistere i presupposti per la loro autonoma sanzionabilità.

Invero, trattandosi di una fattispecie unitaria, non deve aversi riguardo alle singole condotte ed ai requisiti a tal fine richiesti per l'integrazione dell'illecito, bensì al nesso funzionale che le lega ed alla loro idoneità concreta a contribuire al perseguimento dello scopo ultimo e abusivo perseguito da TIM.

In tal senso, anche la giurisprudenza europea già richiamata è costante nell'affermare che l'esame del carattere abusivo di una pratica di un'impresa dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE deve essere effettuato prendendo in considerazione tutte le circostanze specifiche della controversia (*cfr.* Corte Giustizia TeliaSonera, punto 68; del 6 ottobre 2015, Post Danmark, C-23/14; MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, C-525/16).

Le considerazioni che precedono sono inoltre in sintonia con la giurisprudenza della Sezione per cui deve essere privilegiata una visione di insieme delle condotte accertate (*cfr.* Cons. St. 2479/15 e 5067/12), considerato che *“l'abuso di posizione dominante può risultare da un insieme di atti che se singolarmente valutati sarebbero leciti, ma che acquisiscono la loro illiceità per il fatto di inserirsi in una strategia complessivamente abusiva (cfr. Consiglio di Stato, n. 1673 del 2014 e n. 693 del 2014)”* (*cfr.* Cons. St. n. 1832/20).

7 - Con il terzo motivo TIM censura la sentenza nella parte in cui ha disatteso le censure di infondatezza della parte del provvedimento relativa alla condotta di asserito regulatory gaming.

Al riguardo, l'AGCM ha caratterizzato gli investimenti intrapresi da TIM come il risultato di un inopinato cambio di strategia (rispetto alla consultazione pubblica) dettato da finalità abusive. Tali investimenti – che TIM ha sospeso nel luglio 2017 solo a seguito dell'avvio dell'istruttoria A514, dopo avere realizzato circa il 25% dei cabinet previsti – sono stati ritenuti dall'AGCM idonei ad ostacolare l'erogazione dei sussidi pubblici a OF e poi ad escludere il concorrente dal mercato.

L'appellante rileva che:

- dalle risultanze istruttorie emergeva che la scelta degli investimenti era stata fondata su rigorose verifiche di redditività;
- l'AGCM, tuttavia, non ha tenuto conto delle specifiche circostanze dedotte da TIM; né ha ritenuto necessario svolgere un'autonoma analisi tecnica delle condizioni di redditività nei Comuni dei Cluster C delle aree bianche oggetto del nuovo piano di investimenti.

L'AGCM sarebbe così venuta meno al proprio onere di motivare in termini congrui, sulla base di un quadro probatorio adeguato, le sue conclusioni relative al regulatory gaming.

7.1 - Secondo l'appellante, in riferimento a tali rilievi, la sentenza impugnata si sarebbe limitata a citare il provvedimento, senza esaminare effettivamente le censure.

A sostegno dell'appello, la società insiste nel sostenere che il cd. Piano Cassiopea offriva sufficienti garanzie di redditività.

A tal fine deduce che:

- era conveniente la strategia di make (costruire la propria rete autonoma), che le avrebbe consentito (rispetto a quella acquistare i servizi da OF) notevoli risparmi sui costi, gli altri generali vantaggi derivanti dalla

- possibilità di gestire una infrastruttura propria, una migliore presenza strategica sul mercato e un'adeguata redditività degli investimenti;
- il Piano Cassiopea è stato strutturato individuando il perimetro di investimento ottimale (vale a dire, alcune aree selezionate del perimetro Infratel, redditizie e che oltretutto richiedevano un investimento relativamente contenuto) e ottimizzando il passaggio alla nuova tecnologia;
 - TIM ha progressivamente affinato il Piano Cassiopea tra la fine del 2016 e maggio 2017 per garantire una redditività positiva. Nella configurazione presentata ufficialmente ai potenziali investitori nella primavera 2017, esso presentava un IRR minimo del 12,2%, basato su stime poi rivelatesi più che prudenziali;
 - l'AGCM ha correttamente precisato che la sostenibilità economica degli investimenti pianificati non era più dubbia una volta che il perimetro delle aree da coprire – con tecnologia FTTC o FWA (e non più con tecnologia FTTH, come ipotizzato nei calcoli di redditività iniziali) – è stato delimitato “in misura ottimale” a certi Comuni dei Cluster C delle aree bianche. Tuttavia, nel paragrafo 504, contraddicendo quanto affermato nel paragrafo precedente, l'AGCM ha formulato l'accusa di regulatory gaming rivolta a TIM come una censura di non redditività degli investimenti del Piano Cassiopea tout court (“*dalle analisi di redditività eseguite dalla stessa TIM emergeva una conferma dell'insussistenza delle condizioni di convenienza economica di un investimento privato*”);
 - una volta accertato che gli investimenti pianificati e posti in esecuzione da TIM erano sufficientemente remunerativi e costituivano espressione di una concorrenza sui meriti, sostenerne il carattere escludente e, dunque, abusivo nei confronti di OF si traduce in un'applicazione aberrante dell'art. 102 TFUE;
 - l'AGCM avrebbe anche dovuto svolgere autonomamente un'analisi tecnica approfondita delle condizioni di redditività nei Comuni delle aree bianche oggetto del nuovo piano di investimenti Cassiopea; ne deriva come

l'AGCM abbia omissis di assolvere all'onus probandi dell'asserita non redditività degli investimenti in questione, e dunque anche del loro carattere abusivo;

- l'osservazione contenuta nel provvedimento secondo cui, in base ai documenti interni di TIM, il tasso di rendimento inizialmente ipotizzato era pari al "6%-8%", e quindi leggermente inferiore al suo costo del capitale, appare del tutto insufficiente. Peraltro, tale valore conferma, semmai, che dal contenuto dei documenti interni di TIM non risultava affatto, neanche per gli investimenti inizialmente pianificati, che gli stessi non fossero redditizi, bensì il contrario;

- TIM, nello sviluppare proiezioni finanziarie sulla redditività del Piano Cassiopea, non aveva alcuna aspettativa che grazie alla realizzazione degli investimenti nelle aree bianche sarebbe stata in grado di escludere OF dal mercato o di precluderle l'accesso al beneficio delle sovvenzioni pubbliche. Oltre a non prevedere l'uscita dal mercato di OF nel medio termine, esso ipotizzava un forte ridimensionamento della presenza di TIM, sia a livello wholesale (dal 95% degli accessi OLO del 2018 al 43% del 2030), sia a livello retail (da una quota di mercato del 73% nel 2018 a una quota di mercato del 57% nel 2030), naturalmente a vantaggio dell'infrastruttura concorrente, di cui dunque TIM ha dovuto correttamente ipotizzare una forte presenza in quelle aree.

7.2 – L'appellante insiste inoltre nel sostenere che la qualificazione degli investimenti intrapresi da TIM in attuazione del Piano Cassiopea come condotta di regulatory gaming è stata arbitraria e ingiustificata.

A tal fine, rileva che:

- è irragionevole opinare che TIM, una volta espressa la propria preferenza per l'opzione buy con le comunicazioni a Infratel del 2015, non potesse successivamente rinnegarla, tenuto conto che prima del 2016 nelle aree bianche era presente soltanto TIM. Nel 2015 TIM ha comunicato ad Infratel, nel quadro della consultazione pubblica da essa indetta, i propri

piani di investimento ai fini dell'aggiornamento della mappa della disponibilità di connettività UBB, intrapreso dal soggetto attuatore della strategia per la banda ultra larga per individuare le aree in condizioni di fallimento di mercato. In quel momento, Enel non aveva ancora neanche costituito OF; è soltanto con l'entrata di OF nel mercato all'inizio del 2016 che TIM si è confrontata con la prospettiva diversa, e molto più probabile, di dover scegliere tra lo sviluppo di una propria infrastruttura e l'acquisto da operatori terzi dei servizi all'ingrosso su rete UBB;

- alla fine del 2016 TIM, in attesa di conoscere l'esito della prima gara Infratel, e preso atto del rischio concreto di non aggiudicarsela e non accedere al finanziamento pubblico, ha dovuto riconsiderare le proprie strategie, anche alla luce dell'esperienza maturata nello sviluppo delle reti FTTC nel resto d'Italia. Ciò perché, nel nuovo scenario che andava materializzandosi, l'operatore nuovo entrante sussidiato dallo Stato avrebbe potuto dirottare su altri OLO la clientela di TIM;

- il cambio di strategia di TIM rivela la sua vera natura di reazione concorrenziale, proporzionata e attuata con modalità del tutto lecite, con la quale TIM ha cercato di conservare la propria clientela, favorendone la transizione dalla propria offerta ADSL alla propria offerta fibra;

- la finalità delle gare Infratel non era di assegnare una concessione in esclusiva, bensì di individuare attraverso una procedura di selezione competitiva il beneficiario degli aiuti di Stato; pertanto, nelle aree bianche non sussisteva alcun obbligo di esclusiva a favore di OF, vigendo anzi il principio generale che l'investimento pubblico deve coesistere con le iniziative dei privati;

– TIM, comunicando i suoi piani a Infratel nel 2015, non aveva rinunciato ad esercitare il suo diritto di mutare strategia successivamente, in presenza di fatti nuovi, quali quelli di cui si è detto, sicché le comunicazioni di TIM anteriori a quella del 23.12.2016 non potevano determinare alcun legittimo

affidamento sul fatto che, almeno sino al 2018, TIM non avrebbe effettuato investimenti nelle aree bianche;

- di conseguenza, OF ed Infratel erano (o avrebbero dovuto essere) ben consapevoli del diritto di TIM di cambiare i piani di investimento inizialmente comunicati, in ossequio alla propria libertà imprenditoriale, che includeva quella di pianificare discrezionalmente, e modificare nel tempo, le proprie strategie di investimento;

- priva di fondamento è la conclusione dell'AGCM, secondo cui il carattere abusivo degli investimenti controversi sarebbe risultato anche dalla loro idoneità a provocare l'abbandono delle gare bandite da Infratel e impedire l'erogazione dei finanziamenti pubblici a OF, mancando la dimostrazione del fatto che le comunicazioni e le pubbliche dichiarazioni rilasciate da TIM sul Piano Cassiopea fossero oggettivamente idonee a indurre Infratel a rinunciare in tutto o in parte all'erogazione dei finanziamenti previsti;

- il fatto che qualcuno all'interno della società, peraltro neanche appartenente all'area legale, abbia potuto evocare profili di (insussistente) *“turbativa d'asta”*, o fatto riferimento alla *“profittabilità di un piano autonomo tale da far sospendere l'intervento pubblico”*, è circostanza che testimonia la fisiologica diversità di visioni soggettive, riferibili solo ai singoli individui interessati, e non un indizio della consapevolezza dell'appellante del carattere abusivo della propria condotta.

7.3 - Sotto il profilo giuridico, l'appellante deduce che la natura meramente emulativa delle condotte contestate è un elemento necessario dell'abuso del diritto ex art. 102 TFUE. L'AGCM, pertanto, era tenuta nella specie a dimostrare che la condotta di TIM *“non aveva altra ragione pratica che impedire l'ingresso in quel mercato del serio concorrente potenziale”* e *“si poneva come in realtà finalizzata alla sola adozione di tale comportamento ostruzionistico”* (Cons. Stato, sentenza 8.4.2014, n. 1673), e non fosse *“altrimenti spiegabile se non con la volontà di ostacolare i terzi”*, in assenza di *“una credibile spiegazione alternativa”* (TAR Lazio, sentenza

23.1.2017, n. 1188; in termini, C-457/10 P, AstraZeneca/CE, EU:C:2012:770; Cons. Stato, sentenza 12.2.2014, n. 693).

7.4 – L'appellante rivendica inoltre l'assenza di concreta idoneità escludente del Piano Cassiopea.

A tal fine, Tim deduce che:

- è requisito necessario per riscontrare un abuso escludente ex art. 102 TFUE l'idoneità escludente della condotta contestata. Nel provvedimento, tuttavia, è mancato qualsiasi approfondimento su questo tema;

- a dimostrazione che la realizzazione del Piano Cassiopea sarebbe invece stata inidonea a impedire lo sviluppo di una concorrenza sana e sostenibile nelle aree interessate, TIM ha dedotto le circostanze seguenti. In primo luogo, le reti FTTH e FTTC di OF, TIM e di altri operatori coesistevano e competevano già in numerose aree nere, grigie e bianche del territorio italiano. Dunque, non vi era ragione di presumere, in assenza di prova contraria, che l'estensione di analoghe dinamiche competitive a una porzione ulteriore di aree bianche o grigie, dotata di maggiore redditività in base alle previsioni, fosse così pericolosa da escludere OF dal mercato, mettendone a rischio l'assetto competitivo;

- le aree selezionate e quindi interessate dal Piano Cassiopea presentavano sufficienti prospettive di redditività per sostenere sia gli investimenti di OF che quelli di TIM e di altri operatori con reti e tecnologie diverse;

- la previa disponibilità di servizi FTTC o FWA avrebbe avvantaggiato *“tutti gli operatori che dispiegheranno reti di tipo FTTH in quanto troveranno già un ecosistema pronto a recepire la nuova realtà”* (lettera di Wind3 all'AGCM del 1.10.2018);

- la stessa OF non ha ritenuto che il Piano Cassiopea potesse impedirle di entrare sul mercato e di competervi efficacemente. Infratel, infatti, pur essendo venuta a conoscenza del piano già nel dicembre 2016, non ha modificato le proprie valutazioni. Dal canto suo, OF ha partecipato ugualmente alla seconda gara e, nel formulare la propria offerta,

consistente nell'indicare l'importo dei finanziamenti pubblici cui intendeva rinunciare, ha potuto stimare che la quantità di finanziamenti pubblici richiesti le sarebbe stata sufficiente per far fronte anche alla concorrenza delle reti FTTC di TIM in una parte delle aree interessate.

8 – La censura è infondata.

Va premesso, richiamando i dati innanzi esposti relativi all'esame della posizione di dominanza di TIM, che l'affacciarsi sul mercato di OF, quale credibile compagine in grado di aggiudicarsi le gare indette da Infratel, avrebbe determinato un effettivo confronto concorrenziale, a livello sia wholesale che retail, modificando gli assetti competitivi tradizionali in aree caratterizzate dalla presenza preponderante di TIM e da una debole pressione concorrenziale.

Il Giudice di primo grado ha condivisibilmente rilevato che la reazione di TIM al mutato scenario competitivo - volta ad ostacolare, bloccare o ritardare l'ingresso di un nuovo concorrente infrastrutturato - emerge in tutta la sua evidenza allorquando - nonostante TIM avesse partecipato al complesso e articolato procedimento amministrativo che ha condotto alle gare Infratel - il suo sforzo strategico viene repentinamente ribaltato ed indirizzato, più che a massimizzare la probabilità di ottenere l'aggiudicazione delle gare, ad azioni che impediscano la buona riuscita delle procedure indette da Infratel.

A conferma di tale assunto è utile richiamare anche in questa sede il contesto, già descritto, nel quale si colloca la condotta di Tim sanzionata dall'Autorità. In particolare, va evidenziato che al momento della consultazione indetta da Infratel alla fine del 2015 - volta a verificare, in ottemperanza alle prescrizioni europee, quali fossero le aree bianche, a cd. fallimento di mercato, nelle quali nessun operatore privato aveva intenzione di investire - TIM aveva incontestabilmente escluso di voler fare investimenti per i successivi tre anni in una serie di aree prive di reti a banda larga o ultralarga.

Dopo l'ingresso sulla scena di OF e dopo essersi accorta di non essere in grado di aggiudicarsi le gare bandite da Infratel, TIM ha invece annunciato ed intrapreso una repentina infrastrutturazione autonoma proprio delle aree, o parte di esse, interessate dalle procedure selettive rispetto alle quali in precedenza, in sede di consultazione pubblica, aveva affermato non essere interessata ad investire.

Contrariamente a quanto prospettato da parte appellante, il provvedimento motiva in modo esaustivo l'assunto per cui tale repentino cambio di strategia e di visione rispetto alle cd. zone bianche – prima non profittevoli, poi divenute oggetto di investimento - assuma connotati illeciti, tenuto conto della posizione di speciale responsabilità che incombeva su TIM quale operatore di mercato dominante.

Invero, il contesto fattuale e cronologico nel quale si colloca la condotta dell'appellante può essere considerato, già di per sé, un primo indizio atto a corroborare le conclusioni rassegnate dall'Autorità, assumendo - tale condotta - le caratteristiche di un'iniziativa avente una finalità abusiva, ovvero che non risponde ad una legittima difesa della propria posizione sul mercato all'ingresso di un nuovo operatore, né può essere considerata espressione di una "sana" concorrenza secondo i meriti. A conferma giova richiamare la giurisprudenza secondo la quale la figura dell'abuso ricorre in caso di comportamento dell'operatore *incumbent* teso ad ostacolare o ritardare l'ingresso del concorrente nel mercato, anche quando la condotta illecita s'inserisca in un più complesso *iter* amministrativo dall'esito incerto (*cf.* Cons. Stato, Sez. VI, 5 febbraio 2021, n. 1101).

La spiegazione che tenta di darne l'appellante, per cui il progetto di investire sarebbe una reazione legittima all'ingresso di un nuovo operatore, pur astrattamente plausibile, oltre che in concreto smentita dalle ulteriori evidenze di seguito esaminate – che portano a ritenere la reazione abusiva, in quanto sproporzionata e priva di altra giustificazione se non quella di danneggiare l'avversario - non riesce in ogni caso a giustificare la ragione

per cui TIM avesse poco prima dichiarato che, in riferimento alla medesime aree non intendeva investire, in quanto non profittevoli (e tale valutazione veniva espressa anche in riferimento ad una copertura in FTTC). Ed invero la capacità di generare profitti di una determinata area appare indipendente dalla venuta ad esistenza di OF, potendosi anzi ragionevolmente ritenere che con l'ingresso del nuovo operatore, le stesse aree, presso le quali quest'ultimo avrebbe investito con il contributo pubblico, fossero destinate a diventare ancora meno profittevoli rispetto a quanto originariamente affermato da TIM.

8.1 - Per l'Autorità, l'iniziativa di TIM acquistava ragionevolezza se letta alla luce dei suoi reali intenti, che erano quelli di indurre Infratel a sospendere il piano di infrastrutturazione pubblico, così da bloccare l'ingresso sul mercato di OF, e, poi, di anticipare OF per bloccarne o limitarne l'ingresso sul mercato.

Tale prospettazione – che costituisce il fulcro dell'impianto accusatorio dell'Autorità e che giustifica l'inclusione nel perimetro dell'illecito anche delle altre condotte di seguito sanzionate - riceve conferma da una pluralità di elementi:

a) sul piano logico, come già anticipato, non appare razionalmente spiegabile che in sede di consultazione pubblica per l'individuazione delle aree bianche – presso le quali ha poi investito - TIM affermava che i territori del *cluster D* erano “*a chiaro fallimento di mercato*” mentre nei *cluster C* gli investimenti in reti UBB erano “*sostenibili con il solo beneficio fiscale*” ossia con un contributo pubblico. Tale posizione veniva ripetutamente confermata anche nel 2016 (anno in cui sono state indette le gare Infratel), quando TIM affermava di reputare conveniente “*limitarsi ad acquistare la fibra*” e che “*Infratel è atteso investire in aree in cui Telecom Italia non pensa di investire né in FTTH, né in FTTC, ovvero aree coperte oggi e nel prevedibile futuro solo in ADSL*”. Al riguardo, va ricordato l'analisi di redditività era propedeutica alla definizione del perimetro delle

aree redditizie distinte da quelle non redditizie – ossia a fallimento di mercato (o aree bianche) – nelle quali l'intervento pubblico è compatibile con la normativa sugli aiuti di Stato. L'esito di tale analisi era ben chiaro a tutti gli stakeholder al momento della notifica alla Commissione del dicembre 2015 ed era stato nuovamente reso pubblico in occasione dell'emanazione da parte della Commissione europea della decisione di autorizzazione nel giugno del 2016. Tuttavia, repentinamente, TIM ha mutato avviso, dichiarando di voler investire proprio in tali aree, seppur in FTTC;

b) sul piano dell'oggettiva concatenazione degli eventi va evidenziato che il procedimento ha preso le mosse da una segnalazione con cui proprio INF ha denunciato all'AGCM il tentativo di TIM di alterare l'esito delle gare *“richiedendo una modifica, in corso di gara, dei propri piani di investimento rispetto a quelli dichiarati a INF in sede di consultazione pubblica.”* Ad avviso di INF la richiesta di TIM era *“suscettibile di porre nuovamente in discussione la necessità dell'intervento pubblico in tali territori”*;

c) dagli atti interni di TIM reperiti dall'Autorità in sede di ispezione e richiamati nel provvedimento che confermano l'intento abusivo, avuto riguardo, in particolare, ai seguenti documenti:

- doc. ISP135 del 2 dicembre 2016, pochi giorni prima che TIM ufficialmente comunicasse a INF la decisione di adottare un piano di copertura autonomo nelle aree bianche, dove si legge: *“La domanda in realtà è come garantire che INF sospende l'aiuto di stato nelle aree in cui interveniamo con il piano autonomo”*;

- doc ISP243 dove si legge: *“Abbiamo due casi: Il nostro intervento inibisce l'avvio del tender su bando 2 per le aree che vogliamo includere. Quindi ok ai nostri prezzi e clienti anelastici alla velocità; Il tender si avvia e quindi abbiamo due leve fast moving – first moving e poi pricing correlato al confronto”*;

- il documento ISP141 in cui TIM riconosceva che *“con tecnologia FTTH...non sembrano esserci i ritorni tali da garantire la profittabilità di un piano autonomo tale da far sospendere l’intervento pubblico”*;

- il documento ISP28 che testimonia di come il top management di TIM avesse informato il c.d.a. che *“Tenuto conto che il nuovo piano TIM è basato su una diversa architettura di rete che non assicura le medesime prestazioni tecniche del Bando (che sono state approvate dal Governo e validate dalla Comunità Europea), non si può escludere il rischio che INF prosegua nel sostenere la necessità dell’intervento pubblico”*. L’intento di TIM di incidere tramite il nuovo investimento sulle procedure d’asta indette per la copertura delle medesime area emerge dagli ulteriori documenti interni acquisiti dall’Autorità per cui l’avvertita difficoltà di *“poter argomentare che tali aree, valutate qualche tempo fa bianche, non lo sono più”* ovvero *“che tali investimenti siano profittevoli”* conduce addirittura a temere che la comunicazione del nuovo piano ad INF *“potrebbe essere considerato una turbativa d’asta”* (doc. ISP 28).

- la documentazione da cui emerge come TIM, una volta fallito il tentativo di “bloccare” i bandi, rinunci a competere con OF nelle gare pubbliche e si concentri nella rapida attuazione degli investimenti delle aree bianche per ostacolare lo sviluppo di OF (doc. ISP 42: *“Questo progetto rafforzerà notevolmente il vantaggio competitivo rispetto ad Open Fiber e a INF che, quando arriveranno, troveranno il mercato sia retail che wholesale già sulla nostra NGN”*);

d) dall’assenza di razionalità economica degli investimenti intrapresi da TIM ed in particolare del cd. progetto Cassiopea, dedicato alla costruzione e gestione delle infrastrutture in fibra nelle aree comprese nei *cluster C e D*, a cui si accompagna la predisposizione delle offerte di servizi di accesso all’ingrosso (sulle quali vedasi oltre). La *ratio* sottesa a tali iniziative è stata espressamente individuata dalla società nel *“competitive advantage that will be derived in those areas from completing the network in advance*

vs. competititon (Open Fiber by ENEL deploying network from Infratel tenders) as well as the use of existing infrastructure” (doc. ISP 7) e, ancor più chiaramente, nell’obiettivo della neo costituita Cassiopea che è “proprio di spiazzare il Concessionario anticipandone le mosse”.

Circa la significativa valenza di tali emergenze va richiamata quella giurisprudenza secondo cui *“se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un’impresa dominante è di restringere la concorrenza, un tale comportamento è di per sé pregiudizievole, in quanto può anche comportare tale effetto”* (Cons. St. n. 2727/2021).

Vanno invece disattesi i rilievi di TIM rispetto a tal materiale istruttorio avuto riguardo ai principi espressi dalla giurisprudenza per cui va riconosciuta piena rilevanza probatoria di comunicazioni e note interne dell’impresa senza che rilevi il ruolo svolto all’interno dell’impresa dai soggetti che hanno posto in essere i comportamenti vietati o hanno predisposto i documenti rinvenuti (*cf.* Consiglio di Stato, n. 5864/2009), come pure l’imputabilità all’impresa di documenti redatti da soggetti privi del potere di rappresentanza (*cf.* Consiglio di Stato, n. 10/2010; 896/2011; n. 5171 e n. 5172/2011).

8.2 – Il provvedimento esamina anche sul piano oggettivo il cd. piano Cassiopea alla luce delle analisi effettuate da TIM, giungendo alla conclusione per cui lo stesso non è redditizio e, pertanto, avvalorando ulteriormente la tesi per cui questo non aveva alcuna razionalità economica, se non quella, abusiva, di ostacolare le procedure di gara in corso e, in tal modo, ostacolare l’ingresso sul mercato di OF.

Al riguardo, va da subito sgombrato il campo da ogni equivoco che tenta di ingenerare l’appellante per contestare un ipotetico difetto di istruttoria del provvedimento anche valorizzando determinati passaggi della relazione peritale acquisita in causa.

Alla luce del contesto innanzi descritto e dell’obiettivo che TIM si proponeva di realizzare – quello di ostacolare i bandi e poi, in un secondo

tempo, i ritorni economici di OF – l’Autorità, al fine di dimostrare la connotazione abusiva dei progetti di investimento di TIM, li ha correttamente esaminati alla luce della documentazione di quest’ultima, essendo invero rilevante dimostrare che TIM aveva la consapevolezza del fatto che tali investimenti non erano remunerativi, o avrebbero anche potuto essere non remunerativi. Ciò, infatti, costituisce un tassello particolarmente significativo della prova del reale intento di TIM perseguito con la complessiva strategia sanzionata, non riconducibile ad una sana competizione sui meriti, ma volto solo ad ostacolare l’avversario. In tale senso appare irrilevante accertare in senso assoluto se, astrattamente, investimenti del genere avrebbe potuto avere un ritorno economico positivo, essendo invece dirimente, al fine della conferma della prospettazione dell’Autorità, che nemmeno TIM avesse ponderato adeguatamente i ritorni dell’investimento, come di seguito meglio illustrato, e ciononostante si fosse determinata ad investire. Tale dato, difatti, a conferma che il primario obiettivo di TIM non era quella di competere secondo i meriti – che implica una adeguata e corretta valutazione del ritorno di un progetto di investimento – bensì di ostacolare il nuovo entrante, a prescindere dal ritorno positivo o negativo dell’investimento.

8.3 – Stante la rilevanza di tale aspetto, ritenuta la necessità di ricorrere ad esperti della materia in questione avuto riguardo ai rilievi tecnici di TIM, con ordinanza n. 5413/2023 la Sezione ha ritenuto necessario disporre una C.T.U. formulando i seguenti quesiti:

- a) se, alla luce della documentazione acquisita nel procedimento, gli investimenti di TIM nelle cd. zone bianche, al momento della loro ideazione e nelle diverse fasi del loro affinamento e poi attuazione, presentassero, o meno, un margine di redditività;
- b) se, al fine di valutare la redditività dell’investimento, possa ritenersi idonea, nello specifico caso in esame ed in base alla buona prassi del

settore, la valutazione effettuata dall'Autorità e se la conclusione dell'Autorità relativa all'assenza di redditività degli investimenti sia ragionevolmente plausibile; in particolare, se sia attendibile l'esito a cui è giunta tramite il confronto tra la redditività attesa dal piano, così come prevista dai documenti di TIM (pari a un 6 – 8 %), con il costo del capitale (WACC) per la fornitura dei servizi di accesso all'ingrosso individuato da AgCom nell'8,77% (cfr. Delibera AgCom n. 623/15/CONS);

c) se, in ogni caso, sia ragionevole sostenere che i piani di investimento nelle cd. zone bianche, al momento della loro ideazione e poi della loro attuazione, anche laddove prevedevano una soluzione tecnologica sub-ottimale, non presentassero per TIM una reale ed autonoma razionalità economica (diversa dall'assunta finalità di ostacolare il concorrente nei termini prospettati dall'Autorità).

Nella relazione peritale sono state rassegnate le seguenti conclusioni:

a) *“nella fase di ideazione, riferita esclusivamente al Piano B, i piani di investimento di TIM non presentano un margine di redditività; nella fase di affinamento, che comprende il Piano ALL e il Piano Cassiopea, le 2 release del Piano ALL e le prime 3 release del Piano Cassiopea non presentano un margine di redditività, mentre non è possibile, in base alla documentazione agli atti del Procedimento, constatare la presenza o meno di un margine di redditività per TIM nelle ultime 2 release del Piano Cassiopea. Queste ultime, infatti, presentano un margine di redditività positivo, influenzato positivamente dalla variazione di alcune delle assunzioni alla base dei piani (relative all'arco temporale, al tasso di migrazione dei clienti, ai risparmi in termini di Capex e Opex come descritto in dettaglio nel precedente paragrafo 5.3), ma risultano incomplete dell'analisi di redditività dell'investimento per TIM in quanto si riferiscono ai soli ricavi della NewCo, senza considerare gli impatti sulla Società; - per quanto riguarda la fase di attuazione, non è possibile*

esprimere un giudizio sulla redditività degli investimenti di TIM in quanto agli atti non risultano dati quantitativi di riferimento”;

b) “gli Scriventi ritengono ragionevolmente plausibile l’esito a cui giunge AGCM in merito all’assenza di redditività dei piani di investimento elaborati da TIM. Sul punto, gli Scriventi, evidenziano come la presenza di un margine di redditività positivo nelle ultime due release del Piano Cassiopea non modificano le conclusioni raggiunte da AGCM, sulla base della documentazione agli atti del Procedimento, in quanto non è possibile constatare la presenza o meno di un margine di redditività per TIM. Peraltro, l’eventuale presenza di una redditività positiva per TIM nelle ultime due release del Piano Cassiopea, non modificherebbe automaticamente la ragionevolezza delle conclusioni a cui giunge AGCM, alla luce di quanto è stato approfondito nella risposta alla lettera c) del quesito”;

c) “il confronto tra MAKE e BUY effettuato da TIM che ha giustificato la comunicazione formale a Infratel del 23.12.2016 risulta incompleto, confermando quindi che sia ragionevole sostenere l’assenza di una piena e autonoma razionalità economica dei piani di investimento di TIM nella loro fase di ideazione. Analogamente, sulla base dei documenti agli atti, gli Scriventi ritengono che la delibera del CdA del 23.03.2017 sia stata assunta in un momento in cui l’affinamento del Progetto Cassiopea evidenziava NPV negativi (per la NewCo, e quindi anche per TIM), confermando quindi che sia ragionevole sostenere l’assenza di una piena e autonoma razionalità economica dei piani di investimento di TIM nella loro fase di affinamento/attuazione”.

Le conclusioni innanzi rassegnate e le valutazioni espresse dei consulenti nella loro relazione alla quale si rimanda confermano integralmente la correttezza dell’operato dell’Autorità anche in punto di valutazione economico-finanziaria degli investimenti di TIM. Tale dato, unitamente

alle emergenze innanzi richiamate, non può che portare all'integrale conferma della prospettazione dell'Autorità.

9 – I rilievi mossi da TIM agli esiti a cui sono giunti i consulenti (vedasi memorie depositate in data 24 e 28 settembre 2024) possono essere così riassunti: i) ruolo suppletivo svolto in sostituzione dell'AGCM, anche mediante lo svolgimento di analisi nuove e non richieste dal Collegio, per di più sulla base di un set documentale incompleto; ii) inversione dell'onere della prova a danno di TIM, cui viene addebitata la mancata prova della remuneratività dell'investimento; iii) erronea valutazione, *uti singulae*, delle singole versioni dei piani di investimento, progressivamente sviluppate da TIM, senza avvedersi che il progetto finale, approvato dal CdA e proposto al mercato, risultava “profittevole”, secondo gli stessi parametri della CTU; iv) mancata risposta ad alcuni rilievi centrali, in quanto non in possesso delle informazioni necessarie, stante la carenza di istruttoria del procedimento A514; v) mancata analisi del decisivo dato controfattuale che dimostra la redditività dell'investimento.

Tali rilievi vanno disattesi per le ragioni di seguito esposte.

9.1 – Avuto riguardo al motivo di appello ed alle censure ivi dedotte da TIM e ai rilievi innanzi specificatamente rivolti agli esiti della CTU, giova ricordare che TIM lamenta sostanzialmente che:

a) la CTU sarebbe viziata sotto il profilo metodologico poiché, anziché analizzare il Provvedimento e verificarne le conclusioni, ha realizzato una nuova istruttoria;

b) se i CTU avessero effettuato questa analisi, avrebbero dovuto necessariamente dare atto che le motivazioni tecniche contenute nel Provvedimento sono insufficienti (e, di fatto, inesistenti), o che sono comunque inidonee a sostenere le conclusioni raggiunte dall'AGCM (per l'appellante: *“è sufficiente confrontare la Relazione – 153 pagine – con i richiamati paragrafi del Provvedimento – meno di una pagina – per accorgersi che non vi è stata nessuna analisi di redditività nel*

Provvedimento, nemmeno embrionale, mentre i §§ 108-163 e i §§ 488-534 del Provvedimento, sempre citati dalla CTU, si sono limitati a descrivere “le modifiche dei piani di investimento”, senza alcuna analisi di redditività”);

c) TIM ha dovuto fronteggiare una istruttoria su questioni nuove mai analizzate sulla base della sola documentazione agli atti del fascicolo giudiziario, dal momento che i CTU hanno dichiaratamente omesso di acquisire e valutare diversi documenti prodotti da TIM in allegato alle proprie memorie tecniche, che sarebbero stati invece determinanti per concludere nel senso che gli investimenti di TIM erano redditizi e, comunque, razionali. A titolo meramente esemplificativo: i) il report di Credit Suisse intitolato “Telecom Italia – Calculating the potential impact of Infratel” del 13.12.2016, allegato a una e-mail interna di TIM del 14.12.2016 acquisita dall’AGCM in sede ispettiva (doc. ISP 366), non analizzato dai CTU sul presupposto che esso rappresenti un documento “non presente nell’atto del procedimento”; ii) la presentazione contenuta nell’Allegato F al verbale del CdA di TIM del 23.3.2017, che l’AGCM non ha mai acquisito nonostante la stessa fosse alla base della scelta da parte del CdA di TIM di deliberare l’avvio esecutivo del Piano Cassiopea; iii) allo studio dell’analista Barclays del 17.3.2017 intitolato “Taking Open Fiber seriously”;

d) l’eventuale incompletezza di dati imponeva ai CTU di rilevare le carenze istruttorie del Provvedimento, specie in relazione alla conclusione per cui *“non è possibile, in base alla documentazione agli atti del Procedimento, constatare la presenza o meno di un margine di redditività per TIM nelle ultime 2 release del Piano Cassiopea”* e con riferimento alla fase di attuazione: *“non è possibile esprimere un giudizio sulla redditività degli investimenti di TIM in quanto agli atti non risultano dati quantitativi di riferimento”*

e) dalla CTU è comunque emersa la presenza di IRR positivi e quindi di margini di redditività positivi per tutti i piani e ciò costituisce un elemento informativo decisivo ai fini dell'esito del presente giudizio. Sarebbe invece errato l'assunto dei consulenti per cui condizione necessaria, affinché l'investimento di TIM fosse congruo e quindi effettivamente remunerativo, era la sussistenza di un $IRR > WACC$ (circostanza che è stata accertata solo per 2 release sulle 10 analizzate). Inoltre, non possono essere messi sullo stesso piano, né può essere dato lo stesso rilievo a studi preliminari e piani esecutivi; piuttosto, va apprezzato positivamente il percorso di affinamento progressivo del piano da parte di TIM;

f) è un dato di comune esperienza che gli operatori attivi nel settore delle telecomunicazioni effettuano da anni investimenti con margini molto contenuti, come evidenziato anche dal recente Rapporto Draghi (*“i prezzi più bassi in Europa hanno indubbiamente portato benefici ai cittadini e alle imprese ma, nel tempo, hanno anche ridotto la redditività dell'industria e, di conseguenza, i livelli di investimento in Europa, compresa l'innovazione delle imprese dell'UE in nuove tecnologie che vanno oltre la connettività di base...negli ultimi anni, il rendimento sul capitale è stato inferiore al costo medio ponderato del capitale, rendendo problematico il finanziamento degli investimenti futuri problematici”*);

g) i CTU hanno autonomamente ritenuto di non poter accertare la redditività del Piano Cassiopea perché, a loro dire, i dati disponibili in relazione alle ultime release riguardavano esclusivamente l'impatto economico dell'investimento sulla NewCo (che gli stessi CTU hanno riconosciuto essere superiore al WACC) e non su TIM, nonostante *“il predetto veicolo societario non era soggetto a consolidamento in TIM, e quindi non vi era alcuna ragione per valutare la redditività dell'investimento per la sola TIM”*;

h) in riferimento al punto c) del quesito peritale, per l'appellante, la razionalità dell'opzione Make (realizzare una nuova rete, quantomeno in

un sottoinsieme di zone più remunerative) rispetto all'opzione Buy (l'acquisto dei servizi dal concessionario dell'infrastruttura) sarebbe risultata da subito evidente, quantomeno a seguito della concreta prospettiva che OF divenisse concessionaria. Un altro forte elemento di razionalità di comportamento consisterebbe nell'adozione per il piano Cassiopea della nuova tecnologia eVDSL/vectoring, tenuto conto che gli apparati di rete che supportano tale tecnologia non erano ancora disponibili sul mercato all'epoca delle consultazioni Infratel. Inoltre, la soluzione FTTC-eVDSL/vectoring – divenuta matura proprio all'epoca della messa a punto del progetto Cassiopea – è in grado di offrire prestazioni confrontabili con quelle offerte dalla soluzione FTTH;

i) i CTU hanno ritenuto che il progetto Cassiopea non fosse basato su una tecnologia sub-ottimale, ma su una tecnologia che *“potrebbe giustificare il cambio di strategia attuato da TIM sul piano tecnologico”*, in quanto *“il nuovo standard eVDSL [...] permette di ottenere prestazioni non troppo lontane da quelle che caratterizzano la soluzione FTTH in fibra ottica”*;

l) TIM ha concretamente realizzato profitti dall'investimento, dopo aver effettivamente “acceso” la nuova rete nel 2020, come provano in maniera inconfutabile i risultati ottenuti e in atti.

9.2 - TIM insiste inoltre nell'affermare che la sua condotta è stata razionale, a fortiori, anche al momento dell'approvazione del Piano Cassiopea da parte del CdA di TIM del 23.3.2017. Al tempo della decisione era noto che lo sviluppo di un progetto di infrastrutturazione autonoma avrebbe preservato l'utilizzabilità e il valore della rete in rame, ossia dell'asset di maggior pregio allora detenuto da TIM, assicurando ricavi retail e wholesale stimabili in circa 1,42 miliardi di Euro (cfr. release del Piano Cassiopea del 23.2.2017, slide 7), pari a circa il 10%, dei ricavi da servizi di TIM in Italia, oltre che notevoli risparmi di costi.

Al riguardo, l'appellante deduce che i dati quantitativi e qualitativi dell'investimento oggetto di analisi e approvazione nel CDA del 23.3.2017

sono contenuti nell'allegato F del Verbale del CdA, documento non acquisito da AGCM nell'ambito del procedimento A514 e non analizzato, né acquisito, dai CTU nel corso dell'indagine peritale.

Per l'appellante, l'assenza di analisi di tale documento sarebbe emblematica: da un lato, l'AGCM non si è preoccupata di acquisire il documento tecnico sulla base del quale il CdA ha deliberato l'avvio esecutivo del Piano Cassiopea, a riprova della totale carenza di analisi e istruttoria censurata con il terzo motivo di appello; dall'altro, i CTU hanno formulato giudizi critici sulla qualità del processo decisionale seguito da TIM, senza analizzare e conoscere i dati effettivamente valutati dal CdA di TIM in sede di approvazione del progetto.

L'appellante sostiene infine che qualsivoglia incompletezza riscontrata dai CTU non corrisponde a lacune dei piani di TIM, bensì alla dimostrazione che l'AGCM non ha svolto un'istruttoria sui temi della redditività completa e sufficiente ad accertare l'autonoma razionalità economica dell'investimento di TIM.

In subordine, TIM chiede di voler disporre una integrazione della CTU.

10 - Come anticipato i rilievi di TIM non colgono nel segno.

In primo luogo, va precisato che il sindacato giurisdizionale che viene in considerazione nell'ambito in esame è finalizzato a verificare se l'Autorità ha violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali.

La giurisprudenza amministrativa più recente ha ammesso una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione. Si è affermato che *“l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile... l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo “intrinseco”, che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche*

appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto” (Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990).

Nello stesso senso la giurisprudenza europea, secondo la quale “*se è vero che la Commissione dispone, in virtù di tale ruolo, di un margine discrezionale in materia economica, segnatamente in ambito di valutazioni economiche complesse, ciò non comporta che ...il Tribunale debba astenersi dal controllo della qualificazione giuridica di dati di natura economica operata dalla Commissione*”; ne deriva che “*il giudice dell'Unione deve, in particolare, non soltanto verificare l'esattezza materiale degli elementi di prova invocati, la loro affidabilità e la loro coerenza, ma anche controllare se tali elementi costituiscono l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per la valutazione di una situazione complessa e se essi sono idonei a corroborare le conclusioni che ne sono tratte*” (sentenze Chalkor/Commissione, EU:C:2011:815, nonché Otis e a., EU:C:2012:684).

L'approfondimento che la Sezione (*cfr.* ordinanza n. 5413/2023) ha demandato al consulente risulta rispettoso dei principi innanzi ricordati e l'analisi in concreto svolta dai consulenti altrettanto, non essendo ravvisabile alcuno sconfinamento nell'ambito riservato all'Autorità; né una correzione in giudizio di una supposta carenza istruttoria e motivazionale del provvedimento. Di conseguenza, non può essere neppure ipotizzato che il recepimento delle conclusioni e dell'analisi svolta dal collegio peritale nella presente decisione possa concretizzare uno sconfinamento nell'ambito riservato dell'amministrazione.

Ne è indiretta conferma il fatto – paradossalmente parimenti stigmatizzato dall'appellante – che l'indagine svolta dai consulenti ha avuto ad oggetto la stessa documentazione sulla cui base l'Autorità ha svolto le proprie valutazioni. Nello specifico, si osserva che la perizia ricollega le sue valutazioni ai rispettivi paragrafi in cui la questione è stata affrontata e descritta nel provvedimento gravato, dando così piena contezza del fatto che la stessa ha verificato l'analisi AGCM, senza svolgere una nuova e diversa analisi.

Il fatto che i consulenti possono aver svolto autonome elaborazioni ed osservazioni, sempre sulla base del medesimo materiale istruttorio di cui al provvedimento, rientra nel compito ad essi assegnato e cioè: verificare il corretto operato dell'amministrazione e le conclusioni rassegnate dal provvedimento.

Risulta in coerenza con il metodo di analisi seguito dai consulenti, condiviso dal Collegio, anche la conclusione per cui non è possibile, in base alla documentazione agli atti del procedimento, constatare la presenza o meno di un margine di redditività per TIM nelle ultime 2 release del Piano Cassiopea ed esprimere un giudizio sulla redditività degli investimenti di TIM nella fase di attuazione. Anche in riferimento a tali aspetti, senza sostituire la propria valutazione a quella dell'AGCM, i consulenti si sono limitati a constatare l'assenza agli atti di un'analisi dell'impatto su TIM del Piano Cassiopea e a illustrare perché tale assenza rappresenti – per un operatore economico razionale - una carenza significativa ai fini di valutare la redditività di un investimento (soprattutto in considerazione del mutamento di scenario che si realizza allorché TIM decide di non eseguire più gli investimenti nelle aree bianche in proprio, come assunto nel Piano B e nella 1 release del Piano ALL, ma di affidarli ad una NewCo di cui avrebbe detenuto solo una quota di minoranza).

10.1 - Da un altro punto di vista, alla luce delle considerazioni che precedono, non può che coerentemente concludersi come non possa

prospettarsi una carenza di istruttoria da parte dell’Autorità. Tale circostanza risulta peraltro smentita dalla semplice lettura del provvedimento e dei relativi allegati e trova conferma nella relazione peritale che riconosce che *“il Provvedimento A514, come evidenziato nel precedente paragrafo 3, si basa sull’analisi dei piani di investimento elaborati da TIM e sugli altri documenti interni a supporto”*. Al riguardo, i consulenti riconoscono come *“le analisi di redditività svolte dalla stessa TIM sono state alla base del Provvedimento di AGCM, che già nei punti compresi tra 108 e 163 dedica un’apposita sezione rubricata “Le modifiche ai piani di investimento di TIM”. Questo tema è stato successivamente ripreso dall’Autorità nella Sezione “Regulatory gaming e azioni legali” nei punti compresi tra 488 e 534”*.

Inoltre, come già sottolineato, nelle repliche alle osservazioni sullo schema di relazione i consulenti hanno riportato diversi punti del Provvedimento aventi ad oggetto l’analisi della redditività degli investimenti di TIM.

Sempre in riferimento a tale profilo, avuto riguardo alle censure dedotte dall’appellante in riferimento all’impossibilità dei consulenti di valutare la redditività per TIM delle elaborazioni finali del piano Cassiopea, oltre a richiamare le precisazione già svolte innanzi, si osserva che la consulenza non attesta affatto una carenza probatoria del provvedimento, ma, al contrario, sulla base dell’analisi degli atti di TIM, conferma la circostanza che non vi furono adeguate analisi di redditività alla base della decisione di TIM di investire nelle aree bianche; in altre parole, da tale lacuna discende non che l’Autorità abbia svolto un’istruttoria incompleta, bensì che TIM abbia adottato decisioni di investimento nelle cd. aree bianche sulla base di analisi inidonee secondo una logica di sana concorrenza per un operatore razionale (e del calibro di TIM). Nello specifico, i consulenti hanno concluso che, essendo stata la delibera del C.d.a. del 23.03.2017 assunta in un momento in cui l’affinamento del Progetto Cassiopea evidenziava NPV negativi (per la NewCo, e quindi anche per TIM), *“sia ragionevole*

sostenere l'assenza di una piena e autonoma razionalità economica dei piani di investimento di TIM nella loro fase di attuazione.”

10.2 – Come già anticipato, sul piano dell'analisi economica va inoltre ritenuto corretto che AGCM non abbia effettuato “proprie elaborazioni sul tema della redditività”, ma, tenuto conto dello scopo dell'indagine – volto a rintracciare le ragioni per cui TIM si sia determinata ad investire in zone che poco prima aveva ritenuto non profittevoli - abbia concentrato l'analisi sugli stessi documenti e le note interne predisposte da TIM e cioè sui documenti utilizzati dalla stessa società accusata nel momento in cui la condotta abusiva è stata ideata e poi implementata.

Ciò precisato - e ribadito che i consulenti, in sintonia all'incarico ricevuto, hanno concentrato l'analisi sugli stessi documenti e le note interne predisposte da TIM sottesi alla scelta di investire - appaiono sostanzialmente irrilevanti i documenti predisposti da soggetti terzi (quali ad esempio lo studio dell'analista Barclays del 17.3.2017 ed il cd. rapporto Draghi da ultimo richiamato da TIM), rispetto ai quali TIM non ha neppure tentato di delineare come gli stessi abbiano concretamente influito sul suo processo decisionale al tempo della condotta.

10.3 - Sul piano generale risulta condivisibile l'assunto di partenza di TIM per cui, in caso di controversia sulla sussistenza di un'infrazione, spetta all'Autorità produrre la prova delle infrazioni da essa accertate e raccogliere elementi atti a dimostrare adeguatamente la sussistenza dei fatti costitutivi dell'infrazione.

Tuttavia, nel caso di specie, le lacune rilevate dei consulenti, specie in riferimento alle ultime due versioni del Piano Cassiopea, per le quali non sussisterebbero evidenze di redditività per TIM, come già rilevato, non si risolvono in una carenza probatoria dell'ipotesi accusatoria dell'Autorità, bensì confermano come l'iniziativa imprenditoriale dell'appellante fosse stata intrapresa ed ideata a prescindere da una effettiva e compiuta analisi sul ritorno economico-finanziario dell'investimento. Tale circostanza, letta

unitamente agli ulteriori e solidi elementi di prova che depongono in tal senso, vale a confermare l'impianto del provvedimento e ciò perfino a prescindere dal fatto che, in ipotesi, l'investimento fosse realmente profittevole, dal momento che la consulenza ha messo in luce come tale decisione sia stata (comunque) intrapresa nonostante l'assenza di un'adeguata indagine in tale senso e così avvalorando in modo decisivo gli ulteriori elementi di prova da cui emerge l'intento abusivo di TIM.

A fronte di tale impostazione sulla quale si fonda la contestazione dell'Autorità – il cui scopo sotto il profilo probatorio non era quello di dimostrare in senso assoluto l'assenza di redditività di un investimento, bensì l'assenza di razionalità economica delle iniziative intraprese da TIM in un ben determinato contesto – deve ritenersi come incombesse sulla società indagata allegare e provare fatti idonei a smentire l'ipotesi accusatoria dell'Autorità, che per le ragioni esposte si fondava su plurimi elementi probatori tra loro convergenti ed atti a giustificare le conclusioni portate dal provvedimento (come del resto confermato dalla consulenza).

10.4 - Alla luce delle considerazioni che precedono appaiono fuorvianti e comunque tardive le contestazioni di TIM in riferimento alla mancata acquisizione di determinati documenti da parte del CTU.

Invero, giova ricordare che la CTU non può *“supplire al compito delle parti di allegare i fatti e di introdurli nel processo”*; infatti, *“la CTU non può essere utilizzata per colmare le lacune probatorie in cui sia incorsa una delle parti o per alleggerirne l'onere probatorio”* (Cons. Stato, sent. 6.2.2024, n. 1203); né può essere utilizzata *“per svolgere una indagine esplorativa alla ricerca di fatti o circostanze non provati”* (Cons. Stato, sent. 27.12.2021 n. 8627).

Seppur una parte della giurisprudenza ammetta che in determinati casi il CTU possa procedere all'acquisizione di nuova documentazione, nel caso in esame tale eventualità va decisamente rifiutata, avuto riguardo allo scopo assunto dalla consulenza nel presente giudizio: verificare

l'attendibilità delle valutazioni tecniche già compiute dall'Autorità e, dunque, sulla base del medesimo corredo probatorio.

Per altro, la giurisprudenza di questo Consiglio ha già chiarito che l'ausiliario del giudice *“non può avvalersi, per la formazione del suo parere, di documenti non prodotti dalle parti nei tempi e modi permessi dalla scansione processuale, pena l'inutilizzabilità, per il giudice, delle conclusioni del consulente fondate sugli stessi”* (Cons. St. n. 725/2018).

Vanno pertanto disattesi tutti gli argomenti facenti leva sulla dedotta lesione del diritto di difesa di TIM.

10.5 - Per altro, sotto il profilo prettamente processuale, avuto riguardo alle censure già sviluppate da TIM in primo grado – dove già si deduceva la supposta redditività degli investimenti effettuati da TIM (*cf.* ricorso di primo grado pg. 25 *“contrariamente a quanto afferma il Provvedimento, gli investimenti di TIM: (i) davano sufficienti garanzie di redditività... MOTIVO IV.1.... Il piano Cassiopea dava sufficienti garanzie di redditività”* e pg. 29: *“il Provvedimento incorre in tutti i vizi denunciati in epigrafe, quando afferma che dalle analisi di redditività eseguite dalla stessa TIM emergesse una conferma dell'insussistenza delle condizioni di convenienza economica di un investimento privato”*), ricordato che è onere di chi agisce in giudizio provare i fatti posti a fondamento della domanda (*cf.* 2697 c.c.) e, avuto riguardo all'impugnazione di un provvedimento amministrativo, è onere del ricorrente produrre sin dal giudizio di primo grado i documenti atti a provare le circostanze dedotte a supporto dei motivi di ricorso - l'introduzione nel presente giudizio di appello di nuova documentazione, quale l'allegato Allegato F al verbale del CdA di Tim del 23.3.2017 depositata solo in data 19.9.2024, si pone in evidente contrasto con l'art. 104 c.p.a. (*“non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, ovvero che la parte*

dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile”).

Tenuto conto che si tratta di documenti nella disponibilità della società ricorrente sin da prima dell’instaurazione del giudizio di primo grado, non ricorrono le ipotesi residuali contemplate dalla norma che prevedono l’ammissibilità di documenti nuovi in appello, in quanto, considerato che nulla ha dimostrato TIM in ordine all’impossibilità materiale di produrre detti documenti nel corso del giudizio di prime cure, da un lato, ciò costituisce un indice significativo circa l’assenza di quella necessaria indispensabilità richiesta dalla norma; dall’altro, non si configura il requisito della non imputabilità della mancata produzione nel primo grado.

La giurisprudenza di questo Consiglio ha inoltre precisato che il giudice può e deve ammettere tutti quei documenti che non sono semplicemente rilevanti ai fini del decidere, bensì appaiono dotati di quella speciale efficacia dimostrativa che si traduce nella capacità di fornire un contributo decisivo all’accertamento della verità materiale, conducendo ad un esito necessario della controversia (*cf.* Cons. St., sez. VI, 17 luglio 2018, n. 3435; Cons. St., sez. III, 8 gennaio 2019, n. 183).

La società non ha argomentato nel senso della decisività della documentazione di cui lamenta la mancata acquisizione. La stessa, pur inserendosi nel *thema decidendum*, attiene al solo aspetto relativo alla redditività degli investimenti ed anche in relazione a tale aspetto non appare ragionevolmente risolutiva, in particolare avuto riguardo al citato Allegato F che i consulenti, pur non ammettendolo, hanno ritenuto comunque non risolutivo ed inidoneo a modificare le conclusioni dagli stessi rassegnate (vedasi pg. 129 della relazione peritale)

Si osserva che la nozione di indispensabilità innanzi delineata e l’ammissibilità solo di quella documentazione che può essere definita “prova cruciale” è in armonia anche con l’orientamento del giudice civile, secondo cui nel giudizio di appello costituisce prova nuova indispensabile,

ai sensi dell'art. 345, comma terzo, c.p.c., quella di per sé idonea ad eliminare ogni possibile incertezza circa la ricostruzione fattuale accolta dalla pronuncia gravata, smentendola o confermandola senza lasciare margini di dubbio (*cf.* Corte Cass. n. 10790 del 4 maggio 2017).

10.6 – Quanto al contestato approccio dei consulenti nella valutazione dei diversi progetti che si sono succeduti, contrariamente agli assunti di parte appellante, dalla relazione emerge come i vari piani e le loro evoluzioni hanno accompagnato la strategia di TIM. Se infatti all'inizio l'obiettivo era plausibilmente quello di bloccare le gare Infratel (per cui bastava prevedere un piano di investimenti nelle aree del Bando 2 la cui gara doveva ancora essere avviata), poi diviene quello di investire prima del concessionario al fine di ridurre e rallentare la sua penetrazione sul mercato e, quindi, minare il suo equilibrio economico e finanziario.

I documenti già innanzi citati e la cronologia degli eventi confermano tale prospettazione ove si consideri che, mancato il primo obiettivo (a gennaio 2017 Infratel comunicò l'aggiudicazione provvisoria della prima gara a OF), TIM decise di: estendere il piano di copertura autonoma in FTTC all'intero bacino delle aree bianche, non partecipare più alle successive gare, concentrarsi sulla rapida realizzazione degli investimenti autonomi nelle aree bianche. Ne è conferma quanto emerge dal doc. ISP360: “*1. BANDO1: AUTONOMO - marcatura a uomo di EoF su tutti i comuni; scelta di un sottoinsieme di UI (togliamo i garage, pollai, etc..) che copriremo con FTTC, FTTH (pochi) e Wireless in best effort 2. BANDO 2: come sopra, e non continuiamo l'analisi per la partecipazione al bando 2*”. Vale richiamare anche il doc. ISP42: “*Questo progetto rafforzerà notevolmente il vantaggio competitivo rispetto ad Open Fiber e a Infratel che, quando arriveranno, troveranno il mercato sia retail che wholesale già sulla nostra NGN*” nonché il doc. ISP9: “*... EOF bid might not be fully covered by the forecasted discounted cash flows...While EOF is committed to invest € 1,2 bln for network realization, its revenues, previously expected*

to be earned as a monopolist, are now going to suffer a strong downturn due to Cassiopea's presence”.

10.7 - Quanto ai rilievi prettamente tecnici svolti da TIM nelle memorie da ultimo depositate, questi appaiono sostanzialmente coincidenti con le osservazioni svolte dai suoi consulenti durante la perizia e trovano puntuale ed adeguata replica nella relazione peritale, da ritenersi in questa sede integralmente richiamata ed alla quale è pertanto sufficiente rimandare.

Anche in riferimento alla rilevanza della differente soluzione tecnica implementata dall'appellante rispetto a quella oggetto dei bandi di gara, ci si limita a richiamare la relazione peritale dove si evidenzia che a valle delle consultazioni con Infratel, la stessa TIM aveva dichiarato di non essere intenzionata a coprire autonomamente le aree bianche in quanto non profittevoli. Più precisamente, TIM aveva dichiarato di non essere interessata a infrastrutturare tali aree non solo con la tecnologia *FTTH*, ma nemmeno con la tecnologia *FTTC*. Le analisi interne della società di giugno 2016, infatti, evidenziavano come *“Infratel è atteso investire in aree in cui Telecom Italia non pensa di investire né in FTTH, né in FTTC, ovvero aree coperte oggi e nel prevedibile futuro solo ADSL”*.

10.8 - Si evidenzia infine l'inconferenza dell'argomentazione sul controfattuale che dimostrerebbe una redditività – alla data del 2020 - degli investimenti fatti da TIM. Invero, la valutazione dell'idoneità o meno di un comportamento a produrre effetti di esclusione della concorrenza si basa sui fatti e sulle circostanze esistenti nel momento in cui detto comportamento è stato attuato, non avendo rilevanza alcuna la valutazione *ex post* di tale condotta. Inoltre, come evidenziato dalla stessa appellante, nel caso di specie, il completamento dell'investimento di TIM è stato successivamente sollecitato dalla stessa amministrazione per ragioni sopravvenute e straordinarie, non potendosi pertanto ricavare dai relativi riscontri concreti alcun elemento favorevole all'appellante ai fini

dell'integrazione dell'infrazione (salvo quanto successivamente precisato a proposito della determinazione della sanzione).

10.9 - Va infine osservato che le argomentazioni sviluppate da TIM nel tentativo di sostenere la non correttezza della metodologia della CTU, risultano indirettamente smentite dagli atti interni già citati da cui emerge la finalità perseguita da TIM che, alla luce della conferma peritale, può ragionevolmente ritenersi rivolta ad impedire l'ingresso sul mercato e poi ad ostacolare il nuovo operatore, potenzialmente in grado di portare un'effettiva concorrenza sui mercati in cui TIM era dominante.

In definitiva, risulta confermato che il comportamento tenuto da TIM integra gli estremi di una violazione dell'art. 102 TFUE, essendosi fatto ricorso a strumenti diversi da quelli appartenenti ad una concorrenza fondata sui meriti (*cf.* Corte di giustizia, 6 dicembre 2012, *Astrazeneca*, C-457/10). Non è, infatti, rinvenibile alcuna concorrenza fondata sui meriti nell'aver deciso di effettuare investimenti non remunerativi nelle aree oggetto dell'intervento pubblico, mediante la realizzazione di infrastrutture tecnologicamente inferiori rispetto a quelle individuate nell'ambito di un progetto di infrastrutturazione nazionale, predisposto a seguito di un'apposita ed articolata consultazione pubblica e che la stessa TIM aveva contribuito a realizzare, assumendo una posizione diametralmente opposta a quella poi in concreto attuata. Ed infatti, la consulenza ha confermato che TIM ha rivisto la sua posizione pur non potendo contare con certezza su adeguati ritorni economici, attraverso iniziative che acquistano ragionevolezza solo se lette alla luce del reale obiettivo dell'impresa, come emergente inequivocabilmente dal contenuto della documentazione già richiamata.

Correttamente quindi nel provvedimento si è evidenziato che “*TIM provvedeva a minimizzare la quantità di risorse che intendeva investire in un'iniziativa economicamente ingiustificata, secondo una logica di affinamento progressivo, allo scopo di occupare preventivamente, peraltro*

con l'impiego di soluzioni tecnologiche subottimali, soltanto le aree di maggiore pregio comprese nel perimetro delle aree bianche. Tali aree erano comunque sufficienti a mettere a rischio l'investimento atteso dal concessionario, considerato che erano le sole aree in grado di favorire un flusso di cassa positivo" (§ 497 Provv.).

Un simile comportamento non corrisponde alla "speciale responsabilità" che incombe su un'impresa in posizione dominante di non compromettere, con un comportamento estraneo alla concorrenza basata sui meriti, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato di riferimento.

Va infine precisato che non è stata messa in discussione la facoltà di TIM di elaborare liberamente i propri piani di investimento, bensì l'uso strumentale che degli stessi, nel caso concreto, ha fatto la società al fine di ostacolare il nuovo entrante OF. Invero, i comportamenti lesivi della concorrenza ben possono essere posti in essere attraverso un uso di facoltà e/o diritti riconosciuti dall'ordinamento, dei quale si faccia un uso strumentale, non coerente con il fine per il quale sono attribuiti (*cf.* Consiglio di Stato, 4 novembre 2014, n. 5423).

11 – Con il quarto motivo l'appellante contesta che il TAR si sarebbe limitato, in relazione alla presunta illiceità delle iniziative giudiziarie ed extragiudiziarie di TIM, a ribadire la motivazione del provvedimento in maniera pedissequa, senza sottoporre a un sindacato effettivo le censure sviluppate da TIM nel quinto motivo del ricorso.

Al riguardo, TIM aveva dedotto che il ricorso ai mezzi di tutela giurisdizionale può dirsi contrario all'art. 102 TFUE solo in presenza delle due condizioni cumulative seguenti: (i) l'azione appare manifestamente temeraria e (ii) si inserisce in un piano volto a eliminare la concorrenza (v. T-111/96, Promedia/CE, EU:T:1998:183; e T-480/15, Agria Polska, EU:T:2017:339; confermata in appello, C-373/17, EU:C:2018:756).

11.1 – A sostegno dell'appello, la società insiste nel sostenere che:

- la motivazione del TAR sarebbe superficiale e viziata da travisamento dei fatti e violazione dell'art. 102 TFUE;
- le ipotetiche (e non provate) finalità abusive dell'appellante non avrebbero affatto reso superfluo esaminare il merito delle iniziative giudiziarie al fine di apprezzare se queste potessero essere considerate, sul piano oggettivo, manifestamente temerarie;
- al contrario di quanto asserito dal TAR, le azioni legali in esame non hanno avuto alcunché di anomalo sul piano numerico: non sono stati proposti 26 ricorsi, ma quattro impugnative (rispettivamente avverso: la disciplina della prima gara; l'ammissione di OF alla prima gara; l'aggiudicazione di tutti i lotti della prima gara alla stessa OF; la disciplina della seconda gara, con azione tempestivamente rinunciata a seguito della decisione di non presentare offerta);
- la moltiplicazione delle iniziative (ricorso e motivi aggiunti, un ricorso per ciascun lotto, un ricorso per ogni fase della procedura di gara) è solo apparente, perché riconducibile al rispetto delle norme che regolavano all'epoca dei fatti il rito delle impugnative in materia di appalti (allora erano vigenti sia l'art. 120(2-bis) c.p.a., relativo all'impugnazione autonoma dell'ammissione a gara di altri operatori, sia l'art. 120 (11-bis) c.p.a., concernente l'obbligo di ricorso autonomo per ciascun lotto, sia per l'ammissione che per l'aggiudicazione);
- la circostanza che un'azione giudiziaria sia dichiarata inammissibile (in questo caso, in ragione della non attualità della lesione), o non venga accolta nel merito, non ne dimostra la temerarietà;
- le iniziative in questione erano state intraprese dopo un'attenta analisi, svolta con il supporto di esperti professionisti indipendenti, delle ragioni fattuali e giuridiche delle stesse;
- analoghe considerazioni valgono per le iniziative stragiudiziali assunte da TIM all'epoca e volte a tutelare la propria posizione a fronte delle previsioni di gara discriminatorie a favore degli operatori wholesale only;

del disallineamento dei prezzi all'ingrosso nelle aree sussidiate rispetto all'offerta di riferimento; nonché delle inique condizioni di contratto per l'accesso alle infrastrutture proposte da Enel;

- non è corretto sostenere che la temerarietà delle iniziative contenziose sarebbe palesata dalla documentazione interna reperita in sede d'ispezione, dal momento che le azioni intraprese da TIM erano fondate su meditate valutazioni giuridiche, in particolare sull'esigenza di reagire ad una impostazione di gara discriminatoria;

- l'assenza di qualsiasi carattere strumentale o finalità abusiva delle iniziative legali contestate è confermata dalla circostanza che l'AGCM non ha dimostrato (né avrebbe potuto farlo) che la pendenza dei ricorsi ha ritardato le aggiudicazioni delle gare e la firma delle convenzioni.

11.2 – La censura è infondata.

La sentenza impugnata prende in esame i numerosi documenti su cui l'AGCM ha fondato le proprie valutazioni, i quali dimostrano la chiara consapevolezza di TIM di combinare le condotte di regulatory gaming (innanzi descritta) e di sham litigation. Tale strategia, poi effettivamente attuata, risulta concretamente idonea a restringere la concorrenza, ovvero ad ostacolare le gare e consentire a TIM di procedere con il proprio investimento autonomo, in anticipo rispetto a OF, onde “occupare” il mercato.

Nello specifico, l'intento meramente strumentale e dilatorio delle azioni legali di TIM emerge dalle seguenti evidenze documentali:

- l'e-mail del 7.2.2017, in cui TIM, a fronte dei dubbi circa la bontà dell'azione da proporre davanti al TAR avverso il bando della prima gara, decide di procedere comunque per “disturbare”;

- l'e-mail del 10.6.2016, nella quale si dà atto che: *“l’iniziativa difensiva... determinerebbe un impatto significativo ufficiale sui tempi e sulle modalità di attuazione delle iniziative governative ampiamente annunciate per lo sviluppo della banda ultralarga sul territorio nazionale”*;

- il riferimento al “*contenzioso impulsivo*”, che campeggia quale titolo di una slide del servizio legale di TIM nell’ambito del processo di ingaggio di professionisti esterni;
- l’e-mail dell’11.5.2017, nella quale si fa riferimento ad una sentenza del Tar Lazio ritenuta da TIM positiva in quanto “...*di fatto inibisce ad INF di procedere oltre nella procedura selettiva*”;
- la affermazione per cui: “*Ho deciso di avviare un’ulteriore azione sul bando 1 infratel per violazione dei requisiti soggettivi. È un po’ tirata, ma intanto disturba*”;
- con riferimento alle modalità con le quali era stata realizzata una nuova consultazione pubblica sulle aree bianche, si afferma “*faremo ricorso e stop*”;

Giova inoltre ricordare che le iniziative defatigatorie non si sono limitate alla proposizione di molteplici ricorsi (inammissibili e infondati) davanti al G.A., dei quali l’appellante lamenta la mancata analisi circa la loro temerarietà, ma anche alla presentazione di mere denunce di presunte condotte abusive di Enel, quale soggetto che ha preso l’iniziativa di costituire la società competitor (3 esposti in 7 mesi), senza che alcuno di tali esposti abbia sortito alcun effetto, come peraltro la stessa TIM si attendeva allorché affermava, come si legge al § 175 del Provvedimento, che: “*anche se la consapevolezza del problema è tendenzialmente nulla: segnalare, segnalare, segnalare*”.

Sul piano oggettivo si ribadisce che nessuna iniziativa, giudiziaria e stragiudiziale, si è conclusa favorevolmente per TIM. Il numero, la tipologia e la cronologia delle azioni proposte sono ben rappresentate nella Tabella 8 a pg. 51 del provvedimento ad avvalorano la tesi dell’Autorità.

Al riguardo, sul piano cronologico, a dimostrazione della concreta idoneità abusiva della condotta, si osserva come l’Autorità abbia evidenziato che la sottoscrizione della concessione sulla prima gara sia avvenuta nel giugno 2017, a fronte di un’aggiudicazione provvisoria di gennaio e definitiva del

marzo 2017 e che, nel frattempo, in soli 3 mesi, TIM abbia: diffidato INF il 25.5.2017 a non sottoscrivere il contratto con la vincitrice OF; instaurato 5 ricorsi (anche per 24 motivi aggiunti) per l'annullamento dell'aggiudicazione della prima gara; parallelamente, in tale periodo, TIM è riuscita a realizzare il 30% della copertura prevista dal Piano Cassiopea (§§ 531 e 534 del Provvedimento).

Alla luce delle evidenze citate - a prescindere dal fatto che i ricorsi siano stati presentati dopo tutti gli approfondimenti del caso da parte dei legali di TIM, circostanza di per sé usuale per una società del calibro dell'appellante - risulta provata la strategia di TIM di intraprendere, in un brevissimo arco temporale, azioni giudiziali e stra-giudiziali volte a ostacolare le gare e, comunque, a ritardare l'aggiudicazione a OF, le quali, si inseriscono teleologicamente nel più ampio piano strategico volto ad ostacolare l'ingresso di OF, tramite una pluralità di azioni tra loro eterogenee, ma indirizzate al medesimo unico fine.

Appare in definitiva del tutto condivisibile l'assunto del Giudice di primo grado per il quale a venire in rilievo non era il "diritto di agire in giudizio" di TIM in quanto tale, bensì *"l'uso strumentale che l'impresa in posizione dominante ne faccia violando la sua speciale responsabilità a non alterare le già deboli condizioni di concorrenza sul mercato"*.

11.3 - Gli specifici rilievi dell'appellante presuppongono la sussistenza di una singola ipotesi riconducibile alla figura della sham litigation, non considerando che, nel caso concreto, le azioni legali intraprese dalla società sono solo un tassello della più ampia strategia posta in essere dall'impresa, da ritenersi già provata a fronte degli elementi evidenziati nell'esame della censura che precede e che trova una solida conferma anche nelle risultanze della perizia disposta in corso di causa.

Come già detto, ciò giustifica l'inclusione anche di tali pratiche nel perimetro dell'abuso - dovendosi disattendere tutte le doglianze dell'appellante - dal momento che l'intento appare sempre il medesimo,

vale a dire ostacolare OF, e, sul piano oggettivo, le stesse appaiono ragionevolmente idonee a ritardarne l'ingresso sul mercato (al riguardo, vedasi anche il punto 6 e ss. e il punto 13.1 della presente sentenza).

12 – Con il quinto motivo, parte appellante censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha disatteso le censure avverso il provvedimento riguardanti la contrarietà all'art. 102 TFUE delle offerte all'ingrosso di TIM.

Il provvedimento ha imputato a TIM di aver sottoposto all'approvazione dell'AgCom e, nelle more, applicato in via transitoria, tariffe per i servizi VULA FTTH non remunerative, nonché un'offerta di servizi VULA con sconti a volume (cd. offerta Easy Fiber) considerata “legante”. Tale politica commerciale aggressiva a livello wholesale avrebbe avuto una finalità di pre-emption.

Rispetto a tale accusa TIM ha contestato che l'AGCM: - non aveva provato la natura predatoria delle tariffe; - ha ignorato il parere AgCom e i dati di costo del servizio VULA-FTTH ivi indicati, diversi da quelli considerati nel provvedimento; - non ha provato l'idoneità escludente di dette tariffe, pur spingendosi ad affermare che avrebbero generato effetti concreti sul mercato a danno della concorrenza.

12.1 - L'appellante lamenta che il TAR ha ignorato tali censure, omettendo di esaminare le evidenze offerte per dimostrare che le condotte contestate non avevano prodotto alcun effetto sul mercato.

A sostegno dell'appello, TIM deduce che:

- l'AGCM non ha effettuato, come invece avrebbe dovuto, accertamenti autonomi sui costi e ha interpretato erroneamente le delibere dell'AgCom che, a suo dire, avrebbero accertato un costo di €23,28 al mese;
- il parere AgCom aveva rimarcato tale circostanza, affermando che, con la Delibera n. 87/18/CIR, l'Autorità regolatoria aveva solo inteso “*rimandare la suddetta revisione del modello di costo alla nuova analisi di mercato*”, mentre, nella successiva Delibera n. 348/19/CONS, contenente detta nuova

analisi di mercato, essa aveva registrato, *“sulla base dei dati acquisiti dal mercato e riferiti proprio al periodo 2017-2018, una sensibile riduzione del canone VULA FTTH (costo medio 15,35 €/mese) rispetto a quanto previsto dalla delibera n. 623/15/CONS (23,28 €/mese)”*.

12.2 – Secondo l'appellante il secondo errore dell'AGCM ha riguardato l'asserita diminuzione delle vendite wholesale di OF, tenuto conto che a partire dal 2017 TIM e gli OLO hanno cominciato a spostare i propri clienti finali dai tradizionali servizi ADSL a quelli in fibra FTTC, entrambi resi sulla rete di TIM. Ciononostante, l'AGCM non ha ritenuto di inserire nella “figura 4” il volume di servizi ADSL, progressivamente sostituiti da quelli FTTC. Di conseguenza, in tale figura non è stato rilevato che, a fronte di un incremento dei servizi FTTC di TIM, si è verificato un corrispondente decremento dei servizi erogati da TIM in ADSL, appartenenti allo stesso mercato.

In conclusione, se la tabella di cui alla figura 4 fosse stata impostata correttamente, essa avrebbe smentito le accuse dell'AGCM, mostrando invece che i servizi wholesale BB e UBB erogati da TIM nel biennio 2017-2018 erano stati stazionari, mentre quelli di OF avevano subito un deciso incremento.

12.3 – Sotto altro profilo, l'appellante evidenzia che l'analisi dell'intento non può sopperire all'analisi degli effetti escludenti di un'asserita condotta abusiva (*cfr.* C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale, § 61). Per contestare una strategia predatoria di prezzo l'AGCM era tenuta a provare – confutando eventuali evidenze di segno contrario prodotte dalla parte (*cfr.* C-413/14 P, Intel/CE, EU:C:2017:632) – quanto meno che i prezzi contestati di TIM erano *“inferiori alla media dei costi totali, i quali comprendono i costi fissi e quelli variabili”* e *“fissati nell'ambito di un disegno inteso ad eliminare un concorrente”* (*cfr.* C-62/86, Akzo/CE, EU:C:1991:286, § 72; C209/10, Post Danmark I, EU:C:2012:172).

In ogni caso, per TIM le contestate offerte all'ingrosso costituivano una fisiologica e giustificata reazione concorrenziale, consentita anche a un'impresa dominante, sempre che *“non si discosti dalle pratiche proprie di una concorrenza basata sui meriti”*. Nella nozione di concorrenza sui meriti rientra senz'altro la proposizione da parte di TIM di tariffe wholesale più convenienti per gli OLO, ma comunque remunerative.

Inoltre, secondo le stime del dirigente apicale incaricato delle strategie di prezzo condivise con l'AD, la manovra tariffaria avrebbe avuto un impatto netto complessivamente positivo per il bilancio di TIM.

Da un altro punto di vista, l'appellante rileva che i documenti citati nel Provvedimento, acriticamente riportati in estratto nella sentenza impugnata, non riguardavano le offerte in esame.

12.4 – Infine, secondo l'appellante, oltre ad essere economicamente razionali, le contestate offerte all'ingrosso di TIM erano perfettamente replicabili da un ipotetico as-efficient operator, paradigma di riferimento nell'analisi degli asseriti abusi tariffari di natura escludente (*cf.* C413/14 P, sentenza Intel/CE; C-209/10, Post Danmark I e Orientamenti della Commissione sulle priorità nell'applicazione dell'art. 102 TFUE).

Sempre a questo riguardo, l'appellante rileva che nel ricorso aveva fatto valere che le offerte controverse non potevano, a prescindere dal loro importo, avere idoneità escludente perché il mercato sapeva che erano sub judice e, quindi, precarie.

Inoltre, diversamente da quanto asserito dal TAR, nelle more della sua istruttoria, l'AgCom non ha affatto “bloccato” la transitoria commercializzazione delle offerte, consentendola sulla base di un preliminare contraddittorio con TIM; ne deriva che le proposte di nuovi profili tecnici e tariffari, anche se applicate in pendenza dell'approvazione dell'AgCom ex art. 10.8 della Delibera n. 623/15/CONS, non erano per loro natura idonee a determinare gli effetti distorsivi ipotizzati dall'AGCM,

in quanto di natura provvisoria e modificabili con effetto retroattivo dall'AgCom.

12.5 – L'appellante evidenzia che gli eventi successivi alla proposizione delle offerte di TIM hanno confermato l'inidoneità delle stesse a produrre gli effetti escludenti che il provvedimento si è sforzato di evocare, incorrendo in gravi errori.

Infatti, come attestato dall'AgCom, nella fase transitoria TIM ha: – venduto quantità insignificanti di servizi VULA FTTH (appena “750 accessi nel 2017” e “1800 accessi nel 2018”, peraltro alle tariffe poi approvate retroattivamente dall'AgCom); - sottoscritto “*pochi contratti Easy Fiber con operatori di ridotte dimensioni e per poche migliaia di linee*” teoriche, che oltretutto ha poi annullato senza darvi esecuzione.

12.6 – Secondo l'appellante l'Autorità non avrebbe provato neanche l'idoneità dell'offerta Easy Fiber a produrre effetti leganti, tenuto conto che:

- contrariamente a ciò che ha affermato l'AGCM, le tariffe dei servizi in fibra di TIM da cui muoveva il sistema di sconti erano economicamente razionali e perfettamente replicabili da un ipotetico as-efficient operator;
- in assenza di vincoli formali di esclusiva, spettava all'AGCM provare che il sistema di sconti a volume posto in essere da TIM aveva la capacità di escludere dal mercato i concorrenti; di regola, tale idoneità escludente non sussiste quando, nonostante il sistema di sconti, un concorrente altrettanto efficiente possa contendere i clienti con prezzi “economicamente sostenibili”.

L'appellante mette inoltre in luce che, nello specifico caso in esame:

- molti potenziali acquirenti hanno dichiarato all'AgCom che l'offerta Easy Fiber “*non risulta particolarmente accattivante*” e “*non comporta particolari vantaggi economici*”;
- nessuno dei principali acquirenti sul mercato ha sottoscritto l'offerta Easy Fiber nelle more della decisione dell'AgCom; anche quelli menzionati

nella sentenza impugnata (Fastweb, Vodafone e Wind Tre) come destinatari di “offerte commerciali” di TIM hanno, invece, intensificato i rapporti di partnership con OF;

- l’AGCM non ha confutato le analisi economiche che TIM aveva prodotto (Perizia Economica 19.9.2019) per dimostrare l’assenza di idoneità escludente e i vantaggi in termini di efficienza generati dall’offerta Easy Fiber.

13 – La censura è infondata.

Con riguardo al mercato wholesale, l’analisi dei dati e la documentazione interna dell’impresa confermano che questa ha tentato di contrastare l’ingresso sul mercato di OF anche mediante l’utilizzo della leva prezzi per i servizi di accesso all’ingrosso da offrire agli operatori alternativi, predisponendo offerte volte, e concretamente idonee, a realizzare tale finalità.

Nello specifico, vengono in rilievo le seguenti condotte: a) l’offerta del servizio all’ingrosso di accesso VULA FTTH “*a prezzi inferiori ai relativi costi*”; b) l’offerta Easy Fiber di sconti a volume “*volta a fidelizzare fino a 7 anni verso TIM la già limitata domanda contendibile per OF*”.

13.1 - Anche in riferimento a tali condotte non può essere seguita l’impostazione dell’appellante volta a contestarle senza considerarle parte di una più ampia strategia. Va infatti rimarcato che la loro connotazione abusiva va indagata alla luce del peculiare contesto di riferimento ed in sincronia con le ulteriori condotte poste in essere da TIM. In altri termini, la violazione in esame non può essere riduttivamente ricondotta ad un’ipotesi di singolo abuso realizzato attraverso la leva dei prezzi, inserendosi invece in una ben più ampia strategia illecita, da ritenersi già provata alla luce delle considerazioni svolte nell’esame delle censure che precedono e che contribuiscono a giustificare l’inclusione nel perimetro dell’abuso anche le condotte poste in essere sul mercato wholesale, a prescindere dal fatto che queste, singolarmente considerate, potessero

essere considerate abusive alla stregua dei canoni dettati dalla giurisprudenza al riguardo. Ne deriva come i rilievi dell'appellante appaiano fuorvianti, se non irrilevanti, essendo invece dirimente la constatazione per cui le singole condotte in esame, sul piano oggettivo, erano idonee ad ostacolare OF e tale era l'intento di TIM; ciò in piena sintonia con l'obiettivo della più ampia strategia escludente sanzionata (al riguardo vedasi punto 6 e ss. della presente sentenza).

In ogni caso, fermo il dato assorbente innanzi precisato, in riferimento a ciascuna offerta attenzionata si osserva quanto segue.

13.2 – Quanto alla condotta sub a), avuto riguardo alla precisazione che precede, si osserva che nella presentazione “Offerta 1000 Mega – Ipotesi profili e pricing” TIM colloca la scelta di proporre una significativa riduzione del prezzo di accesso VULA FTTH, proprio nel momento in cui OF proponeva le sue prime offerte sul mercato (maggio 2017).

Giova ricordare che TIM poteva perseguire tale strategia grazie alla posizione dominante ancora detenuta sia nel mercato wholesale che retail, grazie alla quale poteva operare una migrazione dei suoi clienti sulle nuove reti che si affrettava a realizzare, conseguendo un effetto di pre-emption della domanda.

Risulta inoltre provato che TIM ha perseguito tale strategia anche correndo il rischio di pregiudicare i propri ritorni economici.

Sul piano oggettivo va infatti evidenziato che TIM ha “curiosamente” deciso di ribassare in modo consistente i prezzi di offerta VULA FTTH (€ 15,04 per l'offerta destinata ad essere scelta da oltre il 90% della domanda), a distanza di soli 7 mesi dall'approvazione dell'offerta di riferimento in cui TIM aveva chiesto (e ottenuto) di poter applicare prezzi maggiori di circa il 30% (€ 22,12) per una velocità di connessione addirittura inferiore.

La conclusione cui giunge il provvedimento, secondo cui la perdita di ricavi e la cannibalizzazione di offerte di maggiore valore “rendono la

manovra al ribasso di TIM una scelta economica inefficiente, comprensibile esclusivamente con la volontà di restringere il bacino di domanda potenziale residuo contendibile dal nuovo concorrente wholesale” risulta inoltre comprovata dai seguenti elementi:

- scambio di e-mail del 7 luglio 2016 a dimostrazione della consapevolezza di TIM che l’equiparazione tra prezzi FTTH e FTTC avrebbe provocato fenomeni di cannibalizzazione dei ricavi wholesale: *“l’introduzione di offerte FTTH acuisce il rischio cannibalizzazione fra offerte in quanto sminuisce elementi differenzianti come la Banda Minima Garantita e la velocità di upload questo direi crea un rischio temo sia necessario da parte vostra uno sforzo di stima ... o un rationale per dire che il rischio è zero o molto piccolo”* (doc. ISP575);

- l’ulteriore documentazione in cui si legge: *“è stato stimato un impatto negativo sull’arco di Piano Wholesale pari a circa -10 mln – -30 mln. Tale valutazione tiene conto dei minori ricavi FTTH derivanti dal delta prezzo ipotizzato, solo in parte compensato dall’effetto volume positivo per il corrispondente incremento della domanda”* (doc. ISP512);

- il documento in cui TIM così propone di presentare l’offerta di abbassamento dei prezzi non potendo manifestare la reale finalità: *“La scontistica futura sulla quale si sta lavorando anche con CPO, avrà comunque una logica di velocizzare lo sviluppo dell’NGN, non certo pubblicamente di contrastare la concorrenza”* (doc. ISP538).

13.3 – Il contesto e le evidenze innanzi richiamate appaiono idonee, nel caso in esame, a superare il rilievo dell’appellante per cui l’Autorità non avrebbe condotto un autonomo accertamento dei costi per accertare che la riduzione dei prezzi proposta al mercato fosse al di sotto dei costi.

Anche in riferimento a tale doglianza va ribadito che la condotta in esame non va vista singolarmente. La stessa si inserisce invece nella più ampia strategia abusiva di TIM, essendo il relativo intento – così come emergente

dalla documentazione appena citata – in piena sintonia con il fine ultimo di ostacolare il nuovo entrante.

Inoltre, sul piano oggettivo, è evidente che l'abbassamento dei prezzi – circostanza pacifica - risulta concretamente idoneo sia a sottrarre potenziali clienti al nuovo entrante, sia a costringerlo ad abbassare a sua volta i prezzi, indipendentemente dalla diversa qualità dei due servizi, rafforzando così la strategia escludente ed abusiva dell'appellante da ritenersi già provata per le ragioni già esposte.

Per altro, va dato atto che il provvedimento contiene un'analisi puntuale dei prezzi in questione (§ 544 e ss.).

13.4 - Quanto al rilievo per cui l'Autorità non avrebbe dovuto fare riferimento alla delibera 87/18/CIR con cui il Regolatore esaminò (e non approvò) proprio la significativa riduzione dei prezzi dei servizi VULA FTTH oggetto del provvedimento, ma alla successiva delibera 348/19/CONS con cui il Regolatore definì il quadro regolamentare per il periodo 2019-2021, l'Autorità ha in ogni caso precisato che : i) con la Delibera n. 348/19/CONS l'AgCom ha aggiornato i prezzi di accesso alla rete affinché fossero orientati ai costi per il periodo 2019-2021, alla luce di un nuovo quadro regolatorio (quello per il periodo 2018/2021) e dell'evoluzione del contesto di mercato frattanto intervenuta. Tale Delibera si riferisce, dunque, ad un periodo diverso rispetto a quello in cui TIM ha presentato all'AgCom le offerte VULA FTTH, ossia il 2017; ii) se anche il costo fosse stato quello di euro €15,35 invocato da TIM, tale costo sarebbe stato applicabile solo a partire dal 2021; iii) ad ogni modo l'AgCom ha rigettato le proposte tariffarie di TIM per il 2017 (così come l'offerta Easy Fiber) a seguito di apposita consultazione.

13.5 – Quanto all'offerta di sconti a volume Easy Fiber, si apprezza immediatamente la partecipazione di tale condotta all'abuso escludente complessivo ove si consideri che la nuova offerta consentiva di legare contrattualmente un operatore all'offerta wholesale di TIM fino a sette

anni, per l'effetto potenzialmente riducendo sensibilmente l'ampiezza del bacino di clientela contendibile per OF.

Tale offerta prevedeva infatti che, a fronte di un costo di ingresso iniziale una tantum, un operatore potesse beneficiare di sconti rispetto al prezzo regolamentare dei servizi VULA FTTC e FTTH se raggiungeva dei valori soglia minimi su base annuale di attivazioni richieste e si vincolava a TIM come fornitore wholesale per 5/7 anni. In sostanza, l'offerta era articolata in maniera tale che i maggiori benefici per gli operatori aderenti si avevano soltanto in caso di permanenza pluriennale e assicurando l'attivazione di un numero minimo di linee tali da rendere poco conveniente per l'operatore cliente-wholesale l'eventuale diversificazione territoriale delle fonti di approvvigionamento dei servizi di accesso all'ingrosso.

Sul piano oggettivo appare evidente la concreta idoneità escludente dell'offerta dove prevede un meccanismo di lock-in al fine di ridurre il bacino di clientela dell'operatore concorrente.

Tale valutazione trova inequivoca conferma nel fatto che l'Autorità di settore per ben due volte non ha approvato l'offerta in esame perché avrebbe avuto come conseguenza *“un pressoché totale spiazzamento della domanda potenziale per l'operatore wholesale only”* (cfr. AgCom, Delibera n. 87/2018/ CIR con riferimento all'offerta presentata a inizio 2017 e delibera AGCom, n. 348/19/CONS con riferimento all'offerta riproposta a luglio 2018).

Al riguardo si precisa che, contrariamente a quanto prospettato dall'appellante, l'Autorità aveva escluso che l'offerta Easy Fiber potesse trovare legittimazione quale forma di incentivo agli investimenti delle reti UBB, in quanto l'effetto di spiazzamento della domanda potenziale per l'operatore wholesale only che ne derivava, comportava *“il rischio evidente di deprimere il livello aggregato di investimenti sul mercato e il rafforzamento della posizione di dominanza in capo a TIM”* (tale

conclusione risulta confermata dalla sentenza n. 13138/2019 del TAR Lazio passata in giudicato).

Come chiarito dalla giurisprudenza *“per un’impresa che si trova in posizione dominante su un mercato, il fatto di vincolare – sia pure a loro richiesta – taluni acquirenti attraverso l’obbligo o la promessa di rifornirsi per tutto o gran parte del loro fabbisogno esclusivamente presso di essa costituisce abuso di posizione dominante ai sensi dell’articolo 102 TFUE, tanto se l’obbligo in questione è imposto sic et simpliciter, quanto se ha come contropartita la concessione di sconti. Lo stesso dicasi se detta impresa, senza vincolare gli acquirenti con un obbligo formale, applica, vuoi in forza di accordi stipulati con tali acquirenti, vuoi unilateralmente, un sistema di sconti di fedeltà, cioè di riduzioni subordinate alla condizione che il cliente – indipendentemente dal volume degli acquisti – si rifornisca esclusivamente per la totalità o per una parte considerevole del suo fabbisogno presso l’impresa in posizione dominante”* (CGUE C413/14 P, Intel, § 137).

13.6 - Anche in riferimento a tale misura risulta inoltre comprovata la consapevole partecipazione alla più ampia strategia escludente già descritta, come comprovato dalle seguenti emergenze probatorie:

- lo scambio di e-mail del marzo 2017, avente ad oggetto *“R Nuova offerta Easy Fiber.msg”*, evidenzia in modo chiaro lo scopo che TIM si prefigurava di ottenere con tale proposta commerciale: *“Gli obiettivi, a fronte di sconti sui canoni (limitati) e sui contributi di attivazione (di poco superiori al 20%), sono quelli di: Frenare l’infrastrutturazione autonoma degli OLO (cabine/+ SUL) che determina dei costi variabili decrescenti al crescere del numero di clienti con conseguente pressione sui prezzi retail; Drenare mercato da EOF”* (doc. ISP802);

- le affermazioni per cui: *“The project’s focus is the massive migration to NGA of the three operators’ customer bases, under an innovative commercial concept called Easy Fiber. There are significant strategic and*

economic benefits for TIM, due to the opportunity of locking in the competitors' customer base and receiving the financial upfronts provided for in the new concept" (doc. ISP496); obiettivo ulteriormente ribadito a settembre 2017: *l'impostazione strategica è quella di creare un forte commitment di Wind sulle quantità migrate all'NGN, in tal modo si riesce a creare una barriera efficace vs la possibile migrazione ad EOF"* (doc. ISP586); ugualmente ad ottobre 2017 si ribadiva che *"L'obiettivo di TIM è quello di acquisire da Vodafone un commitment su volumi importanti di accessi wholesale in fibra (che, altrimenti, sarebbero appannaggio di concorrenti, quali OF"* (doc. ISP502).

13.7 – Contrariamente alle deduzioni dell'appellante deve riconoscersi piena valenza probatoria al materiale istruttorio richiamato, conformemente alla giurisprudenza per cui *"quando la Commissione procede alla valutazione del comportamento di un'impresa in posizione dominante... essa deve necessariamente valutare la strategia commerciale di detta impresa. In tale contesto appare normale che la Commissione evochi fattori di natura soggettiva, ossia i motivi che sono sottesi alla strategia commerciale in questione"* (Corte di Giustizia sentenza C-549/10 P Tomra and Others v Commission, vedasi anche la sentenza C-52/09, Telia Sonera: *"per determinare se l'impresa che occupa una posizione dominante abbia sfruttato in modo abusivo tale posizione per effetto dell'applicazione delle proprie pratiche tariffarie, occorre valutare tutte le circostanze ed esaminare se tale pratica sia volta a sopprimere o limitare la possibilità per l'acquirente di scegliere le proprie fonti di rifornimento, a chiudere l'accesso al mercato dei concorrenti...o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata"*).

In antitesi alla prospettazione di parte appellante giova anche ricordare che *"se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa dominante è di restringere la concorrenza, un tale comportamento è di per sé pregiudizievole, in quanto può anche comportare tale effetto...L'illecito,*

cioè, si perfeziona con la condotta anticoncorrenziale, purché di suo idonea a turbare il suo funzionamento corretto e in esso la libertà stessa del mercato...non è necessario, a integrare l'illecito, attendere che la concorrenza sia stata indebitamente alterata dalla condotta anticoncorrenziale perché l'ordinamento reagisca: è sufficiente già la pericolosità, a quei fini, di quella condotta, che può comunque sfogare nel raggiungimento di quel risultato se non oggi, un domani (sentenza del Tribunale Ue, del 29 marzo 2012, causa T336/07, Telefonica; sentenza del Tribunale Ue, del 30 settembre 2003, causa T203/01 Michelin” (Cons. St., n. 2727/2021).

13.8 – Da un altro punto di vista, contrariamente all'assunto dell'appellante, il provvedimento (§ 578 Provv.) dà esplicitamente atto che la manovra di repricing operata da TIM ha generato anche degli effetti restrittivi apprezzabili e concreti, come è stato possibile dedurre osservando l'andamento delle vendite di servizi all'ingrosso di OF e di TIM, nel periodo che va dall'ingresso di OF sul mercato a dicembre 2018. In ogni caso, tale aspetto non appare dirimente, avuto riguardo al fatto che, in base alla giurisprudenza già citata, per l'integrazione dell'illecito non è necessario provare che questo abbia prodotto effetti restrittivi, essendo invero sufficiente che la condotta sia concretamente idonea a restringere la concorrenza (vedasi giurisprudenza già citata).

13.9 – Quanto alla dedotta ininfluenza della provvisorietà dei prezzi offerti e dei volumi venduti, si osserva che la fallacia di tale argomentazione emerge immediatamente ove si consideri che, come più volte ripetuto e come plasticamente provato dalla documentazione interna di TIM, l'obiettivo di questa non era tanto quello di aumentare le vendite bensì quello di incidere sul ritorno economico dell'offerta del nuovo concorrente OF costretto ad inseguire il prezzo - notevolmente diminuito, dopo appena sette mesi dal suo aumento - offerto al mercato da TIM.

Sotto altro profilo, la possibilità (poi concretamente verificatasi) che il Regolatore non approvasse la proposta tariffaria di TIM nel frattempo applicata non pare escludere che la condotta di TIM avesse concretamente l'idoneità ad incidere, con finalità abusive, sulla politica tariffaria del concorrente, tanto è vero che OF ha dovuto abbassare a €16 il prezzo di €21 con cui si era appena presentata sul mercato per il profilo 1000/100 Mb.

14 – Con il sesto motivo, parte appellante censura la sentenza di primo grado nella parte in cui il TAR ha disatteso le sue doglianze relative all'inidoneità delle offerte al dettaglio a produrre gli effetti escludenti ipotizzati dall'AGCM.

Al riguardo, secondo il provvedimento, il *“principale elemento contrattuale legante”* sarebbe stata la *“vendita abbinata”* (a servizi di accesso UBB) rateale, prima del modem, e poi del servizio di assistenza TIM Expert, con una struttura tariffaria *“priva di razionalità economica”*. Secondo l'AGCM i prezzi delle offerte in esame sarebbero stati: *“estremamente vantaggiosi”* nei *“primi dodici mesi”*; *“più elevati”* di quelli *“sul mercato”* per le *“apparecchiature”* e il *“servizio TIM Expert”*, abbinati proprio al fine di *“accrescere i costi impliciti per il consumatore”* e, quindi, il prezzo reale dell'offerta; pagabili subito o rateizzabili a scelta del cliente – fino a 24, 36 o 48 mesi – sempre con riguardo al solo costo del modem o di TIM Expert. In tal modo l'utente, *“attirato con un prezzo iniziale molto conveniente”*, *“sarebbe stato indotto a scegliere un periodo di permanenza contrattuale eccessivamente lungo (quattro anni) al fine di beneficiare della rateizzazione del costo di TIM Expert meno dispendiosa”*. Inoltre, in caso di recesso anticipato, l'utente avrebbe dovuto pagare le rate mancanti in un'unica soluzione o secondo i ratei previsti, sostenendo un *“costo di uscita”*, idoneo a indurlo *“a permanere più a lungo nel contratto”*.

Sempre secondo il provvedimento, a privare le offerte di TIM della loro idoneità escludente non sarebbe stata sufficiente la circostanza che esse

avevano “*superato i test di prezzo per la verifica della replicabilità*”, né quella che analoghe offerte dei concorrenti avevano prezzi molto più bassi, consentendo perciò risparmi sufficienti a compensare eventuali “*costi di uscita*” delle offerte di TIM. Infine, le condotte contestate avrebbero prodotto i “*maggiori effetti*” da “*fine 2016 a inizio 2018*”, aumentando la quota di mercato di TIM.

14.1 - TIM ha contestato le valutazioni innanzi esposte dall’AGCM, rilevando che:

- le contestate offerte retail erano state tutte previamente approvate dall’AgCom in quanto replicabili (e, quindi, battibili) dagli OLO;
- come segnalato dall’AgCom, gli OLO avevano in concreto proposto offerte più competitive di quelle contestate, tanto che si era registrata “*una significativa riduzione della quota al dettaglio di TIM dal 2016 al 2018*”;
- non si era, dunque, verificato l’incremento della quota di mercato di TIM, ipotizzato dall’AGCM “*per dare evidenza della capacità dei contestati meccanismi di lock-in di compromettere la concorrenza sul mercato retail*”.

Inoltre, TIM ha precisato che:

- non imponeva agli utenti l’acquisto abbinato di prodotti o servizi: nel 2018- 2019 erano disponibili anche convenienti offerte di TIM che non contemplavano la vendita del modem o la fornitura del servizio Expert;
- la rateizzazione a 48 mesi era facoltativa: gli utenti potevano anche optare per il pagamento immediato o la rateizzazione a 12, 24 e 36 mesi;
- nella stessa prospettazione accusatoria, le offerte contestate avevano un prezzo reale più alto del normale perché includevano in vendita abbinata servizi e apparecchiature a prezzi più elevati di quelli sul mercato. Invece, le offerte concorrenti avevano un prezzo talmente più basso da consentire al consumatore risparmi pari addirittura alla metà del costo del modem (“24 mesi” di rate su 48) più il 2,5% della spesa prevista per TIM Connect;
- le offerte concorrenti adoperavano meccanismi di vendita abbinata, con strutture tariffarie simili a quella delle offerte di TIM, dimostrandone così

la razionalità economica;

- come ha riconosciuto il provvedimento, nel caso di rateizzazione a 48 mesi, l'utente pagava complessivamente il medesimo importo della rateizzazione a 24 mesi. Non era, quindi, vero che il meccanismo di rateizzazione era *“tanto più conveniente quanto maggiore è la durata della dilazione”*, come ha affermato la sentenza, perché l'utente pagava sempre il medesimo importo.

- con riferimento ai costi di uscita per gli utenti con piani di rateizzazione, l'AGCM non ha dimostrato che detti oneri scoraggiassero il passaggio anticipato ad altri operatori.

In definitiva, per l'appellante le ripetute allusioni a un effetto di lock-in sarebbero rimaste sprovviste di qualsiasi prova. Per la sola offerta concorrente analizzata nel Provvedimento (*“Fibra 1000 di WT”*), l'AGCM ha ammesso che il passaggio a tale offerta – pur dopo aver detratto i costi di uscita da TIM Connect – garantiva comunque €19 di risparmio, rispetto alla spesa complessiva che l'utente avrebbe dovuto affrontare se fosse rimasto con TIM Connect. Quindi, già nell'analisi dell'AGCM, i contestati costi di uscita non erano tali da poter provocare un lock-in del cliente.

14.2 – Sotto altro profilo, l'appellante rileva che secondo il provvedimento le condotte contestate avrebbero avuto luogo nel periodo 2016-2019, con maggiori effetti da fine 2016 a inizio 2018, secondo quanto risulterebbe dai dati AgCom. Tuttavia, come attestato dalla stessa AgCom con dati ufficiali forniti proprio ai fini delle analisi dell'AGCM, la quota al dettaglio di TIM dei servizi UBB in fibra – cresciuta dello 0,4% dal 2016 al 2017 – è pesantemente calata proprio dal 2017 al 2019 (- 4,7%), risultando così nel 2019 più bassa di 4,3 punti percentuali rispetto al 2016.

Anche i dati sui recessi anticipati forniti da TIM all'AGCM con la prima perizia economica (27% degli abbonati entro 19 mesi, 40% entro 25 mesi) confermavano che gli operatori concorrenti erano in grado di sottrarre clienti a TIM in qualsiasi momento, nonostante l'eventuale durata di 48

mesi delle rateizzazioni. Ne è conferma che il numero massimo di cessazioni, ossia di clienti di TIM che hanno cambiato gestore a dispetto degli asseriti meccanismi di lock-in, si è verificato nel 2018, proprio quando l'effetto legante avrebbe dovuto essere massimo.

15 – La censura è infondata.

Va nuovamente rimarcato che la connotazione abusiva della condotta in esame va indagata alla luce del peculiare contesto di riferimento ed in relazione alle ulteriori condotte poste in essere da TIM. Anche tale condotta si inserisce, infatti, sia dal punto di vista cronologico che teleologico nella più ampia strategia abusiva, da ritenersi già provata alla luce delle considerazioni svolte nell'esame delle censure che precedono (vedasi le considerazioni già esposte ai punti 6 e ss. e 13.1 della presente sentenza).

Nello specifico, l'effetto di cattura del cliente finale a cui tende la nuova offerta di TIM appare idoneo a produrre rilevanti conseguenze anche sul mercato wholesale, in quanto, grazie al controllo di gran parte degli accessi su tale mercato, è ragionevolmente probabile che la linea di tale cliente sarà attestata su reti TIM, sicché il vincolo che il modello contrattuale determina per il consumatore comporta effetti escludenti anche sul mercato wholesale e, quindi, sul nuovo entrante OF.

Ciò premesso, si osserva che – a prescindere dalla loro convenienza, dalla loro liceità intrinseca e dalla presenza di altre analoghe offerte sul mercato - quelle proposte da TIM nel periodo 2016-18 si caratterizzano oggettivamente per il fatto di proporre al cliente non solo una promozione condizionata ad una durata minima del contratto, ma anche l'acquisto di servizi/prodotti aggiuntivi (come un modem specifico o il servizio TIM Expert), che all'evidenza sono misure idonee a “legare” il cliente, così come la possibilità di rateizzare il pagamento. L'effetto legante era inoltre rafforzato dal fatto che il cliente che recedeva prima che il pagamento del servizio aggiuntivo fosse terminato doveva liquidarne l'intero prezzo a

TIM, oltre a dover continuare a pagare il servizio TIM Expert anche se passato a nuovo operatore telefonico.

E' evidente come l'indiscutibile funzionalizzazione a trattenere il cliente delle clausole e dei meccanismi propri dell'offerta innanzi descritta si inserisca con piena coerenza nella più ampia strategia abusiva, in quanto concretamente idonea a privare il nuovo concorrente entrante sul mercato di una potenziale base clienti necessaria all'attivazione del servizio, considerata la presenza di TIM sia sul mercato retail che su quello wholesale.

Anche in relazione a tale condotta numerose sono le evidenze agli atti del procedimento che dimostrano che il blocco della mobilità dei clienti attraverso i descritti meccanismi contrattuali rappresentava una scelta di (illecito) posizionamento competitivo assunta da TIM. Al riguardo, si osserva che nelle linee strategiche del piano industriale 2017/2019 TIM ha fatto esplicito riferimento alla necessità di spingere su meccanismi di cattura dei clienti: *“development of Lock in mechanisms to increase customers' loyalty and retention”*. Una strategia imperniata su un *“Push su Lock in attraverso devices, contenuti, iper-convergenza”*, su *“modem upgrade to build a “fiber ready” customer base and lock-in”*, e su una *“Lock-in strategy leveraging on Smart TV/connected devices, contents, hyper-convergence”*.

15.1 – I rilievi dell'appellante non sono idonei ad incidere sulla conclusione innanzi delineata.

Sul piano fattuale va infatti precisato che:

- le offerte promozionali in questione erano state oggetto di un intervento del Regolatore che impose a TIM di modificare i relativi contratti con gli utenti dal 2016 al 2018, proprio in relazione alle clausole che regolavano recesso e costi di uscita;
- con la delibera 487/18/CONS l'AGCom ha qualificato gli schemi contrattuali in questione come *“tentativo degli operatori di erigere barriere*

all'entrata nei mercati dei servizi di telefonia, televisivi e di comunicazioni elettroniche volte a ridurre la concorrenza”;

- il provvedimento dimostra come i costi di uscita previsti in caso di recesso anticipato non rendessero affatto conveniente per il consumatore un cambio di operatore (cfr. §§ 606 ss. del provvedimento).

Sul piano logico - giuridico, non appare risolutivo il fatto che altri operatori avevano proposto offerte simili, tenuto conto che, in primo luogo, come già ripetuto, la condotta di TIM va collocata nell'ambito della più ampia strategia della stessa messa in atto volta ad escludere OF; in secondo luogo, venendo in considerazione una fattispecie di abuso dominante e non la valutazione in sé della legittimità della tariffe, solo in capo a TIM, operatore dominante, incombe la speciale responsabilità di non alterare illecitamente le condizioni di concorrenza a scapito dei concorrenti.

La documentazione interna di TIM conferma inequivocabilmente tale conclusione: *“Customers’ lock-in: enlarging TIM offering, by selling connected consumer goods (e.g. white goods, smart home devices), and exploiting the potential of TIM billing and payment by instalments, will increase customers’ lock-in”* (doc. ISP258)

Da un altro punto di vista, i dati ex post sull'effettivo andamento del mercato rivendicati da TIM non possono ritenersi dirimenti per escludere la connotazione abusiva della condotta in esame, tenuto conto che la dimostrazione che una condotta abbia determinato effetti distorsivi non è un requisito necessario per qualificarla come abusiva. Come più volte ribadito dalla Corte di Giustizia la qualificazione come abusiva di una pratica escludente messa in atto da un'impresa in posizione dominante non impone di dimostrare che il risultato sia stato raggiunto, perché l'assenza di effetti non prova che tale pratica non avesse effettivamente una capacità escludente quando è stata attuata, potendo derivare da altre cause o anche dall'incapacità dell'impresa in posizione dominante di attuare con successo

la strategia all'origine di tale condotta (cfr. sentenza relativo al caso C-377/20 già citata).

Inoltre, contrariamente all'assunto dell'appellante, il provvedimento (cfr. § 601 e ss. del provvedimento) dà esplicitamente atto che la pressione (anti)competitiva esercitata da TIM con il dispiegamento di offerte contenenti meccanismi di lock-in ha comunque distorto il processo competitivo.

16 – Con il settimo motivo, l'appellante censura la sentenza nella parte in cui il TAR ha disatteso il terzo motivo del ricorso concernente la mancata prova da parte dell'AGCM dell'idoneità escludente della strategia sanzionata.

In base al provvedimento, le condotte contestate avrebbero fatto parte di *“un'unica strategia abusiva escludente finalizzata a ostacolare l'ingresso sul mercato di un nuovo operatore dotato di infrastruttura di rete fissa e a preservare indebitamente il pregresso grado di potere di mercato dell'incumbent”*.

16.1 – L'appellante contesta che il TAR, in riferimento al motivo di ricorso, ne ha dichiarato l'infondatezza senza fornire alcuna motivazione e sulla base delle medesime considerazioni svolte in relazione al secondo motivo del ricorso ed affermando erroneamente che l'AGCM avrebbe *“richiamato in moltissimi passi del provvedimento la documentazione riferibile ai vertici aziendali di Telecom”*, dalla quale risulterebbe *“evidente come le condotte contestate rispondessero ad una strategia aziendale e non certo a iniziative sporadiche di singoli dipendenti”*.

A sostegno della censura, parte appellante rileva che:

- la documentazione controversa non era riferibile ai vertici aziendali di TIM e non esprimeva pertanto indirizzi strategici dell'impresa;
- i precedenti citati a p. 46 della sentenza, relativi all'irrilevanza delle funzioni svolte dai singoli individui *“che hanno materialmente posto in essere i comportamenti vietati o hanno predisposto i documenti rinvenuti”*,

riguardano fattispecie di accordi segreti di cartello e sono perciò manifestamente non pertinenti;

- l'AGCM non è stata in grado di imputare le affermazioni risultanti dai documenti a una volontà aziendale estrinsecatasi in asserite condotte offensive.

16.2 – Secondo l'appellante la sentenza è inoltre viziata dall'omessa pronuncia del TAR sulla censura formulata da TIM contro il difetto di prova, e addirittura l'omessa analisi, da parte dell'AGCM della concreta capacità di preclusione, mediante il ricorso a mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti, delle condotte imputate a TIM, singolarmente o nel loro complesso.

Al riguardo, l'appellante richiama la giurisprudenza per cui qualora in un dato contesto di mercato l'impresa dominante intenda partecipare al confronto concorrenziale con il nuovo entrante – a fortiori quando, come nella specie, quest'ultimo può contare su risorse pubbliche per il finanziamento dei propri investimenti – tale intento di presidiare il mercato, offrendo ai clienti e ai consumatori finali una fonte di concorrenza effettiva, può risultare abusivo soltanto nella misura in cui risulti provato che l'incumbent fa ricorso a condotte prive di sufficiente giustificazione in base a considerazioni di efficienza, e irrazionali perché comportano il sacrificio di potenziali profitti, e come tali non sono riconducibili alla nozione di *“normale competizione fra i prodotti o i servizi in base alle prestazioni degli operatori economici”* (C549/10 P, Tomra/CE, EU:C:2012:221).

L'appellante precisa che, nel caso in esame, TIM semplicemente non voleva rinunciare a fare concorrenza, a investire e infrastrutturarsi in tecnologia FTTC – come passo intermedio verso la successiva infrastrutturazione in FTTH – in una parte importante del territorio nazionale, in competizione con l'operatore che avrebbe beneficiato di aiuti di Stato. Ne deriva che la rilevanza preponderante accordata dall'AGCM

all'intento, sulla base di affermazioni estemporanee di alcuni dipendenti di TIM nelle comunicazioni interne, si è rivelata fuorviante nel momento in cui l'AGCM non ha verificato se tale asserito intento si fosse poi tradotto in comportamenti privi di giustificazione economica oggettiva e aventi una concreta idoneità escludente.

Così operando, l'AGCM ha disatteso le indicazioni della giurisprudenza, secondo la quale l'esistenza di un eventuale intento anticoncorrenziale è solo una delle circostanze di fatto, e non certo la principale, che possono essere prese in considerazione per valutare la strategia dell'impresa dominante (v., ex multis, C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale, EU:C:2022:379), mentre la conclusione che l'impresa interessata ha commesso un abuso di posizione dominante *“dovrebbe basarsi, in primo luogo, sull'accertamento oggettivo di una materiale attuazione del comportamento abusivo”* (T321/05, AstraZeneca/CE).

L'appellante rileva inoltre che la mera possibilità teorica di un effetto escludente è insufficiente, lo standard probatorio richiesto essendo quello della probabilità (v. C-209/10, Post Danmark I, cit., § 44, e C-23/14, Post Danmark II): sicché l'elemento soggettivo, ancor più se erroneamente identificato, non può supplire all'onere di provare comportamenti aventi oggettiva idoneità escludente e privi di giustificazione economica oggettiva (ex multis, C-413/14, Intel/CE).

17 - La censura è infondata.

Come emerge dall'esame delle censure precedenti, il procedimento in esame si basa su plurime ed eterogenee fonti di prova tutte convergenti nel senso di dimostrare come ognuna delle accertate condotte abusive fosse attuazione di un preciso piano volto a impedire, o comunque a rallentare, lo sviluppo del concorrente OF.

L'intento abusivo, ben lontano da una sana concorrenza sui meriti e, nello specifico, da una legittima reazione all'ingresso di un nuovo entrante sul mercato, è plasticamente dimostrato dalla copiosa documentazione posta a

corredo del provvedimento (*cf.* Corte di Giustizia, causa C-549/10, dove la Corte di Giustizia ha ritenuto “*normale che la Commissione avesse evocato fattori di natura soggettiva, ossia i motivi che sono sottesi alla strategia commerciale in questione*”).

In questa sede ci si limita a ricordare, richiamando il materiale istruttorio già citato, che quando TIM decide di investire nelle aree bianche, pochi mesi dopo averlo ufficialmente escluso per mancanza di redditività, lo fa in primo luogo per rispondere all’obiettivo aziendale di “*garantire che INF sospende l’aiuto di stato nelle aree in cui interveniamo con il piano autonomo*”; appare parimenti inequivocabilmente abusiva l’aspettativa che a seguito della comunicazione del rivisto piano degli investimenti ad INF “*Il nostro intervento inibisce l’avvio del tender su bando 2 per le aree che vogliamo includere*”.

17.1 - Contrariamente a quanto dedotto dall’appellante, la prospettazione dell’Autorità non si basa solo sulle intenzioni palesate da alcuni esponenti di TIM, da ritenersi comunque un elemento istruttorio significativo alla luce della giurisprudenza già citata, ma dalla loro lettura nel contesto nel quale si collocano, tenuto conto della successione cronologica delle iniziative concretamente assunte da TIM e dalla oggettiva idoneità escludente di ciascuna singola condotta contestata.

Nell’esame delle censure che precedono si è compiutamente dato conto di tali elementi e del loro particolare significato probatorio.

In questa sede ci si limita a ricordare come l’Autorità abbia portato idonei elementi di prova che anche il ricorso al “contenzioso impulsivo” ubbidisce al medesimo piano escludente; così come appare difficile sostenere che l’AGCM non abbia provato la strategia escludente delle sensibili riduzioni dei prezzi di accesso VULA FTTH quando le stesse venivano presentate come rivolte ad attuare “*una strategia aggressiva sul mercato fibra... finalizzata a sottrarre scala ai competitor infrastrutturali mettendone a rischio la sostenibilità nel M/L termine*”.

È ugualmente prova di un piano strategico volto a limitare lo sviluppo del concorrente con strumenti diversi dalla concorrenza sui meriti la presentazione della nuova offerta Easy Fiber in cui si indica che i suoi *“obiettivi, a fronte di sconti sui canoni (limitati) e sui contributi di attivazione (di poco superiori al 20%), sono quelli di: Frenare l’infrastrutturazione autonoma degli OLO (cabine/+ SUL) che determina dei costi variabili decrescenti al crescere del numero di clienti con conseguente pressione sui prezzi retail; Drenare mercato da EOF”*.

Questo Consiglio ha già affermato che *“se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un’impresa dominante è di restringere la concorrenza, un tale comportamento è di per sé pregiudizievole, in quanto può anche comportare tale effetto”* (Cons. St. n. 2727/21; Cons. St. n. 5401/19).

17.2 – Come già rimarcato, il provvedimento non si limita a mettere in luce l’unitario intento abusivo perseguito da TIM con ciascuna condotta, ma ne ha verificato la materiale attuazione e ne ha valutato l’idoneità concreta a incidere in modo abusivo sul mercato.

Quanto ai progetti di investimento, la piena integrazione dell’illecito è stata corroborata da una analisi dei documenti e degli elementi presi in esame da TIM prima della loro implementazione, denotante l’assenza di un’autonoma razionalità economica, che la consulenza disposta nel presente giudizio, alle cui conclusioni si rimanda, ha inequivocabilmente confermato.

L’intento strumentale delle azioni giudiziarie intraprese è confermato dalla numerosità delle stesse, concentrate in un ben determinato periodo e dal loro esito sempre negativo per TIM.

L’analisi oggettiva delle offerte tariffarie – repentino abbassamento dei prezzi ed effetti leganti - porta a ritenere le stesse concretamente idonee allo scopo abusivo che si promettevano di raggiungere, come spiegato nell’esame delle stesse.

Nello specifico, come già rilevato, dalla documentazione in atti emerge che gli effetti prodotti dal mutamento dell'offerta wholesale di TIM hanno verosimilmente avuto anche portata concreta, come è stato possibile dedurre osservando l'andamento delle vendite di servizi all'ingrosso di OF e di TIM, nel periodo che va dall'ingresso di OF sul mercato a dicembre 2018 (*cfr.* § 578).

Analogamente il provvedimento esamina la pressione (anti)competitiva esercitata da TIM con il dispiegamento di offerte contenenti meccanismi di lock-in, che ha distorto il processo competitivo (*cfr.* § 601 e ss.).

17.3 – La giurisprudenza (Consiglio di Stato, VI, 31 luglio 2019, n. 5401) ha già chiarito che *“una volta appurata l'astratta idoneità della condotta ad alterare il normale svolgimento del gioco concorrenziale, non occorre anche che se ne verifichino gli effetti concreti. L'illecito, in sostanza, si perfeziona con una condotta specifica, di per sé idonea a turbare il funzionamento corretto e la libertà stessa del mercato, nella misura in cui la stessa sia astrattamente idonea a produrre effetti anticoncorrenziali.”*

La sufficienza dell'accertamento della mera idoneità delle condotte a determinare effetti distorsivi della concorrenza è inoltre costantemente ribadita dalla giurisprudenza europea già citata (vedasi punto 4 della presente sentenza nonché Tribunale Ue, del 17 dicembre 2003, causa T219/99 dove si dice che *“qualora un'impresa in posizione dominante ponga effettivamente in essere una pratica che produca un effetto preclusivo nei confronti dei propri concorrenti, la circostanza secondo cui il risultato voluto non sia stato raggiunto non è sufficiente ad escludere la sussistenza di un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE”*).

In ogni caso, nel caso in esame, come innanzi rilevato, le condotte hanno anche prodotti effetti concreti sul mercato, smentendo l'assunto di parte appellante, salvo quanto di seguito precisato a proposito della equa determinazione della sanzione.

Infine, non appaiono risolutive neppure le analisi relative alla quota di mercato di TIM, così come gli studi da ultimo prodotti, tenuto anche conto che la stessa Commissione UE negli Orientamenti considera quali prove di una effettiva preclusione tanto la circostanza che la quota di mercato dell'impresa dominante sia cresciuta, quanto la circostanza che *“la sua diminuzione può essere stata rallentata”*.

18 – L'appellante, in via subordinata, ha chiesto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia delle seguenti questioni interpretative:

“Se l'art. 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che:

1) per affermare la concreta idoneità escludente di un'asserita strategia unitaria dell'impresa dominante, l'autorità della concorrenza è tenuta a dimostrare in maniera specifica e dettagliata – spingendosi al di là di semplici ipotesi e sulla base di elementi di prova tangibili – l'effettiva capacità potenziale della strategia abusiva nel suo insieme e delle singole condotte ad essa funzionali di produrre tali effetti di preclusione, mediante l'utilizzo di mezzi diversi da quelli riconducibili alla nozione di concorrenza fondata sui meriti, quand'anche tali effetti non si siano in concreto prodotti [in relazione ai motivi II e VII];

2) qualora un'impresa in posizione dominante elabori un piano di investimenti, l'autorità di concorrenza, al fine di accertare la concreta idoneità escludente e la natura abusiva di tale piano, è tenuta a provare l'assenza di redditività e di razionalità economica degli investimenti in questione, nella specifica configurazione con cui essi sono stati concretamente intrapresi, prendendo specificamente posizione sugli elementi probatori offerti dall'impresa a supporto della loro adeguata sostenibilità economica e dell'inidoneità degli stessi a compromettere l'equilibrio economico e finanziario dei concorrenti;

3) qualora un'impresa in posizione dominante elabori un piano di investimenti redditivi e razionali da un punto di vista economico, nella specifica configurazione con cui essi sono stati concretamente intrapresi,

non le può essere contestato alcun comportamento opportunistico né può aver alcun rilievo alcun preteso soggettivo intento escludente;

4) non è possibile affermare il carattere abusivo di un piano di investimenti intrapresi dall'impresa in posizione dominante qualora agli stessi non abbia fatto seguito, in virtù di circostanze sopravvenute, la concreta commercializzazione dei beni o servizi alla produzione dei quali tali investimenti erano diretti [in relazione al motivo III];

5) esso vieta a un'impresa in posizione dominante di intentare azioni giudiziarie contro un'impresa concorrente solamente ove risulti integrata la duplice condizione che tali azioni non possano essere ragionevolmente considerate come dirette a far valere i diritti dell'impresa ricorrente, e pertanto siano meramente defatigatorie, e che siano concepite nell'ambito di un piano della stessa avente lo scopo di eliminare la concorrenza; ovvero se possa dirsi sufficiente l'intento escludente dell'impresa dominante, in particolare qualora le azioni da essa promosse non abbiano avuto successo [in relazione al motivo IV];

6) qualora l'autorità nazionale della concorrenza contesti il carattere abusivo di una pratica tariffaria dell'impresa dominante, essa è tenuta, ai fini dell'accertamento dell'illecito, a un onere di motivazione rafforzata qualora le offerte tariffarie contestate siano state oggetto di approvazione ex ante da parte dell'autorità regolatoria di settore in quanto ritenute replicabili da parte dei suoi concorrenti (a fortiori qualora questi ultimi, nel periodo rilevante, abbiano incrementato le proprie quote di mercato[in relazione ai motivi V e VI];

7) l'intento dell'impresa dominante di partecipare al confronto concorrenziale con il nuovo entrante, anche mediante la realizzazione di un importante piano di investimenti, può essere fonte di responsabilità soltanto nella misura in cui risulti provato che a tale intento si è accompagnato il ricorso a condotte aventi una concreta idoneità escludente, prive di sufficienti giustificazioni in base a considerazioni di

efficienza e irrazionali perché comportano il sacrificio di potenziali profitti, come tali non riconducibili alla nozione di concorrenza normale e abusive” [in relazione al motivo VII];

18.1 - Il Collegio, anche in considerazione delle rilevanti riflessi sulla responsabilità del Giudice in *subiecta materia*, è consapevole che “*quando una questione è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è ...tenuto a presentare alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale*” (cfr. articolo 267, terzo comma, TFUE).

Tuttavia, nel caso di specie, alcuna reale ed effettiva questione può dirsi sollevata da TIM, né appare comunque configurabile un dubbio interpretativo sulla portata dell’art. 102 TFUE.

Invero, i quesiti innanzi testualmente trascritti non implicano alcun contrasto interpretativo o alcuna necessità di delineare la fattispecie astratta della violazione di cui all’art. 102 cit. Gli stessi paiono invece risolversi nel tentativo di richiedere alla Corte di Giustizia di valutare se i fatti concreti, attinenti a pressoché tutti i punti oggetto di attenzione nel provvedimento, integrino la fattispecie dell’abuso di posizione dominante contestata; in altri termini, ciò che TIM chiede di demandare alla Corte di Giustizia è la valutazione del merito della causa, da ritenersi inammissibile alla stregua dei principi espressi dal Giudice europeo. Al giudice nazionale, invero, appartiene in via esclusiva il potere di decidere la controversia e di valutazione dei fatti e delle emergenze istruttorie (cfr. sentenza, 19 marzo 1964, causa 75/63, Unger; sentenza, 26 settembre 1996, causa C-341/94). Al Giudice nazionale remittente spetta applicare le norme di diritto comunitario al caso concreto; pertanto: “*la Corte non è competente a pronunciarsi sui fatti della causa principale, dato che tali questioni rientrano nella competenza esclusiva del giudice nazionale (sentenza 22*

giugno 2000, causa C-318/98, Fornasar e a., Racc. pag. I-4785, punto 32)” (sentenza 16.10.2003, Causa C-421/01).

La strumentalità delle richieste di rinvio pregiudiziale riceve un’indiretta conferma dalla stessa TIM ove, a fronte delle contestazioni avversarie al riguardo, si spinge ad affermare che *“non spetta a TIM formulare le domande alla Corte di Giustizia, bensì all’Ecc.mo Consiglio di Stato, il quale potrà – se lo ritiene necessario – modificarle come ritiene più opportuno o individuarne di nuove”*, disvelando così come non sussista una ben precisa questione pregiudiziale che meriti di essere rimessa alla Corte.

Avvalora tale conclusione il fatto che la richiesta di rinvio alla Corte con l’indicazione delle questioni interpretative è stata formulata da TIM per la prima volta in secondo grado, peraltro neppure con l’atto di appello, ma con la memoria depositata per l’udienza del 25.05.23.

18.2 – In ogni caso, come anticipato, i quesiti proposti non delineano quale possibile diversa interpretazione astratta della norma comunitaria possa in ipotesi predicarsi (*cf.* Cons. St., sez. VI, n. 5998 del 2017: *“il rinvio ex art. 267 TFUE non è necessario laddove le precisazioni interpretative risultano sufficientemente chiare, nella loro ratio applicativa e nella loro riferibilità al caso in esame”*).

Le questioni dedotte non appaiono inoltre “nuove” rispetto ai principi già affermati dalla giurisprudenza in relazione all’applicazione dell’art. 102 TFUE (vedasi la giurisprudenza già citata nel corpo della presente sentenza, nonché anche i recenti arresti: CGUE 12 maggio 2022, Causa C-377/20 e CGUE 19 gennaio 2023, Causa C 680/20), trattandosi invece di applicare i detti principi ai fatti di causa, essendo peraltro ovvio che ciascuna specifica vicenda presenta le caratteristiche fattuali sue proprie che la diversifica dalle altre, e non per questo ciò può automaticamente implicare il necessario intervento della Corte di Giustizia che, diversamente, verrebbe investita di tutte le controversie in materie antitrust.

18.3 – Fermo il fatto che l’inammissibilità e l’irrelevanza dei quesiti proposti dall’appellante si coglie anche dalla motivazione esposta in relazione alle singole censure innanzi esaminate e dalla giurisprudenza ivi richiamata alle quali si rimanda, di seguito si evidenzieranno comunque in modo sintetico le ragioni del mancato rinvio, in riferimento a ciascun quesito:

- quanto al primo, al quarto e al settimo quesito, la prova dell’idoneità escludente – senza che si producano anche i relativi effetti - quale elemento necessario e sufficiente ad integrare una violazione dell’art. 102 TFUE è stata affermata in modo coerente in molte decisioni della Corte di Giustizia UE (C-165/19 P - Slovak Telekom; Post Danmark; C-23/14 - Post Danmark II). In particolare, con la sentenza del 12 maggio 2022 (causa C-377/20) la Corte ha, tra l’altro, affermato i seguenti principi: a) *“l’articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, al fine di accertare se una pratica costituisca uno sfruttamento abusivo di posizione dominante, è sufficiente che un’authority garante della concorrenza dimostri che tale pratica è idonea a pregiudicare la struttura di effettiva concorrenza sul mercato rilevante, a meno che l’impresa dominante in questione non dimostri che gli effetti anticoncorrenziali che possono derivare da detta pratica sono controbilanciati, se non superati, da effetti positivi per i consumatori, in particolare in termini di prezzi, di scelta, di qualità e di innovazione”*; b) *“l’articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, al fine di escludere il carattere abusivo di una condotta di un’impresa in posizione dominante, deve essere considerata non sufficiente, di per sé, la prova, addotta dall’impresa in questione, che tale condotta non ha prodotto effetti restrittivi concreti. Tale elemento può costituire un indizio dell’incapacità della condotta in questione di produrre effetti anticoncorrenziali, il quale, tuttavia, dovrà essere integrato da altri elementi di prova volti a dimostrare tale incapacità”*. Nel caso in esame, il provvedimento, come innanzi evidenziato, dà ampiamente conto della

concreta idoneità escludente della strategia posta in essere da TIM; quest'ultima non ha invece allegato alcun ipotetico vantaggio per i consumatori prevedibile al tempo della condotta. Da un altro punto di vista, non sussiste la prova dell'incapacità delle condotte di TIM di restringere la concorrenza, essendo anzi emerso che le attività dalla stessa poste in essere hanno plausibilmente ritardato l'aggiudicazione in favore di OF e hanno permesso a TIM di coprire parte delle aree oggetto dell'intervento pubblico, il provvedimento ha inoltre messo in luce gli effetti restrittivi derivanti dalle manovre sulle offerte sia nel mercato all'ingrosso che retail;

- quanto al secondo, al terzo e al settimo quesito, si è già detto di come l'Autorità abbia concretamente provato l'assenza di razionalità degli investimenti ideati ed intrapresi da TIM, come del resto confermato dall'esito dell'accertamento peritale disposto dal Collegio, da cui l'irrelevanza dei dubbi posti dall'appellante;
- quanto al quinto quesito, deve giungersi alla medesima conclusione della sua irrilevanza, dovendosi valutare l'aspetto delle azioni giudiziarie intentate da TIM non come un'autonoma fattispecie di sham litigation, le cui caratteristiche sono già state delineate dalla giurisprudenza europea, citata anche dall'appellante, bensì nell'ambito della complessiva strategia escludente elaborata da TIM (vedasi punti 6 e ss. e 11.3 della presente sentenza); l'Autorità, anche in riferimento a tale condotta, ha raccolto numerose prove, innanzi richiamate, circa il reale intendimento di TIM, dovendosi pertanto collocare la stessa all'interno della più ampia strategia escludente;
- quanto al sesto quesito, la Corte di Giustizia UE, nella sentenza C-280/08-Deutsche Telekom, ha già riconosciuto che la presenza di un atto di approvazione o ratifica da parte del Regolatore delle condotte investigate non impedisce all'autorità della concorrenza di sindacare e condannare la medesima condotta. Nel caso di specie, come già evidenziato, l'Autorità ha motivato le ragioni dell'inclusione delle nuove offerte nel perimetro

dell'abuso, fornendo adeguati elementi di riscontro (vedasi punti 6 e ss. e 11.3 della presente sentenza).

Alla luce delle considerazioni che precedono va disattesa la richiesta di rinvio pregiudiziale formulata dall'appellante.

19 – In definitiva deve concludersi nel senso dell'infondatezza dei motivi di appello, dovendosi per l'effetto confermare appieno l'impianto accusatorio del provvedimento impugnato.

Riassuntivamente, i rilievi di parte appellante che, con diversi accenti, ha contestato l'integrazione delle singole condotte contestate, la loro portata anticompetitiva, il loro nesso funzionale e l'idoneità escludente non risultano idonei a superare le valutazioni svolte dall'Autorità che, come innanzi illustrato, trovano una solida conferma in plurimi, eterogeni e significativi elementi di prova, che vanno nella medesima direzione avvalorandosi a vicenda, quali: - le caratteristiche oggettive delle condotte contestate; - le risultanze documentali che palesano l'intento abusivo; - la conferma peritale della correttezza e delle valutazioni espresse dall'Autorità relativamente ai pinai di investimento; - la relazione logico temporale che caratterizza, legandole tra loro, le singole condotte.

Per mero scrupolo, giova inoltre precisare che *“l'eventuale sussistenza di alcuni profili di discrasia nel quadro indiziario non sarà idonea a travolgere la complessiva tenuta dell'impianto accusatorio, salvo nelle ipotesi”* — che qui non sussistono — *“in cui le incongruenze risultino di tale gravità e rilevanza da compromettere la coerenza complessiva del quadro ricostruttivo delineato dall'Autorità”* (Consiglio di Stato, 18 maggio 2015, n. 2514).

20 - Con l'ottavo motivo l'appellante contesta che il TAR abbia disatteso le censure formulate nel ricorso avverso l'irrogazione della sanzione, nonostante l'assenza della gravità dell'infrazione.

Per l'appellante, nella sentenza impugnata non si rinviene alcuna disamina delle censure formulate nel ricorso, dal momento che la motivazione

sarebbe consistita nella pura e semplice adesione al provvedimento.

Con l'appello - premesso che ricorre una violazione "grave" dell'art. 102 TFUE solo laddove la condotta presenti una "*oggettiva attitudine a produrre effetti anticoncorrenziali*" e sia suscettibile "*di causare un pregiudizio significativo alle dinamiche competitive dei mercati*" - TIM insiste nel prospettare che la violazione non sarebbe grave e ciò imporrebbe una riduzione della sanzione.

A tal fine l'appellante deduce che:

- le condotte contestate non presentavano, nemmeno in astratto, un'oggettiva idoneità a precludere l'accesso al mercato a concorrenti altrettanto efficienti;
- nessuna delle condotte ha avuto effetti anticoncorrenziali;
- una sanzione sarebbe stata comunque ingiustificata in ragione dei problemi nuovi e complessi affrontati nel procedimento;

20.1 – Per l'appellante tali circostanze avrebbero dovuto indurre l'AGCM a non irrogare alcuna sanzione o, tutt'al più, a comminare una sanzione d'importo simbolico, ai sensi del punto 33 delle Linee Guida, come verificatosi in altri casi assimilabili, considerando che il caso di specie è il primo in assoluto, in materia di diritto della concorrenza, nel quale sia stata ravvisata l'illiceità di: i) un piano di investimenti, ossia di una condotta ritenuta per sua natura pro-competitiva; ii) proposte tariffarie indirizzate al regolatore, nell'ambito di procedure discrezionali di approvazione delle tariffe stesse, in applicazione degli obblighi di orientamento al costo; iii) presunte offerte leganti, la cui replicabilità da parte dei concorrenti sia reputata accertata dalla stessa AGCM.

20.2 - Con il nono motivo l'appellante censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha disatteso le doglianze sulla illegittima applicazione dei criteri di quantificazione della sanzione.

L'appellante al riguardo prospetta che:

- quanto al valore delle vendite ed alla percentuale individuata in funzione della gravità della violazione, l'AGCM avrebbe erroneamente: – incluso nel valore delle vendite (a) il fatturato relativo alle vendite realizzate da TIM sul mercato dei servizi al dettaglio; (b) il fatturato relativo alle aree non appartenenti al medesimo mercato geografico rilevante; (c) applicato una percentuale (5%) sproporzionata, omettendo di considerare, in violazione degli artt. 11 e 14 delle proprie Linee guida, la totale mancanza di effetti delle condotte contestate sul mercato wholesale e l'impatto estremamente limitato della condotta di lock-in.

In merito alla durata della contestata infrazione, l'appellante prospetta che il fatto che sia stata contestata una violazione unitaria non toglie che la durata del presunto illecito debba essere analizzata con riferimento alle singole condotte di cui la presunta strategia abusiva si è composta.

Tanto chiarito, per TIM la sentenza di primo grado merita di essere riformata, in quanto:

– non è sostenibile che il presunto attacco alle aree bianche sia cominciato quando TIM ha preannunciato ad Infratel di voler cambiare i piani di investimento, dato che l'inizio non può che coincidere con il momento in cui la società ha definitivamente deliberato ed esternato la volontà di procedere con il Piano Cassiopea (a marzo 2017);

– la condotta di pre-emption non può aver avuto inizio dalla data della presentazione all'AgCom dei nuovi profili di servizio per il VULA FTTH 30 (febbraio 2017) ma, invece, dalla commercializzazione delle offerte all'ingrosso, che la stessa AgCom ha fatto decorrere dall'ultimo trimestre 2017;

– la presunta condotta di regulatory gaming non è cessata ad agosto 2018 perché risale invece al luglio 2017 il primo elemento di rottura del comportamento tenuto da TIM nei confronti del nuovo entrante, vale a dire, l'interruzione spontanea del piano di investimenti e di qualsiasi uso dei cabinet già realizzati;

– la presunta condotta di lock-in non poteva essere ancora in corso a settembre 2019.

21 – Le censure, che possono essere esaminate congiuntamente, possono trovare accoglimento nei termini di seguito precisati.

Alla luce della disamina che precede, risulta confermato che i comportamenti posti in essere da TIM integrano un'unica e articolata strategia abusiva di natura escludente, suscettibile di ostacolare lo sviluppo di forme di concorrenza infrastrutturale nel mercato dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa a banda larga e ultralarga.

Considerato il contesto nel quale si colloca, non può essere messa in discussione la gravità dell'infrazione. TIM ha, infatti, ostacolato una complessa iniziativa – anche tramite la concessione di finanziamenti pubblici - volta a garantire che in tutto il territorio nazionale vi fosse la disponibilità di connessioni a banda ultralarga, nel tentativo di prolungare il proprio potere di mercato con riflessi anche nel segmento rivolto ai consumatori finali.

21.1 - Siccome le condotte hanno riguardato una articolata strategia anticompetitiva finalizzata a ostacolare l'ingresso sul mercato di concorrenti infrastrutturali nel mercato dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa a banda larga e ultralarga (mercato wholesale), incidendo direttamente anche sul mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio su rete fissa a banda larga e ultralarga (mercato retail), l'Autorità ha correttamente preso come base il valore delle vendite in detti due ambiti.

Tale valore è stato correttamente rilevato con riferimento all'anno 2018, l'ultimo anno completo di attuazione dell'infrazione, e all'ultimo bilancio di TIM approvato, tenuto conto del fatto che parte delle condotte contestate sono state ritenute ancora in corso al momento dell'adozione del provvedimento.

21.2 - Avuto riguardo alle caratteristiche dell'infrazione ed agli intenti di TIM palesati dalla documentazione versata in atti, appare corretta la

valutazione di cui al provvedimento per cui l'attacco all'infrastrutturazione delle aree bianche è cominciato fin da quando TIM ha reso noto ad Infratel di voler cambiare i propri piani di investimento, dovendosi ritenere tale condotta concretamente idonea a perseguire l'intento di "bloccare" le gare. Trattandosi, per le ragioni già ampiamente illustrate di un'infrazione unitaria, non appare possibile seguire l'impostazione di parte appellante volta ad individuare date di inizio dell'infrazione separate per le singole condotte che compongono l'unitaria strategia di TIM.

Quanto alla "fine" dell'infrazione, come giustamente il provvedimento sottolinea, la stessa non era in realtà cessata al momento della chiusura dell'istruttoria e, venendo in considerazione una violazione unitaria, non può essere operata una retrodatazione della cessazione dell'illecito all'interruzione solo di alcune delle condotte funzionali all'attuazione della strategia abusiva.

21.3 – Risultano parimenti infondate le deduzioni relative alla presunta disparità di trattamento rispetto a casi assimilabili, dovendosi dar continuità all'orientamento espresso dalla Sezione, secondo la quale *"non sussiste un interesse giuridicamente rilevante a contestare l'entità della sanzione irrogata a un'altra impresa, atteso che quand'anche la diversità di trattamento fosse in concreto dimostrata, ciò resterebbe del tutto irrilevante ai fini del giudizio di legittimità del trattamento asseritamente deteriore patito dal ricorrente"* (Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2513 e n. 2514; Id., Sez. VI, 11 gennaio 2023, n. 367).

22 - Ferma la correttezza del procedimento seguito dall'Autorità nel calcolo della sanzione, nel caso di specie, può tuttavia addivenirsi ad una ulteriore riduzione dell'importo della sanzione, determinata dall'Autorità in €116.099.937,60.

Al riguardo, va dato atto che il provvedimento ha riconosciuto una prima riduzione, pari al 5%, in considerazione della revisione del programma di compliance di TIM. Altra riduzione, pari al 15%, è stata applicata per

tenere conto delle limitate vendite delle offerte VULA FTTH e Easy fiber. Una amplissima riduzione, pari al 70%, è stata inoltre disposta in applicazione dell'art. 34 delle Linee Guida, per valorizzare ulteriormente le iniziative con le quali TIM ha ridimensionato l'impatto dell'infrazione nel mercato al dettaglio.

Contrariamente agli assunti di parte appellante, nel caso di specie, è stato altresì dimostrato che le condotte abusive hanno anche prodotto, almeno in parte, i loro effetti, o parte di essi, sui mercati wholesale e retail dei servizi in questione. Nondimeno, l'evoluzione della vicenda come di seguito ricordata ed il grado di intensità degli effetti delle violazioni sanzionate, già valorizzato dall'Autorità che ha ridotto in modo consistente l'importo base, possono giustificare un'ulteriore mitigazione del trattamento sanzionatorio, tenuto anche conto che l'art. 134 c.p.a. assegna al Giudice una giurisdizione di merito sulle sanzioni amministrative, anche delle Autorità amministrative indipendenti (*cf.* Cons. St. 5664/2024).

La piena giurisdizione estesa al merito è, del resto, considerata una *“garanzia supplementare a favore delle imprese di un controllo assolutamente rigoroso da parte di un tribunale indipendente e imparziale sull'importo dell'ammenda che è stata loro inflitta”* (conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa Commissione/Tomkins, C-286/11; v., inoltre, le conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa Telefónica e Telefónica de España/Commissione, C-295/12 P, punto 107, e giurisprudenza ivi citata). Secondo la Corte di Giustizia questa giurisdizione *“autorizza il giudice, al di là del mero controllo di legittimità della sanzione, a sostituire la sua valutazione a quella della Commissione e, di conseguenza, a eliminare, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità inflitta”* (Corte di Giustizia dell'Unione europea, 27 aprile 2017, causa C-469/15 P).

22.1 - Declinando tali coordinate ermeneutiche al caso di specie, deve osservarsi che, sebbene la condotta sia stata indubbiamente grave e

nonostante l’Autorità abbia delineato anche gli effetti concretamente prodottisi sui diversi mercati interessati, questi non sembrano, anche il per il tempestivo intervento dell’Autorità, aver impedito la conclusione delle gare, né la possibilità per OF di operare sul mercato, avendone invece “solo” ostacolato l’ingresso nel mercato.

Sempre in riferimento agli effetti concreti prodottisi dalla strategia abusiva di TIM ed in particolare in relazione all’attuazione dell’investimento di TIM - sicuramente mosso da un intento illecito nel momento della sua originaria implementazione ed oggettivamente idoneo a spiazzare il nuovo entrante e, pertanto, giustamente sanzionato - va osservato che tale investimento, in ragione dei successivi eventi straordinari, stante l’eccezionale momento storico legato all’emergenza epidemiologica 2020 – 2021, si è tuttavia rivelato essere vantaggioso per il sistema delle comunicazioni nazionale.

Al riguardo, TIM ha riferito che in data 20.3.2020, l’AgCom ha adottato una circolare (Prime misure in attuazione dell’art. 82 del Decreto “Cura Italia”, vale a dire, la disposizione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, rubricata “Misure destinate agli operatori che forniscono reti e servizi di comunicazioni elettroniche”), richiedendo a tutti gli operatori di approfondire il massimo sforzo per incrementare le connessioni UBB sul territorio nazionale. In ottemperanza alla circolare citata, il 7.4.2020 TIM ha ricominciato ad attivare i cabinet e a commercializzare profittevolmente i propri servizi nelle aree bianche, con copertura con tecnologia FTTC, rendendoli disponibili alle proprie divisioni interne e agli OLO, nel rispetto delle condizioni di parità di trattamento interna/esterna.

Seppure tali evenienze non rilevino in punto di integrazione dell’illecito, appare comunque equo valorizzarle al fine della dosimetria della sanzione.

Alla luce delle considerazioni che precedono si può infatti ragionevolmente concludere che la strategia attuata da TIM, pur avendo avuto effetti concreti sui mercati interessati, non ha raggiunto un grado di intensità tale

da pregiudicare irrimediabilmente il nuovo entrante, essendosi oltretutto paradossalmente rivelata utile al sistema nell'eccezionale momento storico innanzi richiamato.

Per tali ragioni appare equo, in applicazione ai sensi dell'art. 134, comma 1, lett. c), c.p.a., operare una riduzione del 25% dell'importo della sanzione stabilito dall'Autorità.

23 – In definitiva, il ricorso in appello va respinto, salva la rideterminazione della sanzione nei termini innanzi precisati.

Si precisa che le questioni esaminate e decise esauriscono la disamina dei motivi di appello, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante; *cfr.*, *ex plurimis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 settembre 2021, n. 6209; *Id.*, 13 settembre 2022, n. 7949), con la conseguenza che gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

23.1 – Vista la sostanziale, e comunque del tutto prevalente, soccombenza di parte appellante, ferme le statuizioni in punto di spese di lite di cui alla sentenza impugnata, TIM deve essere condannata alla refusione delle spese di lite del presente giudizio, liquidate come in dispositivo, in favore dell'Autorità appellata; mentre rispetto alle altre parti le spese di lite possono essere compensate.

23.2 – Sull'appellante vanno altresì poste le spese della CTU, come di seguito liquidate.

A tal fine va fatta applicazione dei criteri dettati dagli artt. 49 e 50 del DPR n. 115/2002 (T.U. Spese di Giustizia), tenendo conto delle tabelle approvate con il DM Giustizia n. 182 del 30 maggio 2002 ed in particolare di quella concernente la perizia o consulenza tecnica in materia amministrativa, contabile e fiscale di cui all'art. 2.

Nella richiesta di liquidazione si è fatto riferimento al valore minimo (pari ad €552.635) applicandosi condivisibilmente, per importi superiori al limite tabellare, l'ultimo scaglione progressivo della relativa voce tabellare, come da criterio già applicato dai Tribunali ordinari di Milano e di Roma.

Avuto riguardo alla natura dell'incarico ed ai quesiti peritali – che richiedevano anche di valutare i progetti di investimento di TIM – appare, quantomeno in parte, applicabile l'art. 3 DM 182/2002 (*“per la perizia o la consulenza tecnica in materia di valutazione di aziende, enti patrimoniali, situazioni aziendali, patrimoni, avviamento, diritti a titolo di risarcimento di danni, diritti aziendali e industriali nonché relativi a beni mobili in genere, spetta al perito o al consulente tecnico un onorario determinato ai sensi dell'articolo precedente e ridotto alla metà”*), potendosi quindi rideterminare il predetto importo indicato dei consulenti in una misura inferiore, pur senza ridurlo integralmente della metà come previsto dall'art. 3 cit., dal momento che, come detto, l'indagine demandata ai consulenti non era limitata alla sola e mera valutazione di una *“situazione aziendale”*.

Nella liquidazione è stato correttamente richiamato l'art. 53 del T.U. Spese di Giustizia per cui: *“Quando l'incarico è stato conferito ad un collegio di ausiliari il compenso globale è determinato sulla base di quello spettante al singolo, aumentato del quaranta per cento per ciascuno degli altri componenti del collegio a meno che il magistrato dispone che ognuno degli incaricati deve svolgere personalmente e per l'intero l'incarico affidatogli.”*

In definitiva, tenuto conto della rilevanza della causa, della sua complessità (desumibile dal suo oggetto e dal tenore delle censure proposte dai ricorrenti), dell'attività svolta e delle connesse responsabilità di cui i consulenti sono stati investiti, delle tempistiche con le quali si è di fatto espletata, il Collegio, applicati gli scaglioni di cui all'art. 2 del DM citato come da notula degli stessi consulenti e con una commisurazione prossima ai minimi tabellari, tenuto conto degli ulteriori parametri innanzi richiamati

(art. 3 del DM 182/2002 e art. 53 del DPR 115/2002) liquida in favore dei consulenti la somma complessiva di €750.000 (€250.000 per ciascuno) oltre accessori come per legge, dedotto quanto già versato a titolo di acconto.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), respinta ogni ulteriore istanza delle parti, anche istruttoria, accoglie in parte l'appello nei termini di cui in motivazione e, in parziale riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado solo limitatamente alla commisurazione della sanzione irrogata, che va ridotta del 25%; per il resto, respinge l'appello e conferma il provvedimento impugnato.

Condanna parte appellante alla refusione delle spese di lite in favore dell'Autorità appellata, che si liquidano in €10.000, oltre accessori come per legge se dovuti, compensandole rispetto alle altre parti del giudizio.

Pone a carico dell'appellante le spese della CTU, come liquidate in motivazione.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 10 ottobre 2024 e 24 ottobre 2024, con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

Davide Ponte, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere

Giovanni Gallone, Consigliere

L'ESTENSORE
Giordano Lamberti

IL PRESIDENTE
Hadrian Simonetti

IL SEGRETARIO