

## Regolazione, concorrenza e sindacato giurisdizionale: il potere di controllo sui prezzi dell'AGCOM nel mercato delle comunicazioni elettroniche

di Valeria Aveta

Data di pubblicazione: 4-3-2020

*Con riferimento alle modalità di verifica della replicabilità, sulle offerte al dettaglio dell'impresa verticalmente integrata, gli Uffici dell'Autorità sono chiamati ad applicare sia i test di verifica del prezzo di tipo DCF, sia i test di verifica mediante il metodo "period by period. Le ipotesi di verifica semplificate vanno intese in termini tanto precisi quanto rigorosi, pena l'azzeramento o comunque il superamento del metodo generale, individuato quale primaria garanzia di concorrenza nel mercato e quale strumento necessario al fine di correggere le problematiche derivanti dalla presenza sul mercato di un unico operatore verticalmente integrato.*

*In materia di provvedimenti tecnici delle Autorità amministrative indipendenti, pur non potendo il giudice sostituirsi all'Amministrazione in ciò che è ad essa riservato, in ordine al merito della funzione amministrativa, il sindacato giurisdizionale non può limitarsi ad un esame estrinseco della valutazione discrezionale (secondo i noti parametri di logicità, congruità e completezza dell'istruttoria) ma deve estendersi, invece, dall'esatta rappresentazione dei fatti all'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della correttezza dei criteri applicati, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie rilevante: quanto sopra in coerenza con il principio - costituzionale e comunitario - di effettività della tutela giurisdizionale*

La sentenza in commento trae origine da una vertenza promossa dalla società "OLO" Vodafone S.p.A. volta ad ottenere l'annullamento degli atti con cui l'AGCOM aveva approvato la commercializzazione di talune offerte da parte della concorrente società "SMP" Telecom Italia S.p.A., omettendo di operare i dovuti controlli circa la replicabilità dell'offerta, tenuto conto – tra l'altro - della posizione dominante della società verticalmente integrata sul mercato delle comunicazioni elettroniche.

Il giudizio di primo grado si era concluso con sentenza di accoglimento parziale: il T.A.R. Lazio aveva disposto che le offerte contestate dovessero essere rivalutate dall'Autorità, dapprima in forma aggregata e complessiva, con riguardo all'intero periodo di riferimento e poi - solo in caso di verifica di significativo impatto sulle dinamiche competitive nei mercati al dettaglio – le stesse dovevano essere sottoposte anche al test del "Period by Period".

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 1257 ha chiarito la natura, le caratteristiche e i limiti del potere regolatorio, con particolare riferimento ai poteri di controllo e alla necessità della duplice verifica di replicabilità dei prezzi da parte degli altri operatori del settore.

Attraverso l'analisi e l'interpretazione delle norme di regolazione, il giudice può operare un

sindacato pieno ed effettivo sui provvedimenti dell'autorità indipendenti, sindacato esteso anche all'accertamento dei fatti in applicazione di concetti giuridici indeterminati o di regole tecnico-scientifiche opinabili, al fine di evitare che la discrezionalità tecnica trasmodi in arbitrio specialistico.

## **Regolazione e antitrust: dal binomio alla regolazione pro-concorrenziale**

Nei mercati a rete, la tutela dell'equilibrio di mercato e la sua sopravvivenza involge sia misure di tipo regolatorio, tradizionalmente di carattere positivo e predisposte *ex ante* dall'Autorità Nazionale di Regolazione, sia misure di natura antitrust, di carattere tendenzialmente negativo e predisposte dall'Autorità Nazionale di Concorrenza *ex post*, come forme di garanzia.

Le due funzioni – regolatoria e antitrust – sono, in linea teorica, ben delineate, benché a tratti complementari.

La normativa antitrust - di matrice eurounitaria ma non scevra di copertura costituzionale – è destinata alla generalità degli operatori economici ed è volta a garantire il corretto svolgimento della libera iniziativa economica, mediante la predisposizione di regole poco invasive, che diventano via via più incisive e di carattere correttivo quando l'impresa conquista un rilevante potere di mercato.

Viceversa, la regolazione è destinata al controllo di taluni settori di mercato ben individuati a monte dal legislatore e comprende delle forme di intervento mirate, che contribuiscono a conformare il mercato dal suo interno, stabilendone gli equilibri<sup>[1]</sup>.

La necessità di istituire l'autorità di regolazione come potere indipendente con conoscenze tecniche specializzate discende dall'esigenza di fare un passo avanti rispetto alla semplice promozione della concorrenza, in vista della protezione di valori sociali, di interessi pubblici tutelati e – non da ultimo – della tutela del consumatore nella fruizione di servizi essenziali.

Nel bilanciamento tra misure regolatorie e misure pro-concorrenziali, il principio di proporzionalità costituisce il naturale limite all'intrusione del potere pubblico nell'economia; il principio di non discriminazione consente viceversa l'adozione di misure stringenti.

Con l'evoluzione normativa e giurisprudenziale, con il processo di liberalizzazione e il conseguente assorbimento dei principi della normativa antitrust nel patrimonio giuridico interno, la linea di demarcazione tra concorrenza e regolazione è divenuta in realtà sempre più sfumata e caratterizzata da una fitta interazione di concetti giuridici, competenze e funzioni<sup>[2]</sup>.

La permeabilità tra le due forme di intervento ha determinato non pochi problemi di coordinamento, sovrapposizioni di misure e conseguenti conflitti di competenza, contribuendo a creare un assetto dei rapporti dai contorni incerti, dove la disciplina settoriale dell'ANR e quelle generale dell'ANG si intrecciano in modo fluido.

## Il mercato delle comunicazioni elettroniche

Nel mercato delle comunicazioni elettroniche, l'introduzione del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, noto come Codice delle Comunicazioni elettroniche, e la successiva evoluzione normativa<sup>[3]</sup> hanno contribuito ad uniformare la materia mediante l'assorbimento dei principi pro-concorrenziali all'interno della regolazione di settore, in una logica di complementarità e condivisione di istituti e strumenti giuridici.

Il tale settore, infatti, il peculiare potere regolatorio attribuito alla ANR è propedeutico a consentire la sopravvivenza nel mercato di una pluralità di imprese che operino in regime di libera concorrenza, pur in presenza di un operatore che detiene una posizione di significativo controllo di mercato (cd. SMP). Tale posizione deriva dall'aver ereditato dall'ex monopolista statale le infrastrutture necessarie allo svolgimento in autonomia dell'attività.

In particolare, il mercato delle comunicazioni si caratterizza per la presenza di un'unica impresa verticalmente integrata che può operare in maniera del tutto indipendente e di altre imprese (cd. OLO, *Other Licenced Operator*) che sono, al contempo, clienti della società SMP nel mercato a monte (relativo all'input necessario per la prestazione del servizio) e dirette concorrenti della stessa nel mercato a valle (relativo all'output nei confronti del cliente finale e consumatore).

Da tale posizione di mercato, deriva che la variazione dell'offerta della SMP in termini di aumento del prezzo dell'input, ovvero di eccessiva riduzione del prezzo dell'output, determina la compressione dei margini di guadagno delle imprese concorrenti, con effetto escludente.

Tale fenomeno, noto come "*margin squeeze*", è di natura ibrida e trasversale tra la disciplina regolatoria e quella antitrust: esso è soggetto alla disciplina regolatoria in quanto afferisce ad un mercato tutelato ove è presente un solo soggetto verticalmente integrato; è altresì soggetto all'applicazione di misure antitrust in quanto la pratica della compressione ai margini rientra nel *genus* dell'abuso di posizione dominante mediante politiche di prezzi predatorie, assimilabile pertanto ad una ipotesi di sfruttamento abusivo di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE.

La forza economica di cui gode la SMP è quindi bilanciata dalla predisposizione di misure regolatorie con effetti limitativi della libera concorrenza, volti ad evitare il fallimento del mercato e il ritorno ad una situazione di monopolio di fatto. In altri termini, la concorrenza – tutelata in quanto manifestazione della libertà di iniziativa economica dei privati – necessita, per sopravvivere, anche di misure limitative della libertà stessa.

Sul punto, le Corti europee<sup>[4]</sup> hanno confermato il principio di applicabilità delle regole di concorrenza anche in presenza di specifiche regolazioni settoriali, in quanto "*le norme in materia di concorrenza previste dal trattato CE completano, per effetto di un esercizio di controllo ex-post, il contesto normativo adottato dal legislatore dell'Unione ai fini della regolamentazione ex-ante dei mercati delle Telecomunicazioni*"

Le misure volte al controllo sui prezzi si concretizzano, tra l'altro, nel potere riconosciuto all'AGCOM di prescrivere il rispetto di determinati massimali e di sottoporre a verifica le tariffe e le offerte di mercato prima della loro messa in commercio, nell'ottica della non discriminazione tra gli operatori di mercato.

## **Il controllo sui prezzi e i test di replicabilità**

Per valutare se si è in presenza di politiche predatorie sui prezzi e arginare il fenomeno del *margin squeeze*, l'Autorità di regolazione ha il potere di controllare la replicabilità dell'offerta da parte di un operatore concorrente che operi una gestione efficiente d'impresa, mediante i test di verifica previsti della delibera n. 499/10/CONS, come modificata e integrata dalla delibera n. 604/13.

La disciplina regolamentare prevede una analisi multiperiodale che può essere effettuata sia analizzando ciascun periodo della "permanenza media del cliente nell'offerta" (mediante il test c.d. "*Period by Period*"), sia analizzando unicamente il risultato a fine periodo (c.d. analisi "*DCF*").

La prima metodologia (PdP) consente di accertare la copertura dei costi variabili relativi all'offerta e generati da ogni nuovo cliente ed è pertanto applicata separatamente a ogni singola promozione. Viceversa, la seconda metodologia (DCF) consente di analizzare e verificare il recupero degli investimenti e dei relativi ammortamenti in relazione all'intero corso della vita utile dell'operazione, considerando i ricavi generati dall'insieme delle promozioni applicate all'offerta in un dato periodo di riferimento.

Sono poi previste delle modalità semplificate con applicazione del solo test DCF in relazione a talune ipotesi individuate dalle fonti di riferimento. Tali ipotesi, a parere del Consiglio di Stato, non costituiscono un'elencazione esemplificativa, ma vanno intese in termini precisi e rigorosi, pena l'azzeramento o comunque il superamento del metodo generale, che rappresenta una primaria garanzia di tutela della concorrenza nel mercato, specie in presenza di un unico operatore verticalmente integrato.

In definitiva - conclude il Consiglio di Stato - la verifica della replicabilità impone un controllo incisivo sull'offerta con applicazione di entrambi i test di prezzo: il metodo DCF e il metodo period by period. La doppia verifica è rispondente sia alle esigenze di tutela del mercato e dei consumatori finali, sia ad esigenze tecniche, in quanto i metodi sono complementari e consentono di ricavare dei dati valutativi completi e attendibili.

## **Conclusioni**

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha ricostruito il quadro normativo e regolamentare, interpretando in maniera attenta e puntuale i poteri e i relativi limiti della

regolazione, anche con riferimento a strumenti e metodologie di natura tecnica.

E ciò in quanto il sindacato giurisdizionale sugli atti regolatori delle Autorità indipendenti, affinché possa dirsi pieno ed effettivo, deve estendersi anche all'accertamento dei fatti operato dall'Autorità sulla base di concetti giuridici indeterminati o di regole tecnico-scientifiche opinabili, al fine di evitare che la discrezionalità tecnica trasmodi in arbitrio specialistico[5].

Il principio di effettività della tutela impone che l'esercizio della discrezionalità tecnica sia verificabile nel giudizio di legittimità, sotto i profili della coerente applicazione delle regole tecniche, rilevanti per il settore, nonché della corrispondenza degli atti emessi ai dati concreti, in modo logico e non arbitrario; sia l'apprezzamento dei fatti che i profili tecnici, sottostanti al provvedimento, sono quindi censurabili, quando risulti superato il margine oggettivo di opinabilità delle scelte[6].

In tale contesto, delineare in modo più specifico la portata di norme a contenuto elastico, alla luce dei principi di proporzionalità e imparzialità, non viola la riserva di amministrazione nel momento in cui il giudice – primo interprete della legge - cerca di estrapolare dalla norma l'interesse pubblico sotteso all'attribuzione del potere. Diversamente opinando, la discrezionalità tecnica diventerebbe strumento per celare un potere di supremazia della P.A. contrario ai principi costituzionali della tutela dei diritti e degli interessi legittimi[7].

LEGGI LA SENTENZA

Publicato il 19/02/2020

N. 01257/2020REG.PROV.COLL.

N. 00893/2018 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**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 893 del 2018, proposto da Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e

difeso dagli avvocati F. C., F.L., A.C., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio in Roma, via G. P. D. P.;

***contro***

Vodafone Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati A. B. C., G. L. P., F.C., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio F. C. in Roma, via V.C.;

***nei confronti***

Autorità per Le Garanzie Nelle Comunicazioni, Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero dell'Economia e delle Finanze non costituiti in giudizio;

Fastweb S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati A. G., E.C., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio A.G. in Roma, via G.C.;

Wind Tre S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati G.G., I.P., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio G.G. in Roma, piazza dell'E.

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 10920/2017, resa tra le parti, concernente:

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

nota-determinazione dell'AGCOM prot. n. 263 del 5 agosto 2016 avente ad oggetto "Offerta TIM Smart – riscontro segnalazione", con la quale è stato comunicato alla Vodafone che la promozione "TIM SMART CASA e MOBILE" e "TIM SMART CASA" praticate da Telecom Italia S.p.a. nei mesi di luglio e agosto 2016 sono state oggetto di verifica di replicabilità con esito positivo (doc. 1 ric.); della nota dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) prot. n. 35755 del 30.6.2016, conosciuta in sede di accesso agli atti in data 20.9.2016, con la quale è stata approvata la commercializzazione delle offerte TIM SMART comunicata da Telecom Italia S.p.a. con nota del 27.4.2016 e

successive note del 5.5.2016 e del 17.6.2016 (doc. 2 ric.); degli eventuali ulteriori atti di approvazione, anche taciti e non conosciuti, da

parte dell'AGCOM, delle predette promozioni di Telecom Italia S.p.a. e in particolare del silenzio assenso formatosi sull'offerta comunicata in data 2.6.2016 e successiva nota del 14.7.2016, nonché la nota AGCOM del 12.7.2016 (doc. 3 ric.); di ogni altro atto presupposto e/o connesso compresi: gli eventuali ulteriori atti di approvazione di nuove promozioni TIM SMART, commercializzate da

Telecom Italia nei mesi di settembre e ottobre 2016 o nei mesi successivi.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da FASTWEB S.P.A. in data 1 marzo 2018:

per l'annullamento e/o la riforma in parte qua e per quanto di ragione della sentenza del TAR Lazio, Sez. III, n. 10920, pubblicata il 31.10.2017 e non notificata

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da VODAFONE ITALIA S.P.A. in data 2 marzo 2018:

per la riforma nei limiti di cui in motivazione, della sentenza del Tar Lazio, Sez. III, 31 ottobre 2017, n. 10920, non notificata

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Vodafone Italia S.p.A. e di Fastweb S.p.A. e di Wind Tre S.p.A.;

Visti gli appelli incidentali di Fastweb S.p.a. e Vodafone S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2020 il Cons. Davide Ponte e uditi per le parti gli avvocati F.L., F.S. in delega di A. C., F.C., M. B. in delega di G.G., e E.C.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con l'appello in esame la società odierna parte appellante impugnava, in parte qua, la sentenza n. 10920 del 2017 con cui il Tar Lazio aveva parzialmente accolto l'originario gravame; quest'ultimo era stato proposto dalla impresa concorrente Vodafone, odierna parte appellata ed appellante incidentale, al fine di ottenere l'annullamento degli atti con cui l'Autorità di settore aveva approvato la commercializzazione delle offerte Tim smart.

2. In particolare venivano impugnati i seguenti atti: la nota-determinazione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom) prot. n. 263 del 5 agosto 2016 avente ad oggetto "Offerta tim smart – riscontro segnalazione", con la quale è stato comunicato alla Vodafone che la promozione "Tim smart casa e mobile" e "Tim smart casa" praticate da Telecom Italia s.p.a. nei mesi di luglio e agosto 2016 sono state oggetto di verifica di replicabilità con esito positivo; la nota Agcom prot. n. 35755 del 30 giugno 2016, conosciuta in sede di accesso agli

atti in data 20 settembre 2016, con la quale è stata approvata la commercializzazione delle offerte Tim smart comunicata da Telecom Italia s.p.a. con nota del 27 aprile 2016 e successive note del 5 maggio 2016 e del 17 giugno 2016; gli eventuali ulteriori atti di approvazione, anche taciti e non conosciuti, da parte dell'Agcom, delle predette promozioni di Telecom Italia s.p.a. e in particolare del silenzio assenso formatosi sull'offerta comunicata in data 2 giugno 2016 e successiva nota del 14 luglio 2016, nonché la nota Agcom del 12 luglio 2016; ogni altro atto presupposto e connesso compresi: gli eventuali ulteriori atti di approvazione di nuove promozioni Tim smart, commercializzate da Telecom Italia nei mesi di settembre e ottobre 2016 o nei mesi successivi; la circolare dell'Agcom dell'8 luglio 2011 in tema di modalità di esecuzione dei test di prezzo applicate alle offerte tariffarie Telecom; la delibera Agcom n. 60/13/Cons recante le "Linee guida per la valutazione della replicabilità delle offerte al dettaglio a banda ultralarga su fibra ottica dell'operatore notificato".

3. All'esito del giudizio di prime cure il Tar accoglieva il ricorso di Vodafone Italia in parte qua, disponendo che le offerte Tim smart debbano essere rivalutate dall'Autorità, in forma aggregata e complessiva, con riguardo all'intero periodo di riferimento a partire, quanto meno, dalle promozioni commercializzate dal mese di luglio 2016 e fino al marzo del 2017, onde verificarne, nell'esercizio dei poteri regolatori che ad essa competono, la complessiva incidenza sul mercato di riferimento e disporre l'assoggettamento al test "Period by Period", soltanto in caso di positivo accertamento di un impatto significativo ovvero "non limitato" sulle dinamiche competitive nei mercati al dettaglio (arg. ex Allegato A par. 3.2 alla delibera n. 604/13/Cons).

4. Nel ricostruire in fatto e nei documenti la vicenda parte appellante, nel contestare la sentenza limitatamente ai motivi accolti, formulava i seguenti motivi di appello:

- eccesso di potere giurisdizionale, violazione degli articoli 3 e 6 della direttiva n. 2002/21/CE, 13 della direttiva n. 2002/19/CE, 11 del CCE, 99 c.p.c. e 41 cod.proc.amm., avendo il Tar sostituito il proprio modello scientifico a quello individuato dall'Amministrazione;

- violazione delle delibere n. 499/10/CONS, n. 604/13/CONS, n. 623/15/CONS e degli articoli 10 della direttiva n. 2002/19/CE, 7, par. 7 della direttiva n. 2002/21/CE, 10 della direttiva n. 2002/19/CE, 11 e 67 del CCE, 22 della Racc. della CE n. 466/13, 99e 41 cit., travisamento di fatto, in quanto è rimesso alla sola Agcom e non certo al giudice amministrativo la decisione di effettuare il test di replicabilità prima o dopo il lancio di una nuova offerta al dettaglio, con scelta che certamente può considerarsi la più propria espressione della discrezionalità tecnica attribuita dal legislatore dell' Autorità;

- omesso esame di eccezioni di parte, non dichiarate espressamente assorbite, dedotte nei seguenti termini: (i) inammissibilità del ricorso e di tutti i successivi atti per carenza di interesse ad agire e mancanza di legittimazione attiva di Vodafone; (ii) inammissibilità del ricorso e di tutti gli atti successivi in quanto Vodafone tenta di sollecitare un sindacato sostitutivo sulle scelte tecnico-discrezionali dell'Agcom; (iii) inammissibilità del ricorso e di tutti i successivi atti, poiché la pretesa errata configurazione di un'offerta come "entry level" non osta alla sua replicabilità.

5. L'Autorità appellata non si costituiva in giudizio.

Si costituiva in giudizio l'appellata Wind tre chiedendo il rigetto dell'appello principale.

6. La parte appellata Vodafone si costituiva in giudizio e chiedeva il rigetto dell'appello. Proponeva altresì appello incidentale avverso i capi della sentenza di prime cure, recanti rigetto in parte qua del ricorso originario, deducendo i seguenti motivi:

- error in iudicando per irragionevolezza della motivazione. violazione degli artt. 13 s. della direttiva 2002/19/ce, 17, 19, 45, 47, 50 e 67 del d.lgs. n. 259/2003, 11 e 65 della delibera agcom n. 623/15/cons, della delibera agcom n. 499/10/cons e della circolare applicativa dell'8 luglio 2011, della delibera agcom n. 604/13/cons, violazione dell'obbligo di motivazione ex art. 3 della l. n. 241 del 1990, eccesso di potere per sviamento, contraddittorietà, carenza di istruttoria, travisamento dei fatti, nonché per irragionevolezza e intrinseca illogicità, in quanto con riferimento sia ai servizi offerti su rete tradizionale sia a quelli offerti su rete in fibra, il Regolatore ha espressamente previsto che le offerte al dettaglio dell'operatore SMP devono essere sempre e necessariamente sottoposte a test di verifica della replicabilità, sia attraverso il metodo c.d. DCF che attraverso quello c.d. period-by-period, e che soltanto in casi eccezionali il test può essere parziale, con applicazione del solo metodo DCF;

- analoghe censure, in quanto le offerte promozionali TIM SMART non avrebbero potuto essere qualificate come limited edition, sia perché non sono state temporanee e non hanno i presupposti indicati dalla normativa regolatoria di riferimento, sia perché sono state commercializzate anche attraverso canali diversi da quello web.

7. Anche la parte appellata Fastweb si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto del gravame di Telecom, proponendo altresì appello incidentale con i seguenti motivi:

- violazione degli artt. 46 e 47 del d.lvo 259/03, delle delibere AGCom 731/09/Cons, 623/15/Cons, 1/12/Cons; 499/10/Cons; 604/13/Cons nonché della circolare 8.7.2011, illogicità e contraddittorietà della motivazione rispetto ai fini, essendo la sentenza del TAR errata nella parte in cui afferma che le categorie di offerte esentate dal test period by period e soggette al solo test DCF vanno intese come ipotesi esemplificative di un più generale criterio di esenzione la cui ratio è da rinvenire nella scarsa incidenza della promozione sulle dinamiche concorrenziali del mercato al dettaglio;

- irragionevolezza ed insufficienza della motivazione della sentenza nella parte in cui afferma che sia sufficiente che l'Autorità, con un giudizio logico immune da critiche, riscontri il limitato impatto sulle dinamiche competitive, nonché in relazione alla qualificazione delle offerte tim, e più in generale in quanto tutti gli elementi in forza dei quali il Tar ha concluso che le offerte di Tim (almeno singolarmente intese) avevano le caratteristiche necessarie ad essere esentate dal test sono errati, illogici, irragionevoli e non condivisibili.

Avverso tali motivi di appello incidentale replicava la parte appellante principale, chiedendone il rigetto.

8. Alla pubblica udienza del 13 febbraio 2020, in vista della quale le parti costituite depositavano memorie e repliche, la causa passava in decisione.

## DIRITTO

1. La controversia decisa dalla sentenza impugnata ha ad oggetto la contestazione, da parte degli operatori concorrenti dell'impresa odierna appellante, dei provvedimenti espressi e taciti dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ("AGCOM" o "Autorità"), odierna appellata non costituita, con i quali è stata autorizzata la commercializzazione di alcune offerte commerciali al dettaglio, praticate da Telecom, senza la invocata duplice verifica ordinaria di replicabilità dei prezzi da parte degli altri operatori del settore.

2. In termini di individuazione del quadro regolatorio, la ricostruzione appare nella sostanza pacifica fra le parti, risultandone piuttosto controversa l'interpretazione e l'applicazione alle fattispecie in esame.

2.1 Telecom è stata identificata da AGCOM, con delibere da ultimo riconfermate, come operatore che detiene un significativo potere di mercato ("SMP"), definito dall'art. 17, comma 2, del d.lgs. n. 259/2003 ("Codice delle comunicazioni elettroniche" o "CCE") come quel soggetto che "individualmente o congiuntamente con altri, gode di una posizione equivalente ad una posizione dominante, e dunque di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e dai consumatori".

2.2 In tale contesto Telecom, in quanto operatore SMP e dominante nei mercati delle telecomunicazioni di rete fissa, è sottoposta ad alcuni obblighi regolatori che ne conformano l'attività di offerta dei servizi, sia all'ingrosso (ad esempio, con riferimento al livello dei prezzi dei servizi di accesso alla propria rete offerti agli altri operatori), sia al dettaglio.

In particolare, il Codice delle comunicazioni elettroniche (d. lgs 1° agosto 2003, n. 259) prevede (capo III sezione II), tra gli obblighi che possono essere imposti alle imprese che dispongono di un significativo potere di mercato, i seguenti: ai sensi dell'art. 47 l'obbligo di non discriminazione, volto garantire che *"che l'operatore applichi condizioni equivalenti in circostanze equivalenti nei confronti di altri operatori che offrono servizi equivalenti, e inoltre che esso fornisca a terzi servizi e informazioni garantendo condizioni e un livello di qualità identici a quelli che assicura per i propri servizi o per i servizi delle proprie società consociate o dei propri partner commerciali"*; ai sensi dell'art. 50 l'obbligo di controllo dei prezzi, nel senso che *"per determinati tipi di interconnessione e di accesso l'Autorità può imporre obblighi in materia di recupero dei costi e controlli dei prezzi, tra cui l'obbligo che i prezzi siano orientati ai costi, nonché l'obbligo di disporre di un sistema di contabilità dei costi, qualora l'analisi del mercato riveli che l'assenza di un'effettiva concorrenza comporta che l'operatore interessato potrebbe mantenere prezzi ad un livello eccessivamente elevato o comprimerli a danno dell'utenza finale"*.

Lo stesso codice poi, (capo IV sezione II) prevede una serie di controlli sugli obblighi delle imprese che dispongono di un significativo potere di mercato su mercati specifici.

In particolare, all'art. 67 del medesimo codice si prevede che l'Autorità possa imporre obblighi volti a prevenire la pratica di prezzi predatori da parte degli operatori aventi SMP:

*“1. L'Autorità, qualora in esito all'analisi del mercato realizzata a norma dell'articolo 19 del Codice accerti che un determinato mercato al dettaglio identificato conformemente all'articolo 18 non è effettivamente concorrenziale e giunga alla conclusione che gli obblighi previsti dagli articoli da 46 a 50 non portino al conseguimento degli obiettivi di cui all'articolo 13, impone i necessari obblighi alle imprese identificate come imprese che dispongono di un significativo potere di mercato su un dato mercato al dettaglio ai sensi dell'articolo 17.*

*2. Gli obblighi di cui al comma 1 si basano sulla natura della restrizione della concorrenza accertata e sono proporzionati e giustificati alla luce degli obiettivi di cui all'articolo 13. Tali obblighi possono includere prescrizioni affinché le imprese identificate non applichino prezzi eccessivi, non impediscano l'ingresso sul mercato né limitino la concorrenza fissando prezzi predatori, non privilegino ingiustamente determinati utenti finali, non accorpino in modo indebito i servizi offerti. Qualora le pertinenti misure relative alla vendita all'ingrosso, alla selezione e alla preselezione del vettore non consentano di realizzare l'obiettivo di garantire una concorrenza effettiva e l'interesse pubblico, l'Autorità, nell'esercizio del proprio potere di sorveglianza sui prezzi, può prescrivere a tali imprese di rispettare determinati massimali per i prezzi al dettaglio, di controllare le singole tariffe o di orientare le proprie tariffe ai costi o ai prezzi su mercati comparabili”.*

Il chiaro tenore letterale delle norme in esame, costituenti la fonte normativa del potere oggetto di controversia, evidenziano il primario fine di tutela della concorrenza del mercato e del connesso interesse pubblico all'apertura dello stesso.

Si tratta, in buona sostanza, di prevenire un abuso di posizione dominante che prende il nome di “margin squeeze”.

La compressione dei margini si configura quando il differenziale tra il prezzo dell'input, fornito dall'impresa dominante nel mercato a monte - impresa verticalmente integrata - e il prezzo dell'output, offerto da quest'ultima sul mercato a valle, risulta essere negativo o insufficiente a coprire i costi di un operatore, attivo nel downstream market, efficiente quanto l'impresa che attua tale condotta.

Ciò che spinge l'impresa ad effettuare una compressione dei margini è l'intento di escludere le rivali dal mercato a valle, per cui si tratta di un abuso escludente.

I controlli sulla replicabilità delle offerte da parte degli altri competitors sono forme di regolazione che hanno un aspetto di limitazione della concorrenza.

Esse rivelano un aspetto peculiare del rapporto fra regolazione e concorrenza.

La regolazione ex ante deve intervenire a limitare la concorrenza quando questo è necessario per prevenire condotte che possano avere valenze escludenti da parte di imprese dominanti.

Le misure limitative della concorrenza, date dal regolatore, si giustificano in presenza di un operatore dominante o meglio che detenga un significativo potere di mercato.

Si interviene ex-ante, indirizzando i comportamenti delle imprese che operano in questi settori con obblighi positivi specifici. E' possibile che, in un determinato settore, la concorrenza non consenta il perseguimento di interessi meritevoli di tutela. In tal caso, si può intervenire regolamentando il settore e andando a limitare la concorrenza in nome di tali interessi. Non v'è alcuna contraddizione, tuttavia, fra regolazione ex ante e tutela della concorrenza.

Le Corti europee hanno più volte confermato il principio di applicabilità delle regole di concorrenza anche in presenza di specifiche regolazioni settoriali e il Tribunale stesso, in relazione al caso Telefónica, ha affermato che “le norme in materia di concorrenza previste dal trattato CE completano, per effetto di un esercizio di controllo ex-post, il contesto normativo adottato dal legislatore dell’Unione ai fini della regolamentazione ex-ante dei mercati delle Telecomunicazioni”

Tali misure, nella specie, come si vedrà si concretizzano nel test di replicabilità delle offerte.

2.3 In tale contesto, con delibera n. 623/15/CONS contenente l’analisi del mercato, l’Autorità ha evidenziato, in particolare, che Telecom Italia è ancora “l’unico operatore verticalmente integrato lungo tutta la catena tecnologica e impiantistica a livello nazionale” mentre gli operatori alternativi (cc.dd. “OLO”), quale è la ricorrente, da un lato “devono rispettare i vincoli imposti da Telecom Italia nell’acquisto dei servizi intermedi, dall’altro si trovano a competere con quest’ultima nel mercato a valle”.

Quindi, la stessa Autorità ha espressamente sancito, al comma 7 dell’art. 11 (rubricato Obblighi di non discriminazione), che “tutte le offerte di Telecom Italia di servizi di accesso al dettaglio (inclusi i bundle) devono essere replicabili da parte di un operatore efficiente e, pertanto, sono sottoposte ad un test di replicabilità, in modalità ex ante ossia prima del lancio commerciale, da parte dell’Autorità”.

2.4 L’art. 65 della medesima delibera (Replicabilità dei servizi al dettaglio di accesso alla rete fissa) ha poi precisato che “In attuazione dell’obbligo di non discriminazione di cui all’art. 11 nonché dell’obbligo di controllo dei prezzi di cui all’art. 13, tutte le offerte di Telecom Italia di servizi di accesso al dettaglio – sia per effettuare e/o ricevere chiamate telefoniche ed accedere ai servizi correlati sia per accedere ai servizi di trasmissione dati a banda larga – offerti su rete in rame e su rete in fibra, commercializzati singolarmente o in bundle con altri servizi – incluse le promozioni – devono essere replicabili da parte di un operatore efficiente. L’Autorità effettua la verifica della replicabilità economica e tecnica delle offerte di cui al comma precedente mediante i test definiti ai sensi della delibera n. 499/10/CONS e successive integrazioni, salvo quanto stabilito in merito alle gare per pubblici appalti ed alle procedure ad evidenza pubblica per la selezione del fornitore di cui all’articolo seguente”, inoltre fissa le modalità di espletamento della verifica “de qua”, prescrivendo, tra l’altro, che essa avvenga mediante i test di cui alla delibera n. 499/2010 (doc. 5 ric.) e successive modificazioni ed integrazioni.

Quest'ultima delibera del 2010 è stata integrata dalla delibera n. 604/13 per quanto concerne l'applicabilità dei medesimi test di prezzo anche ai servizi a banda ultralarga su fibra ottica e, ancor prima, dalla Circolare applicativa, datata 8 luglio 2011 espressamente dedicata alle modalità applicative della delibera n. 499 cit.

2.5 Per quanto riguarda in dettaglio le analisi necessarie ai predetti fini di verifica, in particolare, nella stessa delibera n. 499/2010 si legge (par. 1.4, pag. 50, doc. 5 ric.) che le analisi multiperiodali possono essere effettuate sia analizzando (mediante il test c.d. "Period by Period") ciascun periodo della "permanenza media del cliente nell'offerta", sia analizzando unicamente il risultato a fine periodo (c.d. analisi "DCF").

Quest'ultima analisi è più appropriata per la valutazione di offerte mediante le quali si realizzino investimenti fissi "ad hoc" da recuperare in un determinato intervallo temporale, il che corrisponde alla logica economica secondo cui il ritorno degli investimenti non si realizza in un unico periodo, ma nel corso della vita utile dell'investimento effettuato.

Quindi andrebbero valutati secondo il criterio DCF, in vista della verifica del risultato alla fine del "multi-periodo" considerato, gli investimenti e i relativi ammortamenti; al riguardo l'Autorità, nella delibera n. 499 ha mostrato di ritenere congruo un arco temporale di 24 mesi per i servizi in rame, fatte salve future modifiche di esso ove ritenute più congrue (in effetti per le offerte in fibra il periodo di osservazione è stato successivamente esteso a 36 mesi).

Viceversa i costi variabili dovrebbero essere recuperati in ciascun singolo periodo, su base annuale (o sulla base della durata minima contrattuale dell'offerta) e, pertanto a questa verifica meglio si adatta il test "Period by Period" (PbP) che consente di verificare che in ciascun singolo periodo (e non solo "alla fine" dell'arco temporale totale dell'investimento considerato) vengano coperti tutti i costi variabili relativi all'offerta (inclusi i costi "W" relativi ai fattori produttivi di rete essenziali, vedi pagg. 47 e pag. 50 delibera n. 499). "Al fine di garantire una corretta valutazione delle offerte, che tenga conto delle logiche economiche e di sviluppo del mercato, l'Autorità ... (ha ritenuto) opportuno integrare l'utilizzo di entrambi i metodi di valutazione" (pag. 50 delibera ult. cit.).

2.6 Alla suddetta regola generale - secondo la quale la verifica di replicabilità si deve svolgere attraverso entrambi i metodi di analisi sopra citati - fanno eccezione alcune rilevanti fattispecie che lo stesso Regolatore, già a partire dalla delibera n. 499/10 ha ritenuto di sottrarre alla verifica "PdP". Due di esse sono direttamente contemplate dalla delibera in commento che esclude dalla sottoposizione al test PbP: i) le offerte formulate in occasione di procedure ad evidenza pubblica per la selezione del fornitore, a cui si applicano criteri "ad hoc"; ii) le offerte c.d. "entry level" cioè finalizzate allo sviluppo del mercato, considerata la necessità di specifici investimenti destinati a tale sviluppo, da assoggettare al solo test DCF.

2.7 Con la Circolare del 8 luglio 2011, l'Autorità ha successivamente dettato le modalità attuative della delibera 499/10 e, per quanto di interesse nella specie, ha delineato ulteriori fattispecie da assimilare all'ipotesi di offerta "new entry" ai fini dell'esonero dall'analisi di tipo PdP (in deroga alla regola generale della doppia verifica): il par. 6, punto 27 della Circolare nominata individua tali fattispecie nelle "...offerte promozionali che presentano un impatto

limitato sulle dinamiche competitive nei mercati al dettaglio. In tale categoria rientrano, a titolo di esempio, le promozioni commercializzate in modalità c.d. rush, ossia per intervalli di tempo particolarmente ridotti e/o attraverso alcuni specifici e limitati canali di acquisizione (ad esempio mediante il solo canale web)".

2.8 L'assoggettamento di queste tipologie di promozioni al solo test DCF è stato ribadito dalla successiva delibera AGCOM n. 604/13 (in tema di offerte "ultrabroadband" in fibra) che espressamente menziona anche le offerte "limited edition" caratterizzate dal fatto che l'operatore prevede un numero massimo di acquisizioni nel periodo di commercializzazione, di limitato impatto percentuale rispetto al totale delle attivazioni dell'offerta nel periodo considerato.

3. In termini ricostruttivi, sulla scorta del quadro regolatorio appena riassunto, va rilevato come il c.d. "test di prezzo", quale strumento inteso a verificare la replicabilità delle proposte commerciali presentate dall'operatore notificato prima del lancio sul mercato, sia stato introdotto per la prima volta dall'Autorità nel 2002, con la delibera n. 152/02/CONS.

3.1 Con la già richiamata delibera 499 cit., in vigore dal 28 ottobre 2010, l'Autorità ha poi provveduto ad aggiornare i meccanismi di valutazione delle offerte di Telecom Italia, adottando una nuova metodologia dei test di prezzo, più flessibile e adeguata alla mutata configurazione del mercato e dell'offerta di servizi di comunicazione elettronica, sempre più comunemente basata su pacchetti di servizi di accesso e traffico.

3.2 Successivamente, nel dichiarato perseguimento di un'ottica di trasparenza delle modalità di svolgimento delle verifiche di replicabilità, alcuni aspetti tecnico-applicativi della delibera n. 499/10/CONS e alcuni parametri di dettaglio della rinnovata metodologia dei test di prezzo sono stati chiariti con circolare attuativa dell'8 luglio 2011.

3.3 Da ultimo, con delibera n. 604/13/CONS, sono stati adottati i criteri applicativi dei test di prezzo da applicarsi alle offerte al dettaglio a banda ultra-larga su fibra ottica di Telecom Italia, ferme restando le disposizioni, la metodologia e gli strumenti generali in materia di test di prezzo di cui alla delibera n. 499/10/CONS.

4. Da queste fonti si evince che, con riferimento alle modalità di verifica della replicabilità, alle offerte al dettaglio di Telecom Italia, comprendenti servizi di accesso verticalmente integrati con i servizi all'ingrosso regolati, gli Uffici dell'Autorità sono chiamati ad applicare entrambi i test di prezzo di tipo DCF e period by period.

4.1 L'analisi DCF è volta a verificare il recupero dei costi complessivi, fissi e variabili, relativi all'offerta in esame e considera pertanto in senso complessivo costi e ricavi generati dall'insieme delle promozioni applicate all'offerta in un dato periodo di riferimento (un anno).

4.2 L'analisi period by period mira, invece, ad accertare il recupero dei costi variabili generati da ogni nuovo cliente dell'offerta ed è pertanto applicata separatamente a ogni singola promozione.

5. In definitiva, secondo il quadro che emerge dalla ricostruzione del contesto regolatorio, la regola generale prevede che l'offerta sottoposta alle verifiche debba superare, per poter essere commercializzata, entrambi i suddetti test.

5.1 Dal punto di vista giuridico, ciò appare coerente alla qualificazione della posizione di Telecom, in un'ottica di perseguimento, fra i tanti, dell'obiettivo fondamentale della tutela della concorrenza fra operatori comunque limitati nonché degli interessi pubblici connessi, nei termini peraltro chiaramente ed espressamente indicati dalle norme del codice delle comunicazioni elettroniche sopra richiamate.

5.2 Dal punto di vista tecnico, poi, la previsione di una duplice verifica risponde a una logica di complementarità: il test DCF verifica la redditività globale dell'investimento sotteso alla commercializzazione dell'offerta, mentre la verifica period by period è volta ad accertare che ciascuna promozione sia caratterizzata da un livello di prezzo superiore alla soglia dei costi variabili, ossia dei costi incrementali generati dall'acquisizione del nuovo cliente che aderisce alla promozione.

6. Ciò posto, la medesima disciplina regolatoria richiamata individua una tipologia di offerte cui si possono applicare modalità di verifica della replicabilità per così dire "semplificate", che consistono nell'applicazione del solo test DCF.

A fronte delle finalità sottese alla duplicità della verifica, appare evidente come le ipotesi "semplificate" vadano intese in termini tanto precisi quanto rigorosi, pena l'azzeramento o comunque il superamento del metodo generale, individuato quale primaria garanzia di concorrenza nel mercato e quale strumento necessario al fine di correggere le problematiche derivanti dal ruolo di Telecom.

La relativa clausola di apertura ("a titolo di esempio") non può essere intesa al fine di generalizzare le ipotesi di semplificazione, avendo piuttosto logicamente ad obiettivo l'esigenza di adeguarsi all'evoluzione tecnica e commerciale delle offerte telefoniche.

7. In termini di individuazione di tali ipotesi "semplificate", vi è innanzitutto il caso delle cc.dd. offerte entry level, ovvero di quelle proposte commerciali finalizzate allo sviluppo e all'allargamento del mercato (cfr. allegato 1, paragrafo 1.4. Del. 499/12/Cons). A tale tipologia sono riconducibili tutte le offerte promozionali che determinano un impatto limitato sulle dinamiche competitive nei mercati al dettaglio (cfr. punto 27 della circolare e par. 3.2. dell'allegato A alla delibera n. 604/13/CONS).

Al punto 3.2. dell'allegato A alla Delibera n. 604/13/Cons. si legge, al riguardo, che «sono esonerate dall'analisi di tipo period by period le [...] offerte entry level. Tali offerte sono soggette alla sola verifica DCF.

Sono assimilate ad offerte entry level le offerte promozionali che presentano un impatto limitato sulle dinamiche competitive nei mercati al dettaglio. In tale categoria rientrano, a titolo di esempio: - le promozioni commercializzate in modalità c.d. rush, ossia per intervalli di tempo particolarmente ridotti e/o attraverso alcuni specifici e limitati canali di acquisizione (ad

esempio mediante il solo canale web);

- le promozioni c.d. limited edition, per le quali l'operatore sottoposto al test comunica preventivamente un numero massimo di acquisizioni nel periodo di commercializzazione, laddove tale numero risulti di ridotto impatto percentuale rispetto al totale delle attivazioni dell'offerta nel medesimo periodo».

8. Nella presente fattispecie le offerte soggette a verifica sono state così individuate.

La formulazione commerciale dell'offerta di Telecom Italia denominata Tim smart prevede una componente "base", che ha ad oggetto il servizio di accesso ADSL a 20 Mbit/s e il servizio Timvision2, al prezzo di listino di 29,90 €/mese (IVA incl.). A tale offerta "base" Telecom può decidere di applicare diverse promozioni, ciascuna delle quali è sottoposta a verifica di replicabilità da parte dell'Autorità. Le principali promozioni collegate all'offerta Tim smart sono: - una promozione «fedeltà», riservata a clienti già in customer base Telecom Italia da un dato periodo di tempo, con sconto di 5 €/mese sul canone mensile dell'offerta; - una promozione «local», commercializzata esclusivamente in alcune città, che a sua volta prevede uno sconto di 5 €/mese sul canone mensile; - una promozione «limited edition da canale web», riservata, appunto, al solo canale web e con un numero massimo mensile di sottoscrittori, che prevede un ulteriore sconto di 120 € nel primo anno (equivalente a 10 € su base mensile). Il prezzo effettivo praticato al singolo cliente dipende, dunque, dalla specifica promozione sottoscritta.

Dall'esame della documentazione in atti non emerge una specifica ed unica qualificazione in termini di offerta rush ovvero limited edition.

9. Dinanzi a tale quadro regolatorio ed al carattere delle offerte in esame, il Tar ha concluso nei termini della mera elencazione esemplificativa delle ipotesi semplificate, potendo quindi rientrarvi anche quelle in oggetto pur se non direttamente ricollegabili unicamente ad una delle singole previsioni specifiche appena richiamate; peraltro, a contrario, è stata reputata necessaria un'analisi unitaria delle diverse offerte, intese nella loro sommatoria e combinazione, nel lungo periodo, con riferimento all'effetto che possono avere avuto sulle dinamiche del mercato di riferimento, con ciò reputando integrato un difetto di istruttoria negli atti impugnati.

10. Sulla scorta della ricostruzione del quadro regolatorio vigente *ratione temporis*, rettamente inteso alla luce delle norme del codice delle comunicazioni elettroniche e dei principi in tema di tutela del mercato e della concorrenza, nei termini sopra riassunti, appare quindi non condivisibile la decisione del Tar, sotto entrambi i profili, con conseguente fondatezza di entrambi gli appelli, principale ed incidentale (nei limiti di quello proposto dall'originaria ricorrente Vodafone).

Infatti, se per un verso appare errata la qualifica meramente esemplificativa delle ipotesi semplificate, posta a base del rigetto dei principali motivi di ricorso, per un altro non è prevista dal quadro regolatorio la richiesta analisi sommatoria né, in particolare, era stato dedotto alcun vizio in tali termini.

11. Prendendo le mosse dall'esame dell'appello principale, lo stesso appare fondato sotto due distinti profili, ricollegabili ai primi due ordini di motivi: sia in quanto il Tar ha accolto ultra petita, sotto un profilo diverso da quelli specificamente dedotti; sia in quanto la normativa vigente, come sopra ricostruita, non prevede una tipologia di esame unitario, in termini di sommatoria combinata di diverse offerte.

Con particolare riferimento a quest'ultimo dirimente profilo, lo stesso Tar ha evidenziato che "non vi sono né disposizioni normative né regole dettate dalla stessa Autorità che impongano alla stessa verifiche più estese rispetto a quelle che attengono alla singola offerta "limited edition" di volta in volta presentata".

In proposito, se è pur vero che in generale sussiste la sindacabilità della discrezionalità tecnica delle determinazioni delle cc.dd. Autorità indipendenti, nei termini su cui infra, è altrettanto vero che sia inibito al Giudice imporre verifiche tecniche diverse da quelle previste dal vigente quadro regolatorio.

Infatti, sebbene il sindacato giurisdizionale, pieno ed effettivo, sugli atti regolatori delle Autorità indipendenti si estenda anche all'accertamento dei fatti operato dall'Autorità sulla base di concetti giuridici indeterminati o di regole tecnico-scientifiche opinabili (al fine di evitare che la discrezionalità tecnica trasmodi in arbitrio specialistico; v. sul punto, ex plurimis, Cons. Stato, Sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645), e implichi la verifica del rispetto dei limiti dell'opinabile tecnico-scientifico (e, nell'ambito di tali confini, anche del grado di attendibilità dell'analisi economica e delle valutazioni tecniche compiute, alla stregua dei criteri della ragionevolezza e della proporzionalità), attraverso gli strumenti processuali a tal fine ritenuti idonei (ad. es., consulenza tecnica d'ufficio, verifica, ecc.), tale sindacato non può, tuttavia, spingersi fino al punto di sostituire le valutazioni discrezionali dell'Amministrazione, come avvenuto nel caso di specie, peraltro sulla base di una motivazione apodittica non supportata da specifici riferimenti normativi ed adeguati elementi istruttori (cfr. in termini Consiglio di Stato sez. VI. 25 settembre 2017 n. 4460).

12. A diverse conclusioni deve giungersi rispetto alle rimanenti censure di cui al terzo ordine di motivi, con il quale parte appellante ha riproposto le eccezioni preliminari, sollevate avverso il ricorso di prime cure e non esaminate dal Tar.

12.1 Con riferimento alla presunta inammissibilità per carenza di interesse ad agire e di legittimazione attiva in capo a Vodafone, contrariamente a quanto dedotto, appare evidente l'interesse diretto concreto ed attuale di un'impresa diretta concorrente di quella riconosciuta in posizione di significativo potere di mercato. Né la stessa Autorità ha inteso dubitare, già in sede procedimentale, della legittimazione e dell'interesse di Vodafone a sindacare le relative determinazioni.

Invero, la stessa disciplina normativa di riferimento, sopra richiamata, prevede che tutte le offerte di Telecom Italia (di servizi di accesso al dettaglio – sia per effettuare e/o ricevere chiamate telefoniche ed accedere ai servizi correlati sia per accedere ai servizi di trasmissione dati a banda larga – offerti su rete in rame e su rete in fibra, commercializzati singolarmente o in bundle con altri servizi – incluse le promozioni) debbano essere replicabili da parte di un

operatore efficiente.

In tale ottica quindi gli operatori concorrenti, tra cui l'originaria ricorrente, sono individuati quali diretti interessati al rispetto della relativa disciplina.

12.2 Con riferimento alla presunta inammissibilità del tentativo di sollecitare un sindacato sostitutivo delle scelte tecnico discrezionali dell'Autorità, se in generale l'eccezione appare generica e riferibile piuttosto all'esame delle singole censure, nel caso di specie la stessa è infondata alla luce del già ricordato prevalente orientamento della giurisprudenza in materia.

Al riguardo, va ribadito che, relativamente ai provvedimenti tecnici delle Autorità amministrative indipendenti, pur non potendo il giudice sostituirsi all'Amministrazione in ciò che è ad essa riservato, in ordine al merito della funzione amministrativa, il sindacato giurisdizionale non può limitarsi ad un esame estrinseco della valutazione discrezionale (secondo i noti parametri di logicità, congruità e completezza dell'istruttoria) ma deve estendersi, invece, dall'esatta rappresentazione dei fatti all'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della correttezza dei criteri applicati, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie rilevante: quanto sopra in coerenza con il principio - costituzionale e comunitario - di effettività della tutela giurisdizionale. Tale principio impone che l'esercizio della discrezionalità tecnica sia verificabile nel giudizio di legittimità, sotto i profili della coerente applicazione delle regole tecniche, rilevanti per il settore, nonché della corrispondenza degli atti emessi ai dati concreti, in modo logico e non arbitrario; sia l'apprezzamento dei fatti che i profili tecnici, sottostanti al provvedimento, sono quindi censurabili, quando risulti superato il margine oggettivo di opinabilità delle scelte (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2888).

Come ribadito ancora di recente dalla sezione (cfr. ad es. sentenza 8 ottobre 2019 n. 6881), è assodato (cfr. Cass., sez. un., n. 30974/2017), che la discrezionalità tecnica non sia espressione di un potere di supremazia della P.A., tant'è che le relative valutazioni, inserite in un procedimento amministrativo complesso e dipendenti dalla valorizzazione dei criteri predisposti previamente, sono assoggettabili al sindacato giurisdizionale di questo Giudice, senza che ciò implichi l'invasione della sfera del merito amministrativo.

Nel caso in esame, le censure dedotte, rettamente intese, si muovono all'interno dei binari di sindacato, invocando il rispetto del quadro normativo e regolatorio vigente, dettato in diretta attuazione delle norme legislative di inquadramento.

A conferma dell'estensione del sindacato, nei termini predetti, oltre ai precedenti citati in materia di Autorità indipendenti, può richiamarsi un precedente in fattispecie distinta seppur specificamente connessa a profili di specialità tecnica, ai sensi del quale si è ritenuto che il sindacato del giudice amministrativo, compiuto sulle valutazioni della commissione di gara in sede di verifica dell'anomalia di un'offerta, non possa configurare un'ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento, non attenendo tale controllo al merito dell'azione amministrativa, ma all'esercizio di discrezionalità tecnica; ne deriva che il diretto scrutinio della anomalia dell'offerta (ad es. per eccesso di ribasso) non ha riguardato il merito dell'attività amministrativa, consistente in valutazioni di opportunità e convenienza, bensì una valutazione di natura schiettamente tecnica, non preclusa al giudice amministrativo (cfr. Cassazione civile,

sez. un., 25 settembre 2018, n. 22755).

12.3 Parimenti prima facie destituita di fondamento è la terza eccezione preliminare, concernente la pretesa configurazione di un'offerta come entry level che non osterebbe alla replicabilità.

Infatti, oltre ad essere formulata in termini perplessi dalla stessa parte appellante (inammissibilità\infondatezza del ricorso), l'eccezione concerne in realtà il merito di alcune delle questioni sollevate.

13. Passando all'esame degli appelli incidentali, preliminarmente va dichiarata l'inammissibilità del gravame proposto da Fastweb, sulla scorta del consolidato principio secondo cui il soggetto, interveniente ad adiuvandum nel giudizio amministrativo di primo grado, non è legittimato a proporre appello in via principale e autonoma, salvo che non abbia un proprio interesse direttamente riferibile alla sua posizione, come nel caso in cui sia stata negata la legittimazione all'interventore o sia stata emessa nei suoi confronti la condanna alle spese giudiziali; questa regola, di origine giurisprudenziale ed ora recepita dall'art. 102 comma 2, cod.proc.amm., secondo cui l'interventore può proporre appello soltanto se titolare di una posizione giuridica autonoma, costituisce il corollario del carattere dipendente del suo interesse nel giudizio principale, il quale non gli consente altro che aderire alle censure formulate dal ricorrente poiché, diversamente opinando, l'intervento in giudizio potrebbe costituire uno strumento per l'elusione del termine di decadenza (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 11 luglio 2017, n. 3409).

14. A diverse conclusioni deve giungersi in relazione all'appello incidentale di Vodafone, originaria ricorrente, che appare prima facie fondato, sulla scorta delle considerazioni sopra svolte, sia in termini di inquadramento delle ipotesi semplificate sia del difetto di motivazione e di istruttoria conseguente, in relazione alla valutazione svolta in ordine alle tariffe in discussione.

Sul punto è sufficiente rinviare all'analisi sopra svolta: l'elenco delle ipotesi soggette a verifica semplificata non può intendersi come meramente esemplificativo, trattandosi di eccezioni rispetto a regola posta a tutela della concorrenza le quali vanno intese in termini tipizzati e restrittivi, eccezionali e quindi non estendibili analogicamente. Il riferimento a titolo di esempio concerne il dettaglio tecnico delle singole offerte, non la qualificazione che va rettammente svolta sulla scorta delle indicate ipotesi.

A quest'ultimo proposito, nel caso di specie sono parimenti fondati i vizi dedotti in termini di difetto di istruttoria e di motivazione, nonché di contraddittorietà delle valutazioni svolte dall'Autorità in merito alla qualificazione delle offerte.

Infatti, anche alla luce delle argomentazioni difensive svolte dalla difesa erariale in sede di costituzione nel giudizio di prime cure (le uniche svolte, stante la mancata costituzione nel presente giudizio di appello), le offerte in parola, diversamente da quanto emerge dall'analisi degli atti impugnati e dei relativi prodromici procedimentali, non sono state qualificate e valutate tanto come temporanee, cioè come "rush", ma piuttosto come "limited edition", cioè

come soggette ad un limite massimo di attivazioni; solo per questa ragione sarebbero state sottratte al test di prezzo completo.

A fronte di tale contraddittorietà e del rilevato carattere delle ipotesi peculiari escluse dalla doppia verifica, occorre che l'Autorità si ridetermini con una valutazione svolta ex ante circa la corretta e non contraddittoria qualificazione delle offerte in discussione, anche con riferimento all'offerta limited edition, tramite il canale web, in specie a fronte della reiterazione della stessa.

15. Alla luce delle considerazioni che precedono: l'appello principale è fondato in relazione al primo ordine di motivi e va accolto, con conseguente riforma della sentenza impugnata nella parte in cui ha accolto il ricorso di prime cure; l'appello incidentale di Fastweb va dichiarato inammissibile; l'appello incidentale di Vodafone è fondato, nei termini predetti, e va accolto, con conseguente riforma della sentenza di prime cure nella parte in cui ha respinto l'originario ricorso, che va quindi accolto in parte qua.

Sussistono giusti motivi, stante la complessità della vicenda, per compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti: accoglie l'appello principale in parte qua, con conseguente riforma della sentenza impugnata nella parte in cui ha accolto il ricorso di prime cure; dichiara inammissibile l'appello incidentale di Fastweb; accoglie l'appello incidentale di Vodafone e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto l'originario ricorso, accoglie il ricorso di primo grado in parte qua.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

---

[1] Cfr. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza* (a cura di) G.

TESAURO– M. D’ALBERTI, Milano, 2000.

[2] Cfr. F. CINTIOLI, *Concorrenza, Istituzioni e Servizio Pubblico*, Milano, 2010.

[3] Il Codice delle Comunicazioni elettroniche è stato da ultimo modificato ad opera del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni, dalla L. 14 giugno 2019, n. 55

[4] CG, 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, Deutsche Telekom c. Commissione, Racc., 2010, p. I-9555

[5] Cfr. sul punto, ex plurimis, Cons. Stato, Sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645.

[6] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2888.

[7] Cfr. Cass., Sez. un., 27 dicembre 2017, n. 30974.

