

DELIBERA N.561/12/CONS

ARCHIVIAZIONE DEL PROCEDIMENTO SANZIONATORIO N. 10/09/DIR AVVIATO NEI CONFRONTI DELLA SOCIETA' WIND TELECOMUNICAZIONI S.P.A. E SOSPEO CON DELIBERA N. 308/10/CONS DEL 24 GIUGNO 2010 AI SENSI E PER GLI EFFETTI DELL'ARTICOLO 12 *ter* DELLA DELIBERA n. 136/06/CONS.

L'AUTORITÀ

NELLA riunione del Consiglio del 21 novembre 2012,

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*”;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante “*Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*”;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”, ed in particolare l’articolo 98, comma 11;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante “*Modifiche al sistema penale*”, e successive modifiche e integrazioni;

VISTO il decreto legge 3 ottobre 2006, n. 262 convertito in legge 24 novembre 2006, n. 286, recante “*Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria*”, ed in particolare l’articolo 136;

VISTA la legge 7 agosto del 1990, n. 241, recante “*nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*” ed in particolare l’articolo 2, così come modificato dall’articolo 7 della legge 18 giugno 2009, n. 69 ;

VISTO il decreto legislativo 2 luglio 2010, n.104 recante “*Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*”;

VISTA la delibera dell’Autorità del 15 marzo 2006 n. 136/06/CONS, ed il relativo *Allegato A*, recante “*Regolamento in materia di procedure sanzionatorie*”, e successive modifiche e integrazioni, di cui al testo coordinato allegato alla delibera n. 130/08/CONS del 23 aprile 2008;

VISTA la delibera dell'Autorità del 12 marzo 2008 n. 131/08/CONS recante “*modifiche al regolamento in materia di impegni di cui alla delibera dell'Autorità n. 645/06/CONS*” ;

VISTA la delibera dell'Autorità del 19 novembre 2009 n. 648/09/CONS, recante “*Modifica all'articolo 12-bis, comma 3, del regolamento in materia di procedure sanzionatorie approvato con delibera n. 136/06/CONS*” ;

VISTA la delibera dell'Autorità del 22 luglio 2010 n. 401/10/CONS, recante “*Disciplina dei tempi dei procedimenti*”;

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità, approvato con delibera n. 316/02/CONS, nel testo coordinato con le modifiche e integrazioni intervenute con la delibera n. 395/09/CONS e, da ultimo, con la delibera n. 52/12/CONS del 25 gennaio 2012 e la delibera n. 65/12/CONS del 12 febbraio 2012;

VISTA la Delibera n. 4/06/CONS che all'articolo 18 dispone che “*le procedure di passaggio delle linee di accesso disaggregato (condiviso e completamente disaggregato) sono concordate preventivamente tra gli operatori, incluso l'operatore notificato*”

VISTA la Delibera n. 274/07/CONS, che dall'articolo 2 dispone che “*le procedure di passaggio tra operatori e migrazione tra servizi diversi garantiscono, per quanto tecnicamente possibile, il minimo disservizio per l'utente finale*”;

VISTA la delibera dell'Autorità n. 41/09//CIR che all'articolo 4, comma 1, dispone “*tutti gli Operatori autorizzati alla fornitura di servizi di comunicazione elettronica su rete fissa, indipendentemente dalla sottoscrizione dell'Accordo Quadro sulle procedure di passaggio dei clienti tra Operatori di rete fissa, sono tenuti al rispetto della normativa vigente e delle procedure tecniche di cui alla Circolare dell'Autorità del 9 Aprile 2008, tenuto conto anche dei relativi aggiornamenti resi pubblici come da accordi tra gli Operatori, relative ai passaggi degli utenti finali di rete fissa nei servizi di accesso di cui alla delibera n. 274/07/CONS e successive modificazioni ed integrazioni*”

VISTA la Delibera n. 52/09/CIR recante “*integrazioni e modifiche relative alle procedure di cui alla Delibera n. 274/07/CONS ai fini della implementazione del codice segreto*” ed in particolare gli articoli 3 e 4, che rispettivamente disciplinano il regime transitorio necessario all'introduzione delle modifiche e le norme finali, ivi incluse le disposizioni relative ai termini di realizzazione delle stesse;

VISTE l'Ordinanza del Tar del Lazio n. 206 del 15 gennaio 2010 che sospende la citata Delibera n. 52/09/CIR per la parte relativa alla fissazione del termine di efficacia al 31 gennaio 2010 delle introdotte modifiche, nonché la Sentenza del Tar del Lazio n.6341, del 12 aprile 2010 di sostanziale conferma del provvedimento cautelare, limitatamente alla disposizione con cui l'Agcom ha anticipato l'entrata in vigore della nuova disciplina al

gennaio 2010, con annullamento, per l'effetto, dell'art. 4, (rubricato "Disposizioni finali") della delibera 52/09/CIR, nelle parti in cui è indicato quale limite temporale "entro il mese di gennaio";

VISTA la circolare dell'Autorità del 9 aprile 2008, recante le modalità attuative della delibera n. 274/07/CONS per il passaggio degli utenti finali tra operatori, e relativi allegati tecnici, che costituiscono parti integranti la circolare;

VISTO l'Accordo Quadro sottoscritto dagli operatori in data 14 giugno 2008 per il passaggio degli utenti finali, in attuazione della delibera n. 274/07/CONS, pubblicato sul sito *internet* dell'Autorità il 21 luglio 2008;

VISTA la Delibera n.1/10/CIR recante " modifica dei termini di operatività del codice segreto di cui alla Delibera n. 52/09/CIR";

VISTA la circolare della Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica del 26 febbraio 2010, recante "*Misure attuative relative alle procedure di cui alla delibera n. 52/09/CIR*";

VISTI i provvedimenti di accertamento e contestazione del Direttore della Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica n.10/09/DIR notificati il 19 novembre 2009, con i quali sono stati ascritti, alla società Wind Telecomunicazioni s.p.a., la violazione dell'articolo 18 della delibera n. 4/06/CONS, in combinato disposto con l'articolo 4, comma 1, della delibera n. 41/09/CIR e – contestualmente - la violazione delle disposizioni di cui all'articolo 20, comma 3, della delibera n. 4/06/CONS, nella versione modificata dall'articolo 2 della delibera n. 274/07/CONS in quanto Wind ha utilizzato 50 identificativi (COW multipli), in luogo del singolo identificativo COW del proprio codice di migrazione, distribuiti casualmente ai propri clienti;

VISTA la proposta definitiva di impegni presentata, ai sensi della legge n. 248/06, in data 18 gennaio 2010 dalla società Wind Telecomunicazioni SpA. successivamente integrata e sostituita con documento definitivo del 18 giugno 2010;

VISTI gli atti e le relazioni del responsabile del procedimento, le risultanze istruttorie e la documentazione relativa alla proposta di impegni e gli esiti della consultazione pubblica relativa al documento di cui al precedente alinea;

VISTA la delibera n. 308/010/CONS del 24 giugno 2010 recante "*Approvazione della proposta di impegni presentata dalla Wind telecomunicazioni s.p.a., ai sensi della legge n. 248/06, relativa al procedimento sanzionatorio n. 10/09/Dir*" che ai sensi e per gli effetti dell'articolo 12 *ter* della Delibera n.136/06/CONS e s.m.i. sospende, fino a compiuta verifica, il richiamato procedimento sanzionatorio n. 10/09/DIR;

VISTA la documentazione a riscontro dell'adempimento degli impegni assunti dalla società Wind

CONSIDERATO quanto di seguito in ordine a:

Verifica degli impegni e valutazioni istruttorie

1. Si evidenzia che dall'approvazione degli impegni da parte del Consiglio dell'Autorità discende, ai sensi della delibera n. 136/06/CONS, l'iter procedimentale di periodica verifica in ordine alla corretta attuazione degli stessi da parte dell'operatore proponente. La fase di valutazione relativa all'esatto adempimento degli impegni richiede la concreta verifica delle misure apprezzate, già in fase di approvazione degli impegni, come oggettivamente idonee a migliorare lo stato regolamentare della concorrenza. A tal proposito la periodicità dei controlli si è concentrata sugli interventi ritenuti utili sotto il duplice e positivo profilo di migliorare l'assetto concorrenziale tra operatori e di contestuale agevolazione degli utenti finali nella fase di richiesta di migrazione del proprio servizio di telefonia fissa. A tale riguardo l'Autorità ha ritenuto idoneo, al fine di assicurare la corretta e definitiva attuazione degli impegni, un periodico e costante controllo dell'attività dell'operatore per complessivi due anni. In tale arco temporale la verifica in ordine all'effettiva correttezza degli adempimenti da parte di Wind è stata perseguita attraverso l'analisi di eventuali segnalazioni da parte degli operatori, l'interlocuzione interna con la Direzione Tutela dei Consumatori (con particolare riferimento all'impegno 2) e con la società stessa (con particolare riferimento all'impegno 3), alla quale è stato espressamente richiesto l'invio periodico di *report* mensili necessari a chiarire nel dettaglio, e complessivamente, il numero di ordini processati con il termine abbreviato dei 2 giorni lavorativi, così come previsto dalla citata delibera di approvazione degli impegni.

Impegno 1

2. Wind si è impegnata sin dalla presentazione della preliminare proposta di impegni (18 gennaio 2010), ponendo in tal moto fine alla condotta illegittima, a porre in essere i necessari adeguamenti dei propri processi al fine di processare manualmente tutti gli ordinativi provenienti dagli altri OLO, precedentemente bloccati a causa della incapacità, per questi, di gestire il codice identificativo COW multiplo. Nello specifico Wind ha consentito agli operatori che non avevano implementato, in qualità di *recipient*, la gestione del COW multiplo di inviare comunque l'ordine di migrazione con il COW=WIN. La Direzione Rete dell'Autorità non ha ricevuto, a seguito della implementazione di tale misura da parte di Wind (18 gennaio 2010), ulteriori segnalazioni da parte degli operatori. Ciò consente di ritenere che l'impegno sia stato correttamente implementato. Rileva, peraltro, che con l'entrata in vigore della delibera n. 52/09/CONS (a far data dal 31 gennaio 2010) tutti gli operatori sono stati obbligati ad implementare il COW

multiplo, per cui *l'impegno 1* ha perduto ogni ragion d'essere come pure ogni vigilanza sullo stesso (l'impegno ha prodotto i suoi effetti concreti dal 18 gennaio al 31 gennaio 2010).

Impegno 2

3. Tale impegno (attuativo dal 18 febbraio 2010) riguarda la fornitura "in tempo reale", da parte di Wind ai propri clienti, del codice di migrazione mediante *call center* o risponditore automatico (IVR). In tale ottica la Direzione ha provveduto ad accertare, attraverso – come detto - l'interlocuzione con la Direzione Tutela dei Consumatori l'assenza di segnalazioni da parte dell'utenza in ordine alla regolarità della fornitura, al cliente, del citato codice di migrazione ed alla immediata disponibilità dello stesso attraverso il risponditore automatico (IVR) ed il *call center*.
4. A riscontro delle richieste della Direzione Reti, la Direzione Tutela dei Consumatori – UGS - con nota del 1/04/2011 n.479/DIT e nota del 9/05/2012 n. 455 ha evidenziato solo 2 segnalazioni pertinenti- su migliaia di richieste- la mancata fornitura del *codice di migrazione* al cliente, cui ha avuto seguito l'avvio di un procedimento sanzionatorio da parte della stessa Direzione con atto di contestazione n. 2/12/DIT. Nel corso della fase di accertamento è però successivamente emerso che le fattispecie contestate hanno riguardato la mancata fornitura del codice mediante *call center* e che tale disservizio è imputabile ad un guasto tecnico del tutto eccezionale. Per tale ragione il Consiglio dell'Autorità ha, con delibera n.181/12/CONS, escluso ogni forma di addebito nei confronti dell'operatore per la violazione della delibera n. 52/09/CIR, in generale evidenziando l'impossibilità di escludere il verificarsi di malfunzionamenti episodici, viceversa da considerarsi "fisiologici" e riconducibili ad un problema di sistema o ad un errore umano dell'addetto al *call center*. Veniva viceversa riconosciuto a Wind - in tale ambito – di avere da tempo adottato modalità gestionali del tutto conformi alla delibera n. 52/09/CIR.

Impegno 3

5. Si evidenzia che – entro un mese dall'approvazione del documento di impegni – Wind era tenuta ad "... *aggiornare i propri processi informatici fornendo all'operatore recipient la comunicazione di rifiuto per causale "codice di migrazione errato" e "codice segreto errato" entro due giorni lavorativi dalla data di sottomissione della relativa richiesta*" (impegno 3).

Al fine di riscontrare il rispetto dell'obbligo su richiamato sono stati domandati alla società Wind– entro un mese dall'approvazione del documento di impegni e con cadenza mensile - riscontri documentali coerenti in ordine a:

- 1) il numero delle richieste di migrazione nel loro complessivo e giornaliero ammontare;
- 2) la data di eventuale notifica all'operatore *recipient* di *ko* per “*codice di migrazione errato*” e “*codice segreto errato*” riferito a ciascuna migrazione (nota prot Agcom n. 64030 del 4/11/2010).

Ciò premesso, la vigilanza sulla regolarità con la quale Wind ha processato gli ordini di migrazione - nei tempi ridotti di cui all’ “*impegno 3*”¹ - - è stata svolta per il tramite di puntuali verifiche ed analisi dei dati suddetti.

La società Wind ha inviato periodiche note - dal 24 agosto 2010 al 31 agosto 2012 - comunicando sia l’iniziale attivazione della misura sopra descritta, sia - a riprova del rispetto della misura e dell’efficacia della stessa - il dettaglio delle attività svolte per ottemperarvi.

Ebbene dagli elenchi prodotti sono rilevabili, a partire dal 4 agosto 2010, lavorazioni di ordini di migrazione verso gli altri OLO oggettivamente “abbreviate” e rispettose, dunque, del vincolo comportamentale contenuto nel documento di impegni, così come approvato con Delibera n.308/10/CONS del 24 giugno 2010.

In particolare, dalla documentazione fornita risultano regolarmente processati oltre un milione e trecentomila richieste di cui circa 73.000 relative ad ordini di migrazione verso altro operatore rifiutati per “*codice di migrazione errato* o *codice segreto errato*”. A tal riguardo giova sottolineare che, nella quasi totalità dei casi, la società Wind ha, fin dal primo mese di attività, ulteriormente migliorato il vincolo dei 2 gg. lavorativi, al quale si era originariamente impegnata, contraendo siffatto termine ad un solo giorno lavorativo (fatti salvi i fine settimana in cui il tempo di risposta è pari a 3 giorni) per esaminare e inviare al concorrente operatore la causale di rigetto dell’ordine. In tal modo Wind ha concretamente dimostrato di essere in grado di fornire, indistintamente a tutti gli altri OLO, riscontri ancora più veloci dei già accelerati termini ai quali si era impegnato.

6. I riscontri eseguiti sui tabulati descrittivi dei dettagli - forniti con cadenza periodica e relativi all’intero periodo di osservazione – rivelano una interruzione di tale virtuoso processo in quattro sole occasioni ed a causa di inconvenienti tecnici occorsi al sistema degli interscambi tra operatori.

In particolare il primo degli episodi citati si è verificato durante la prima settimana del mese di marzo 2011 ed ha riguardato n. 444 *ko* i cui *files* di risposta non venivano ricevuti dai *server* dei concorrenti OLO. In ogni caso giova rilevare che i *ko* sono stati

¹ Eventuali *ko* da inviare al *recipient* con causale “*codice di migrazione errato*” o “*codice segreto errato*” nei 2 giorni successivi alla ricezione dell’ordine- piuttosto che nei 5 regolamentati.

comunicati nei tempi previsti dalla delibera n.41/09/CIR, benché in ritardo rispetto ai più stringenti termini di cui agli impegni assunti. E' opportuno, però, a riguardo aggiungere che nel solo mese di marzo sono state regolarmente processate n. 108.187 richieste per le quali è stato emesso un ko all'operatore *recipient*. Di queste n.2679 per *codice di migrazione errato*.

Il secondo ritardo di processamento degli ordini di migrazione, rispetto ai 2 giorni di cui all'impegno 3, è occorso nella sola giornata dell'8 luglio 2011 e ha riguardato 103 richieste pervenute a Wind. Anche in tal caso, a causa di un problema tecnico sul sistema, le indicate comunicazioni di *ko* agli OLO sono state inviate con ritardo rispetto all'impegno assunto, ma comunque anch'esse nei tempi regolamentari di 5 giorni lavorativi. Nello specifico tali ordini sono stati ricevuti dai sistemi di Wind l'8 luglio – di venerdì- e scartati il 15 luglio. Anche in tale mese, giova richiamare, che le richieste correttamente gestite da Wind sono state complessivamente n.211.628, tra cui n. 6970 scartate per *codice di migrazione e codice segreto errato*.

Il terzo e quarto episodio di ritardo nella emissione del ko, rispetto ai 2 gg dell'impegno, si sono verificati nel mese di febbraio e luglio 2012. In particolare 150 richieste pervenute il 20 febbraio sono state processate con un modesto ritardo (il giorno 24 anziché il 22) a causa di un problema tecnico di sistema. Le stesse circostanze risultano ricorrere per 149 ordinativi ricevuti il 27 luglio u.s. e lavorati (con emissione del corretto ko) il 1° agosto.

In base a quanto premesso le valutazioni sul rispetto da parte di Wind in ordine all'impegno in oggetto si fondano sulle considerazioni che seguono.

E' fuori di dubbio che le verifiche svolte abbiano accertato la presenza di casi, temporalmente concentrati in pochi giorni su due anni di osservazione, di malfunzionamento del processo concretizzatosi in un ritardo nella emissione del ko tecnico, rispetto ai 2 gg dell'impegno.

Si tratta di valutare se tali circostanze erano evitabili e comunque se le stesse siano suscettibili di mettere in discussione il vantaggio pro-competitivo delle misure adottate da Wind.

Da un punto di vista quantitativo, si ritiene che gli episodi verificatesi, di ritardo nella emissione del ko, debbano essere apprezzati rapportandoli alla mole di ordini ricevuti di cui, infatti, quelli scartati per "*codice di migrazione errato*" e "*codice segreto errato*" non rappresentano che una piccola parte. Si rammenta, a tale proposito, che nel periodo esaminato Wind ha lavorato complessivamente circa un milione e trecentomila ordini emettendo circa 73.000 scarti per *codice di migrazione errato* e "*codice segreto errato*". Di questi, i casi di ritardo nella emissione del ko, ammontano ad alcune centinaia (circa 850), concentrati in pochi giorni (su un periodo di osservazione di 2 anni).

Il dato quantitativo su riportato evidenzia che il numero di “malfunzionamenti” rappresenta un valore di molto inferiore allo 0,001% degli ordini processati (alcune centinaia su 1,3 milioni). Inoltre il numero di “malfunzionamenti” nella emissione di ko per *codice errato* corrisponde ad una percentuale inferiore al 2% sul numero degli scarti complessivamente emessi con tale stessa causale.

Tale apprezzamento numerico non lascia dubbi sul fatto che trattasi di episodi, non voluti, di non corretto funzionamento dei sistemi, di norma non evitabili (ma solo limitabili a fisiologiche percentuali) in processi caratterizzati da elevata complessità, come nel caso di specie.

Rileva a tale proposito che siffatti inconvenienti, da porre comunque in relazione alle migliaia di ordinativi giornalmente gestiti, sono stati debitamente segnalati da Wind, non risultano altresì contestati dagli operatori concorrenti, e sono stati anche evidenziati nella consueta reportistica di “*sintesi*”, fornita da Wind con regolarità.

7. Chiarito quanto sopra in merito alla ragionevolezza tecnica, sotto il profilo quantitativo, del numero di casi di malfunzionamento occorsi, intesi come mancato rispetto del limite temporale dei 2 giorni, le valutazioni che seguono consentono di ritenere che i casi rilevati, pur episodici, non sono in grado di incidere negativamente sulla complessiva e positiva valutazione in ordine al comportamento, stabilmente tenuto da Wind, durante l'intero periodo di osservazione.

Si ritiene a tale proposito che tali evenienze, ascrivibili essenzialmente a problematiche “tecniche”, viste ponendosi dall'angolo di osservazione più ampio non abbiano in alcun modo inficiato il beneficio che l'intero “sistema” ha tratto, e trae, dalle misure adottate ed implementate dall'operatore. Infatti il mercato ha, nella stragrande maggioranza dei casi (oltre il 98%), beneficiato di un ridotto tempo di processamento degli ordini.

A ciò si aggiunge che, nel rimanente 2% di casi, indipendentemente dall'assenza di censure da parte degli operatori concorrenti, comunque la trasmissione del *ko tecnico* in tutti i casi è avvenuta nei 5 giorni lavorativi regolamentari, a dimostrazione dell'assenza di alcuna volontà di Wind di frapporre ostacoli al processo di passaggio del cliente.

A tanto va poi aggiunto il più vantaggioso ed abbreviato termine di lavorazione dei rifiuti, ulteriormente contratto - *sua sponte* - da Wind ad un solo giorno lavorativo. Peraltro, nondimeno vale la considerazione che tale ulteriore miglioramento è stato operativo fin dal primo mese di inizio verifiche.

Per tali e concordanti ragioni si ritiene, in conclusione, positivamente apprezzabile il comportamento costantemente e correttamente tenuto da Wind, basato su centinaia di migliaia di utenze processate regolarmente secondo gli obblighi assunti.

VISTA la conclusiva relazione trasmessa dalla Direzione Reti e Servizi di Comunicazione elettronica nella odierna seduta, con la quale è rilevata l'oggettiva efficacia delle misure attivate ed il costante rispetto degli impegni assunti dall'operatore;

RITENUTO di accogliere la proposta di archiviazione formulata in ordine al procedimento sanzionatorio n. 10/09/DIR da parte della Direzione Reti e Servizi di comunicazione Elettronica;

UDITA la relazione del Commissario Antonio Martusciello, relatore ai sensi dell'art. 31 del Regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità di cui alla delibera n. 223/12/CONS;

DELIBERA

1. L'archiviazione, nei termini di cui in motivazione, del procedimento sanzionatorio n. 10/09/DIR, del 19 novembre 2009 avviato nei confronti della società Wind S.p.A. per avere quest'ultima correttamente attuato gli Impegni approvati con delibera n. 308/10/CONS;
2. Ai sensi dell'articolo 133, comma 1, lett. l) e dell'art. 135, comma 1, lett. b), del decreto legislativo 2 luglio 2010, n.104, recante il Codice del processo amministrativo, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.
3. Ai sensi dell' articolo 119 del medesimo Codice il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni decorrenti dalla notifica del medesimo.
4. La presente delibera è notificata all'operatore e pubblicata sul sito *web* dell'Autorità *www.agcom.it*.

Roma, 21 novembre 2012

f.f. IL PRESIDENTE
Antonio Preto

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonio Martusciello

Per visto di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE *ad interim*
Laura Aria