

DELIBERA N. 671/10/CONS

ARCHIVIAZIONE DEL PROCEDIMENTO SANZIONATORIO N. 1/10/DIR AVVIATO NEI CONFRONTI DELLA SOCIETA' TELECOM ITALIA S.P.A. PER VIOLAZIONE DEL COMBINATO DISPOSTO DEGLI ARTICOLI 13 E 14 DELLA DELIBERA N. 642/06/CONS

L'AUTORITÀ

NELLA riunione del Consiglio del 17 dicembre 2010;

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;

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 per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 136/06/CONS, ed il relativo Allegato A, recante “*Regolamento in materia di procedure sanzionatorie*”, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la delibera dell’Autorità n. 130/08/CONS, recante “*Riforma della delibera n. 54/08/CONS, a sua volta recante “Modifiche ed integrazioni al regolamento in materia di procedure sanzionatorie in attuazione dell’art. 14 bis del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, e del regolamento in materia di impegni di cui alla delibera n. 645/06/CONS*”;

VISTA la delibera dell’Autorità n. 131/08/CONS, recante “*Modifiche al regolamento in materia di impegni di cui alla delibera n. 645/06/CONS*”;

VISTA la delibera 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 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, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la delibera n. 152/02/CONS recante “*Misure atte a garantire la piena applicazione del principio di parità di trattamento interna ed esterna da parte degli operatori aventi notevole forza di mercato nella telefonia fissa*” pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 27 giugno 2002, n. 153;

VISTA la delibera n. 642/06/CONS recante “*Mercati dei servizi telefonici locali, nazionali e fisso-mobile disponibili al pubblico e forniti in postazione fissa per clienti residenziali e non residenziali: (mercati n. 3 e n. 5 della raccomandazione della Commissione Europea n. 2003/311/CE)*”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 18 dicembre 2006, n. 293, ed, in particolare, gli articoli 13 e 14;

VISTA la delibera n. 499/10/CONS recante “*Adeguamento e innovazione della metodologia dei test di prezzo attualmente utilizzati nell’ambito della delibera n. 152/02/CONS “misure atte a garantire la piena applicazione del principio di parità di trattamento interna ed esterna da parte degli operatori aventi notevole forza di mercato nella telefonia fissa”* pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 28 ottobre 2010, n. 253;

VISTA la relazione dell’Ufficio Disciplina e Vigilanza della Direzione Reti prot. n. 397/DIR/10 del 4 agosto 2010 e relativi allegati;

VISTO l’atto direttoriale n. 1/10/DIR del 12 agosto 2010, notificato in data 18 agosto 2010, con il quale è stata contestata alla società Telecom Italia S.p.A., con sede principale in Milano, Piazza Affari, n. 2 e sede secondaria in Roma, Corso d’Italia, n. 41, la violazione accertata con il verbale di accertamento n. 1/10/DIR;

VISTO il verbale di accertamento n. 1/10/DIR del 12 agosto 2010, notificato contestualmente all’atto di contestazione 1/10/DIR, con il quale sono stati recepiti gli esiti del procedimento di valutazione avviato dall’Ufficio Disciplina e Vigilanza della Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica (nel seguito: Direzione Reti), ai sensi dell’articolo 14, comma 2, lettera d), della delibera n. 642/06/CONS, in relazione all’offerta praticata da Telecom Italia nell’ambito della gara indetta dal comune di Firenze avente ad oggetto l’erogazione del servizio di telefonia fissa e dei servizi collaterali ed accessori. In particolare, emergeva che in entrambe le ipotesi di modello di rete tradizionale e modello fondato sulla possibilità per un operatore alternativo di implementare una configurazione tecnico-impiantistica di rete “*efficientata*”, i prezzi dei servizi di traffico locale e nazionale non superano la soglia di replicabilità (c.d. test 2) di

cui all'allegato E della delibera n. 152/02/CONS, in violazione del combinato disposto degli articoli 13 e 14 della delibera n. 642/06/CONS;

UDITA la società in data 22 settembre e 2 dicembre 2010 e vista la documentazione presentata da Telecom Italia nel corso di tale ultima audizione;

VISTA la memoria difensiva di Telecom Italia prot. AGCOM n. 57962 del 7 ottobre 2010, inviata a mezzo *fax* in data 4 ottobre 2010, in accoglimento dell'istanza di proroga del termine di presentazione di scritti difensivi e documenti, di cui all'articolo 9 della delibera n. 136/06/CONS;

VISTI gli ulteriori elementi informativi inerenti le valutazioni di replicabilità dei servizi di traffico telefonico richiesti da Telecom Italia nel corso dell'audizione del 22 settembre 2009 e inviati dalla Direzione Reti in data 8 ottobre 2010;

VISTA la memoria integrativa, e relativo allegato, di Telecom Italia, inviata il 25 novembre 2010, prot. AGCOM n. 68369 del 29 novembre 2010;

VISTA l'ulteriore memoria integrativa, e relativi allegati, di Telecom Italia prot. AGCOM n. 70707 del 9 dicembre 2010;

VISTA la relazione formulata dalla Direzione Reti e Servizi di Comunicazione Elettronica;

CONSIDERATO quanto segue:

I. Argomentazioni di Telecom Italia S.p.A.

Nel chiedere che le valutazioni espresse nell'atto di contestazione siano riconsiderate, la società ha sollevato una serie di argomentazioni a propria difesa riguardanti, in particolare, i seguenti punti:

- a. l'applicabilità della delibera n. 499/10/CONS, che ha innovato le metodologie di svolgimento dei test di replicabilità;
- b. una serie di ipotesi tecniche e di dati di *input* impiegati dalla Direzione Reti per la determinazione delle soglie di replicabilità dei prezzi praticati per i servizi di traffico locale ed interdistrettuale;
- c. la lesione del legittimo affidamento e l'assenza di effetti pregiudizievoli per la concorrenza.

Sul punto sub a), Telecom Italia ritiene che, nell'ambito dell'attività istruttoria relativa ai fatti oggetto di contestazione, in applicazione del principio del *tempus regit actum*, la Direzione Reti avrebbe dovuto applicare la delibera n. 499/10/CONS, che ha abrogato i test di prezzo previsti dalla delibera n. 152/02/CONS, senza prevedere alcun regime transitorio, introducendo nuovi test di prezzo;

Sul punto sub b), la società ha svolto una serie di argomentazioni tecniche volte a dimostrare l'inadeguatezza dei valori impiegati dalla Direzione Reti nel calcolo della soglia di replicabilità. Tali argomentazioni hanno riguardato il valore di costo utilizzato per la funzionalità di rete relativa al *BBN-Media Gateway (B1)*; la mancata

considerazione delle efficienze produttive dell'OIR 2010 per la valutazione del parametro *Xolo* (B2); i parametri di instradamento del traffico locale (B3) e interdistrettuale (B4); il costo del trasporto nazionale su rete IP, desunto direttamente dalla contabilità regolatoria dell'esercizio 2007 (B5); i costi di terminazione (B6); la determinazione del parametro *Molo* (B7).

Sul punto sub c), Telecom ritiene che l'Autorità abbia ingenerato un legittimo affidamento in merito all'applicazione delle medesime metodologie utilizzate nella gara Intercent-ER e che la fattispecie contestata non ha effetti escludenti, perché riguarda una parte molto marginale dell'offerta complessiva, per la quale gli OLO hanno presentato prezzi ancora più bassi di Telecom.

Infine, nel corso del procedimento, la società ha sollevato ulteriori censure, nel seguito riassunte: incompatibilità dei modelli utilizzati dall'Autorità per il calcolo delle soglie di replicabilità con i principi di efficienza; erroneità del ricorso alla metodologia contabile a costi correnti e storici nella quantificazione dei costi di rete; erronea valutazione dei parametri *Cint* e *Coir*, come desunti dai listini di interconnessione in vigore per l'anno 2009; omesso svolgimento dei dovuti approfondimenti previsti dalla delibera n. 152/02/CONS nel calcolo della soglia di replicabilità.

II. Valutazioni dell'Autorità

Occorre preliminarmente chiarire che le argomentazioni difensive di Telecom Italia, con particolare riferimento alle ipotesi tecniche impiegate dalla Direzione Reti per la determinazione delle soglie di replicabilità dei prezzi (*sub b*), sulla scorta delle risultanze istruttorie, appaiono fondate.

Si osserva inoltre che le osservazioni di carattere tecnico risultano assorbenti rispetto a quelle di carattere giuridico (*sub a*) e *c*) e tale valutazione di assorbimento può estendersi anche in riferimento alle ulteriori censure sollevate dalla società nel corso del procedimento e riassunte brevemente alla fine del precedente paragrafo.

Infatti, le valutazioni tecniche (*sub b*) appaiono decisive e, da sole, idonee a dimostrare l'estraneità di Telecom Italia ai fatti contestati.

Sull'applicazione della delibera n. 499/10/CONS

Con riferimento all'applicazione al procedimento in corso della delibera n. 499/10/CONS, diversamente da quanto argomentato da Telecom Italia, si ritiene che, per ragioni di certezza, la disciplina regolamentare specifica prevista per la fornitura dei servizi oggetto di gara non può che essere quella vigente al momento della presentazione dell'offerta.

Pertanto, con riferimento ai servizi di traffico telefonico, oggetto della contestazione n. 1/10/DIR, la verifica dell'offerta presentata da Telecom Italia dovrà essere svolta tenendo conto esclusivamente degli obblighi di cui alle delibere n. 642/06/CONS e n. 152/02/CONS (vigenti al momento della presentazione dell'offerta da parte di

Telecom), con esclusione dell'applicazione dello *jus superveniens* (in particolare, della delibera n. 499/10/CONS).

A tale conclusione si perviene, altresì, riconoscendo che i test di prezzo concorrono a determinare la portata sostanziale degli obblighi tariffari imposti in capo all'*incumbent*, in adesione all'orientamento giurisprudenziale in base al quale, in materia di illeciti amministrativi, l'adozione dei principi di legalità, irretroattività e divieto di analogia, risultanti dall'art. 1 della legge n. 689/81, comporta l'assoggettamento del comportamento considerato alla legge del tempo del suo verificarsi, con conseguente inapplicabilità della disciplina posteriore più favorevole.

Tutto quanto sopra premesso, si ritiene necessario svolgere l'analisi di replicabilità sulla base di quanto disposto dalle delibere nn. 152/02/CONS e 642/06/CONS.

Sulle ipotesi tecniche ed i dati di input impiegati per le valutazioni di replicabilità inerenti i prezzi offerti per i servizi di traffico telefonico

Prima di passare all'esame delle conclusioni in merito alla valutazione dei servizi a traffico, appare utile riportare alcune considerazioni preliminari in merito alle ipotesi di lavoro utilizzate dagli Uffici sia nella fase di vigilanza, sia nella fase istruttoria successiva al provvedimento di contestazione.

In primo luogo, i valori di soglia per i servizi a traffico, individuati in esito al procedimento di valutazione di cui all'art. 14 della delibera n. 642/06/CONS e sottoposti all'esame del Consiglio dell'Autorità nella riunione del 22 luglio 2010 [omissis], sono stati determinati sulla base delle informazioni fornite da Telecom Italia nel corso del predetto procedimento, informazioni concernenti, in particolare i valori di costo determinati su base incrementale, alla luce della posizione dell'operatore di considerare irrinunciabile l'utilizzo dei dati di costo valutati su base incrementale.

Su quest'ultimo aspetto, si osserva che, al di là delle valutazioni sulla possibilità di adottare decisioni successivamente approvate dall'Autorità (delibera n. 499/10/CONS) che possono prevedere l'utilizzo di tale metodologia contabile, la considerazione più rilevante è che, ai fini delle valutazioni dei test di prezzo, è necessario utilizzare basi contabili coerenti con la definizione dei prezzi in Offerta di Riferimento. In questo contesto, si osserva che nel corso del procedimento le valutazioni sono state svolte sulla base dell'Offerta di Riferimento 2010, allo scopo di meglio approssimare l'evoluzione dei prezzi nel corso di validità dell'offerta presentata al Comune di Firenze. Ciò ha permesso di utilizzare i dati contabili di costo utilizzati per la predisposizione della suddetta Offerta di Riferimento.

Ulteriori correzioni, di natura comunque residuale, sono state conseguite attraverso un migliore apprezzamento dei dati di costo, consentito dall'ulteriore fase istruttoria svoltasi nel procedimento di contestazione.

Un altro importante aspetto da considerare è che, come già rappresentato in analoghe circostanze, la molteplicità delle ipotesi su cui si basano le valutazioni del test di replicabilità, induce a considerare i risultati ottenibili nell'ambito di un intervallo di

confidenza (valutabile nella fattispecie dell'ordine del +/- 4%) entro cui inserire i valori ottenuti. In altre parole, i risultati cui si perviene risentono necessariamente di ipotesi discrezionali (ad esempio la lunghezza media dei circuiti di interconnessione oppure il tasso di ammortamento di costi fissi che possono incidere sulla porzione di costi denominata C_int oppure la mancanza di riferimenti univoci per il costo del traffico VoIP) che, per necessità di analisi sono state considerate sul valore mediano ma che, abbastanza plausibilmente, potrebbero essere differenti nell'ambito del valore percentuale sopra indicato. Ciò induce ad assumere una valutazione del valore di soglia compreso nell'ambito di una "forchetta" di valori plausibili piuttosto che un valore puntuale sul cui confronto si possa determinare la replicabilità o meno di un prezzo. E' evidente che quando il prezzo risulta superiore al valore massimo dell'intervallo si può assumere il test senza dubbio superato. Quando il prezzo risulta inferiore al valore minimo il test non è superato. Quando il valore di prezzo si colloca nell'interno della forchetta occorre valutare attentamente tale aspetto nella decisione sulla replicabilità.

Inoltre, nel corso della valutazione, sono stati prospettati (sub punto B7 delle osservazioni di Telecom Italia) valori del parametro M_olo, ovvero il margine di replicabilità da aggiungere ai valori di costo determinati secondo la metodologia dei test di prezzo, differenti da quelli prospettati dalla Direzione Reti ed in qualche misura derivati dalla delibera n. 499/10/CONS. L'individuazione di tale percentuale di margine, nel caso in questione da effettuare sulla base del combinato disposto dalla delibera n. 642/06/CONS e dalla n. 152/02/CONS e non già della delibera n. 499/10/CONS, deve essere riferita alla effettiva situazione concorrenziale. Infatti ciascun operatore fissa liberamente tale margine purché, come in genere previsto nei bandi di gara, l'offerta risulti superiore ai costi di produzione. Pertanto, può essere valutato, nel caso in esame, un valore M_olo nell'ambito di uno specifico intervallo alla luce dei prezzi offerti dai concorrenti in altre gare o nella stessa gara indetta dal comune di Firenze [omissis], purché il valore M_olo applicabile risulti comunque superiore allo 0, ovverossia sia assicurata la copertura dei costi.

Tale aspetto va valutato congiuntamente a quanto osservato in merito al punto B6 da parte di Telecom Italia. Infatti, nella valutazione di un margine M_olo "ragionevole" che consenta la replicabilità di un prezzo offerto va anche considerata l'applicazione di prezzi di terminazione asimmetrici tra Telecom Italia e gli operatori alternativi che fa conseguire, a questi ultimi, un ricavo superiore rispetto a quello di cui Telecom Italia può avvalersi per l'erogazione del medesimo servizio di terminazione. La fissazione di un valore di M_olo ragionevole deve quindi tenere conto anche di questo aspetto.

Premesso quanto sopra, si riportano nel seguito le valutazioni conclusive sulla replicabilità dei prezzi offerti da Telecom Italia per i servizi di traffico locale e nazionale.

Traffico locale

Ai fini del test di replicabilità dei servizi a traffico locale risultano conferenti le osservazioni sviluppate da Telecom Italia in relazione ai punti sub B1, B2, B3 e B6. In merito alla questione del margine M_olo si rinvia a quanto indicato in precedenza.

Tenuto conto di quanto indicato in ordine al valore di M_olo e alla necessità di considerare un intervallo di confidenza per i risultati del test, si perviene ad un valore della soglia di replicabilità compreso tra:

[omissis]

dove il valore inferiore corrisponde alla misura minima dell'intervallo ed a un valore di M_olo nullo e, analogamente, il valore superiore corrisponde al valore massimo di confidenza e ad un M_olo del 12%.

Dal momento che il valore minimo dell'intervallo risulta inferiore al prezzo offerto da Telecom Italia [omissis] non si è in grado di concludere, oltre ogni ragionevole dubbio, che il prezzo offerto da Telecom Italia non sia replicabile, anche in considerazione dei prezzi offerti dai concorrenti per il medesimo servizio nell'ambito della stessa gara, inferiori al valore minimo dell'intervallo.

Traffico nazionale

Ai fini del test di replicabilità dei servizi di traffico nazionale risultano conferenti le osservazioni sviluppate da Telecom Italia in relazione ai punti sub B1, B2, B4 e B6. Anche in questo caso si rinvia, per quanto riguarda il parametro M_olo, alle considerazioni esposte in precedenza.

Tenuto conto di quanto indicato in ordine all'intervallo di confidenza ed al valore di M_olo si perviene ad un valore della soglia di replicabilità compreso tra:

[omissis]

dove il valore inferiore corrisponde alla misura minima dell'intervallo ed a un valore nullo di M_olo e, analogamente il valore superiore corrisponde al valore massimo di confidenza e ad un M_olo del 15%.

In tal caso, si verifica che anche il valore di soglia massimo risulta superato dal prezzo proposto da Telecom Italia [omissis] e, pertanto, si può concludere che il prezzo proposto per il traffico nazionale risulta replicabile.

RITENUTO, alla luce delle ipotesi tecniche e dei dati di *input* impiegati per le valutazioni di replicabilità inerenti i prezzi offerti per i servizi di traffico telefonico, che non ricorrono i presupposti per l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria prevista dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259;

RITENUTO, pertanto, non doversi dare ulteriore corso al procedimento in epigrafe;

UDITA la relazione dei Commissari Gianluigi Magri e Sebastiano Sortino, relatori ai sensi dell'articolo 29 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità;

DELIBERA

l'archiviazione del procedimento sanzionatorio n. 1/10/DIR, avviato nei confronti della società Telecom Italia S.p.A., per le motivazioni esposte nella parte motiva.

La presente delibera è pubblicata nel Bollettino Ufficiale dell'Autorità ed è resa disponibile sul sito *web* dell'Autorità: www.agcom.it.

Ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo n. 259/2003, i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo. La competenza di primo grado è attribuita in via esclusiva ed inderogabile al Tribunale Amministrativo del Lazio.

Ai sensi dell'articolo 119 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n.104, che ha abrogato gli articoli 21 e 23-*bis* della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, e successive modificazioni ed integrazioni, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica del medesimo.

Roma, 17 dicembre 2010

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Gianluigi Magri

IL COMMISSARIO RELATORE
Sebastiano Sortino

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Viola