

N. 01837/2013REG.PROV.COLL.  
N. 08468/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8468 del 2012, proposto da:

Wind Telecomunicazioni s.p.a., rappresentata e difesa dall'Avv. Gian Michele Roberti, con domicilio eletto presso l'Avv. Gian Michele Roberti in Roma, via del Foro Traiano, 1/A;

*contro*

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, rappresentata e difesa *ex lege* dall'Avvocatura Generale Dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*nei confronti di*

Telecom Italia s.p.a., rappresentato e difeso dall'Avv. Filippo Lattanzi, dall'Avv. Mario Siragusa e dall'Avv. Francesco Cardarelli, con domicilio eletto presso l'Avv. Filippo Lattanzi in Roma, via Pierluigi Da Palestrina 47;  
Fastweb s.p.a.;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III TER n. 06323/2012, resa tra le parti, concernente la determinazione prezzi dei

servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e di Telecom Italia s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 marzo 2013 il Cons. Massimiliano Nocelli e uditi per le parti l'Avv. Roberti, l'Avv. Lattanzi e l'Avv. Siragusa e l'Avvocato dello Stato Santoro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con atto di costituzione in giudizio in seguito ad opposizione a ricorso straordinario, proposto ai sensi dell'art. 10 del d.P.R. 1199/1971, Wind Telecomunicazioni s.p.a. (da qui in avanti, per brevità, Wind) impugnava *in parte qua* avanti al T.A.R. Lazio la delibera n. 731/09/CONS dell'Autorità Garante per le Comunicazioni (d'ora in poi, per brevità, AGCOM), recante la *“Individuazione degli obblighi regolamentari cui sono soggette le imprese che detengono un significativo potere di mercato nei mercati dell'accesso alla rete fissa (mercati 1, 4 e 5 fra quelli individuati dalla raccomandazione 2007/789/CE)”*.

Wind deduceva tre motivi di censura:

- 1) un *deficit* quanto alla tempistica e alle modalità procedurali, ritenute non idonee a consentire a Wind e agli operatori di partecipare alla fase consultiva precedente l'adozione del modello per la individuazione degli obblighi regolamentari;
- 2) la violazione dei legge, l'eccesso di potere, la contraddizione intrinseca e la illogicità manifesta, il difetto di motivazione con riferimento ai valori di partenza per la definizione dei servizi del WLR e del *bitstream naked*;
- 3) l'eccesso di potere, la violazione dei principi che informano il

procedimento amministrativo, il difetto di motivazione con riferimento alla continuità elettrica.

Con successivo e primo ricorso per motivi aggiunti Wind impugnava anche la delibera n. 578/10/CONS, recante la “*Definizione di un modello di costo per la determinazione dei prezzi dei servizi di accesso all’ingrosso alla rete fissa di Telecom Italia s.p.a. ed al calcolo del valore del WACC ai sensi dell’art. 73 della delibera n. 731/09/CONS*”, deducendo i seguenti motivi di illegittimità:

1) la violazione di legge, l’eccesso di potere, la contraddizione intrinseca, l’illogicità manifesta, il difetto di istruttoria, il difetto di motivazione con riferimento alla determinazione dei valori dei servizi ULL, con particolare riferimento ai costi della manutenzione correttiva;

2) la violazione di legge, l’eccesso di potere, la contraddizione intrinseca e la illogicità manifesta, il difetto di motivazione con riferimento ai valori di partenza per la definizione dei servizi del WLR e del *bitstream naked*;

3) l’illegittimo mantenimento della differenziazione tra i prezzi per i servizi WLR in funzione della tipologia di clientela (residenziale e *business*), nonostante l’indubbia identità dei costi sottostanti alla fornitura dei due servizi.

Con un secondo atto per motivi aggiunti Wind impugnava, inoltre, la delibera n. 71/11/CONS, recante “*Esito delle verifiche degli indicatori di qualità della rete di accesso di Telecom Italia, ai sensi degli artt. 5, 6 e 7 della delibera n. 578/10/CONS ai fini dell’applicazione delle variazioni in aumento dei prezzi dei servizi di accesso all’ingrosso per l’anno 2011*”.

Wind lamentava che tale delibera avesse determinato un tasso di intervento nuovo, diverso e significativamente più basso rispetto a quello contenuto nella delibera n. 578/10/CONS, così dimostrando l’incongruenza del valore della manutenzione manutentiva precedentemente determinato in questa delibera.

Sotto altro profilo, poi, Wind denunciava la violazione, da parte di

AGCOM, dei principi di partecipazione procedimentale per aver essa omesso l'audizione della medesima Wind, nonostante questa l'avesse formalmente richiesta.

Con un terzo atto di motivi aggiunti, infine, Wind impugnava anche le delibere di approvazione delle offerte di riferimento per TI nell'anno 2010 e, segnatamente, la delibera n. 27/11/CIR, recante “*Approvazione dei prezzi dei servizi a network cap dell’offerta di riferimento di Telecom Italia per l’anno 2010 relativa al servizio wholesale line rental (WLR)*”, la delibera n. 28/11/CIR, recante “*Approvazione dei prezzi dei servizi a network cap dell’offerta di riferimento di Telecom Italia relativa ai servizi di accesso disaggregato all’ingrosso alle reti e sottoreti metalliche (mercato 4) per il 2010*” e la delibera n. 29/11/CIR, recante “*Approvazione dei prezzi dei servizi a network cap dell’offerta di riferimento di Telecom Italia per l’anno 2010 relativa ai servizi bitstream (mercato 5)*”, in quanto afflitti da illegittimità derivata, conseguente ai vizi denunciati da Wind con le precedenti impugnative.

Nel giudizio di prime cure si costituivano sia AGCOM che TI, contestando entrambe sia l'ammissibilità che la fondatezza dei ricorsi *ex adverso* proposti avverso le menzionate delibere.

Il TAR Lazio, con la sentenza n. 6323 dell'11.7.2012, ha rigettato tutti i ricorsi proposti da Wind, ritenendo infondate le doglianze da questa formulate.

Avverso tale sentenza proponeva appello Wind, articolando i seguenti quattro motivi:

- 1) la violazione di legge, l'eccesso di potere, la contraddizione intrinseca, l'illogicità manifesta, il difetto di istruttoria e il difetto di motivazione con riferimento alla determinazione dei valori dei servizi ULL;
- 2) la violazione di legge, l'eccesso di potere, la contraddizione intrinseca, l'illogicità manifesta, il difetto di istruttoria e il difetto di motivazione con riferimento alla determinazione dei valori dei servizi WLR e *bitstream naked*;

3) il perdurare, sino al 2012, della differenza tra il costo del servizio WLR *residential* e WLR *business*;

4) il difetto di motivazione e la violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato con riguardo al secondo atto per motivi aggiunti di ricorso avverso la delibera n. 71/11/CONS.

Si costituivano, anche in questo giudizio di appello, AGCOM e TI che, per parte loro, si opponevano all'accoglimento dell'appello, reiterando le proprie deduzioni in ordine alla infondatezza del ricorso originariamente proposto.

All'udienza pubblica del 15.3.2013 il Collegio, udita la discussione dei difensori, ha riservato la causa in decisione.

## DIRITTO

1. L'appellante Wind, come accennato in premessa, ha impugnato le delibere n. 731/09/CONS, n. 578/10/CONS, n. 71/11/CONS, assumendo che AGCOM, nel determinare i prezzi da corrispondere a TI per la vendita dei servizi di accesso fisico e virtuale alla rete fissa, non avrebbe coerentemente sviluppato, per alcuni profili, il modello economico di costo dei medesimi servizi.

1.1. L'elevata complessità tecnica delle questioni da trattare preliminarmente impone, seppur con la sinteticità richiesta dall'art. 3, comma 2, c.p.a., un breve inquadramento della materia regolamentata dalla delibera oggetto di impugnativa.

1.2. Il mercato delle comunicazioni elettroniche vede, ancor oggi, la posizione dominante di Telecom Italia s.p.a., unica proprietaria della rete storica in rame.

L'AGCOM, Autorità regolatrice del settore, dopo aver accertato con delibera n. 314/09/CONS la sussistenza, in capo a TI, di una posizione dominante nei mercati dell'accesso, ha definito, con le successive delibere n. 731/09/CONS e n. 578/10/CONS, il regime applicabile ai c.d. servizi di

accesso fisico (ULL) e virtuale (*bitstream*).

La delibera n. 578/10/CONS, in questa sede impugnata, reca la definizione di un modello di costo dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa di TI.

Affinché anche gli operatori economici alternativi a TI (di qui in avanti, per brevità, OLO, acronimo di *other licensed operator*) possano efficacemente competere con questa nella fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche alla clientela finale (c.d. mercati *retail*), infatti, il legislatore europeo e, sulla sua scorta, l'AGCOM hanno dettato una disciplina del mercato delle comunicazioni elettroniche tesa ad evitare che il controllo dell'operatore dominante TI (c.d. *incumbent*) sulla infrastruttura storica, la rete in rame, sia un fattore preclusivo o, comunque, pregiudizievole per la concorrenza nei servizi di comunicazione nei mercati a valle.

Gli OLO, i quali non dispongono di tale rete di esclusiva proprietà di TI, si trovano nella necessità di ricorrere ai servizi che la stessa TI, in forza della regolamentazione europea e nazionale, è tenuta comunque ad offrire per connettere l'utente finale alla propria rete dorsale attraverso il c.d. ultimo miglio (c.d. *local loop*) e, cioè, quel tratto di rete costituito dal doppino in rame che corre al di sotto delle strade.

1.3. I servizi di accesso possono essere distinti nelle tre grandi categorie:

- 1) accesso disaggregato all'ultimo miglio, anche noto come *unbundling del local loop* (ULL);
- 2) accesso a larga banda all'ingrosso, anche noto come *wholesale broadband access* (WBA) o *bitstream*;
- 3) rivendita del canone all'ingrosso, conosciuto anche come *wholesale line rental* (WLR).

La normativa in materia persegue anche l'obiettivo di porre gli OLO nella condizione di svincolarsi dalla rete di TI e di creare una propria infrastruttura di comunicazione, pervenendo ad un modello concorrenziale

che ha il suo perno nella moltiplicazione delle reti di accesso.

La storia della regolamentazione dei servizi di accesso a banda larga dal 1999 ad oggi mostra come la possibilità di disegnare un efficace quadro regolamentare dipenda da numerosi interventi necessari a promuovere gradualmente lo sviluppo del mercato caratterizzato da dinamiche sufficientemente competitive.

La strategia incentivante l'infrastrutturazione è sintetizzata dal principio “*costruisci o acquisti*” (c.d. “*make or buy*”), il quale muove dall'esigenza di fornire agli OLO precisi segnali di mercato per consentire loro di muoversi con maggiore consapevolezza nelle proprie strategie aziendali o decidendo di appoggiarsi alla vecchia rete in rame di TI (strategia del *buy*) o preferendo invece, come l'AGCOM mostra di volere privilegiare, l'investimento nella costruzione di una propria rete in fibra (strategia del *make*), che costituisce il futuro dei sistemi di comunicazione elettronica.

Un simile obiettivo di lungo periodo richiede, però, che gli OLO possano ritagliarsi una “fetta” di mercato adeguata, fornendo servizi sempre più completi, moderni e convenienti alla clientela finale.

Quest'ultima deve, in tale prospettiva, formulare una domanda di tali servizi tale da indurre gli OLO ad un radicale investimento nei servizi infrastrutturati, sicché gli OLO trovino più conveniente risalire la scala degli investimenti (c.d. *ladder of investment*) e dotarsi di una rete autonoma da TI.

1.4. Nella scala degli investimenti i servizi WLR, WBA e ULL si pongono in un ordine crescente di infrastrutturazione.

Con il servizio WLR –*wholesale rental*– l'operatore alternativo che intenda offrire un servizio di fonia tradizionale ha la possibilità di acquistare all'ingrosso il servizio di rivendita del canone.

Il servizio WLR consente all'operatore economico, che non abbia ancora investito in ULL, di potersi presentare al cliente finale anche come

“operatore di accesso”, così evitando che l’utente finale continui ad essere vincolato contrattualmente a TI.

I servizi WBA o *bitstream* consistono, a loro volta, nella fornitura di una capacità trasmissiva tra la postazione di un utente finale e il punto di presenza di un operatore alternativo interessato ad offrire il servizio a banda larga (come, ad esempio, quello xDSL) all’utente finale.

Il servizio in questione può essere offerto in due modalità:

- condivisa, allorché sulla stessa linea coesistono i servizi dell’operatore dominante, nel caso di specie TI, che fornisce il servizio voce sulla porzione di doppiino dove viaggiano le basse frequenze, e quelli dell’operatore alternativo, che fornisce il servizio dati a banda larga sulla porzione di doppiino ad alta frequenza, sicché si parla di “*bitstream asimmetrico su linea condivisa*”, essendo la linea attiva in quanto già utilizzata dall’utente finale di TI per il servizio voce;
- *naked* (o su linea “dedicata”), quando l’operatore alternativo fornisca il solo servizio dati a banda larga, sicché si parla anche di “*bitstream asimmetrico su linea dedicata*”, su una linea, per il resto, non attiva in quanto non utilizzata già dall’utente per il servizio voce.

In cima alla scala degli investimenti si situa, infine, il servizio ULL, vero perno di un modello concorrenziale fondato sulla moltiplicazione delle reti di accesso.

Nel sistema di *unbundling*, dunque, l’elevata infrastrutturazione del servizio pone gli OLO in condizione di gestire l’utente finale, grazie all’accesso fisico all’ultimo tratto della rete di comunicazioni dell’operatore dominante, in uno stato di autonomia pressoché totale.

In particolare, per quanto concerne l’obbligo di controllo dei prezzi dei servizi di accesso all’ingrosso di *unbundling*, *bitstream* e WLR, l’AGCOM ha deciso di applicare un meccanismo di programmazione pluriennale del tipo *network cap*, che costituisce un sistema di controllo dei prezzi pluriennale nel



quale, anno per anno, viene fissato il limite massimo del prezzo di determinati beni/servizi.

La variazione percentuale da un anno all'altro è determinata in base ad una formula matematica del tipo  $IPC - X$ , ove IPC è l'Indice della variazione dei Prezzi al Consumo ed X è il parametro scelto per determinare la variazione annua consentita dal prezzo di servizi considerati nel paniere oggetto di regolazione.

In tal modo, se si fissano opportunamente il valore iniziale del sistema di *cap* ed il parametro X di riduzione dei costi di produzione, è possibile garantire l'orientamento al costo del prezzo di servizio.

Tale meccanismo di *orientamento al costo*, che è centrale all'interno di tale modello prescelto dall'Autorità regolatrice, consente agli OLO di conoscere in anticipo i prezzi di partenza degli *input* dei servizi intermedi e di avere una previsione di lungo periodo sulla loro evoluzione media nei successivi tre anni.

È stato efficacemente osservato, in dottrina, come l'approccio regolamentare rispetto al mercato abbia subito una "*rivoluzione copernicana*" passando, per un periodo di transizione correlato alle necessarie tempistiche di attuazione del nuovo modello, da un approccio *retail minus* ad una metodologia di analisi orientata ai costi (c.d. *cost based*).

1.5. La delibera n. 731/09/CONS espressamente prevede che "*rispetto all'orientamento al costo, il Network cap può, da un lato, costituire un incentivo per Telecom Italia all'incremento della propria efficienza produttiva e, dall'altro lato, assicurare maggiore certezza regolamentare agli operatori alternativi?*".

Nelle linee fondamentali di tali previsioni, peraltro, l'AGCOM:

- a) ha confermato l'adozione di un meccanismo di programmazione pluriennale per i servizi ULL;
- b) ha introdotto un meccanismo di *network cap*, in sostituzione di quello di orientamento al costo previsto dalla precedente delibera n. 34/06/CONS,

per i servizi *bitstream*;

c) ha introdotto un meccanismo di *network cap*, in sostituzione del meccanismo del *retail minus*, previsto precedentemente dalla delibera n. 33/06/CONS per il servizio WLR e per il servizio *bitstream naked*.

1.6. L'AGCOM, perseguendo, come detto, la strategia di favorire l'infrastrutturazione degli OLO lungo la scala degli investimenti, ha ritenuto di dover definire i valori dei vincoli di variazione percentuale annuale dei prezzi dei servizi (e, cioè, i valori delle X da sottrarre all'indice dei prezzi al consumo) sulla base di un modello di costo a costi incrementali di lungo periodo (LRIC) di tipo *bottom up* (BU) relativo alla rete di accesso.

È questo il c.d. modello BU-LRIC.

Il modello BU-LRIC (*bottom up – long run incremental cost*) prescelto da AGCOM si caratterizza per la definizione dei prezzi di accesso sulla base non già dei costi storici, effettivamente sostenuti dall'impresa dominante, ma in funzione dei costi teorici riconducibili ad una sorta di rete ipotetica, una rete che, anche quando configurata con l'approccio di tipo *scorched node* (che tiene conto di alcuni dati dell'attuale configurazione di rete, come si legge nel § 18 della delibera n. 578/§/CONS), è concepita sempre come nuova ed efficiente e, dunque, connotata per una struttura di costi pienamente ottimizzata.

La delibera n. 578/10/CONS contiene il modello con il quale sono determinati i costi prospettici relativi alla fornitura dei servizi di accesso a TI per il triennio 2010-2012, valori dai quali vengono definiti, altresì, i valori delle variazioni percentuali dei panieri (vincoli di *cap*) necessari per l'applicazione del meccanismo di *network cap*.

1.7. AGCOM ha ipotizzato la costruzione di una nuova ed efficiente rete di accesso in rame, tecnologia di riferimento in via quasi esclusiva nel triennio di riferimento, ed ha analizzato i principali elementi di costo per il modello

LRIC costituiti dai costi unitari di rete, dai costi di manutenzione e dai costi commerciali, atteso che il modello *bottom up* non è puro, ma tiene conto della realtà sulla quale va ad incidere.

Un modello economico di tal genere conduce alla determinazione di un costo di rete automaticamente ottimizzato e, pertanto, alla definizione di prezzi per i terzi depurati dagli oneri impropri riconducibili alle inefficienze e alle rendite di posizione della rete storica dell'operatore dominante (c.d. *incumbent*).

Deve precisarsi che, per verificare se il valore di un dato servizio all'ingrosso sia o meno orientato ai costi, è necessario definire in modo corretto il perimetro di attività necessarie alla produzione di tale servizio.

1.8. Con specifico riferimento ai servizi ULL il costo è riconducibile alle seguenti tre voci.

1) *costi di rete*, che rappresentano la parte preponderante dei costi del servizio ULL: si tratta essenzialmente dei costi connessi allo scavo e alla posa nonché alla manutenzione straordinaria degli elementi infrastrutturali (come, ad esempio, il doppino) necessari per fornire i servizi di comunicazione elettronica – sia a voce che dati – nell'ultimo miglio, della rete di comunicazioni elettroniche;

2) costi di *manutenzione correttiva*, che rappresentano una parte significativa – seconda, per importanza, ai costi di rete – dei costi sottostanti alla fornitura del servizio ULL: si tratta dei costi connessi agli interventi tecnici effettuati sull'ultimo miglio a seguito della segnalazione del guasto ed essi vengono determinati, come stabilisce la direttiva n. 578/10/CONS, sulla base del costo orario della manodopera, del tempo impiegato per la risoluzione del guasto e del tasso di intervento, stimato dall'AGCOM nel 20,5%;

3) *costi commerciali*, che incidono per la parte residuale e che afferiscono alle attività svolte dalla divisione *wholesale* dell'operatore dominante per la commercializzazione dei servizi all'ingrosso.

In applicazione di tale metodologia, così sintetizzata, l'Autorità ha definito i seguenti valori del canone mensile ULL: 8,70 per il 2010, 9,02 per il 2011 e 9,28 per il 2012.

1.9. Con riferimento ai prezzi dei servizi WLR e *bitstream naked*, invece, l'Autorità regolatrice, nell'impugnata delibera n. 578/10/CONS, ha ritenuto di prendere le mosse dal precedente meccanismo del *retail minus*, ponendo quale punto di partenza, nel meccanismo sopra menzionato dei vincoli di *cap*, i prezzi richiesti da TI nel 2009 ai clienti finali.

Tale ibrida soluzione, pur adottata da AGCOM nella precisa consapevolezza che il sistema del *retail minus*, in prosieguo di tempo, debba essere gradualmente superato per lasciar posto all'integrale applicazione, anche a tali servizi, del meccanismo del *network cap*, è apparsa necessaria, secondo la delibera n. 578/10/CONS, per mantenere invariata la proporzione tra i prezzi dei servizi di accesso WLR e *bitstream naked* rispetto al canone del servizio ULL, sicché gli operatori alternativi dovrebbero essere incentivati, proprio da tale differenza di prezzo, ad investire in un servizio maggiormente infrastrutturato quale è, appunto, quello ULL.

Tali sono, in sintesi, le scelte operate dall'Autorità regolatrice per favorire la concorrenza ed incentivare l'infrastrutturazione nel settore delle comunicazioni elettroniche.

2. Dopo il breve inquadramento della materia trattata, necessaria premessa per una corretta disamina delle questioni portate all'attenzione di questo Consiglio, ritiene il Collegio doveroso precisare, pur sempre nella sinteticità prescritta dal codice di rito (art. 3, comma 2, c.p.a.), il fondamento e il limite del sindacato giurisdizionale sulla c.d. discrezionalità tecnica, soprattutto in un settore dell'ordinamento, come quello in esame, soggetto al potere regolatorio dell'Autorità indipendente.

Tale riflessione si impone ancor più, nel caso di specie, considerando che il

ruolo e il confine di tale sindacato costituiscono lo sfondo e, insieme, il costante riferimento dell'apparato motivazionale della sentenza impugnata, riferimento, tuttavia, che costituisce anch'esso motivo di accesa controversia tra le parti, quasi a voler proporre un'*actio finium regundorum* del complesso tema.

2.1. Sono sin troppo noti e, comunque, sin troppo articolati i termini del dibattito dottrinario e giurisprudenziale che si tramanda su tale *vexata quaestio*, ormai da anni, perché se ne possa, pur in una compendiosa esposizione, dar efficacemente ragguaglio in questa sede.

Qui basti solo rammentare che questo Consiglio, dopo un'iniziale autolimitazione del proprio scrutinio al solo profilo estrinseco dell'*iter* logico seguito dalla p.a. nella motivazione del provvedimento, ha riconosciuto successivamente la possibilità di un sindacato intrinseco sulla c.d. discrezionalità tecnica, al fine di vagliare la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto dall'amministrazione (Cons. St., sez. IV, 9.4.1999, n. 601).

A questo approdo ermeneutico la giurisprudenza è giunta sulla base del dato obiettivo, difficilmente contestabile, che la p.a., anche nell'accertamento di fatti complessi alla stregua di "concetti giuridici indeterminati" (cd. *unbestimmte Rechtsbegriffe*) o di "regole tecnico-scientifiche opinabili", debba ispirarsi ad un rigore metodologico e ad una coerenza applicativa che non possono non essere suscettibili di verifica e di controllo da parte del giudice amministrativo, nel loro intrinseco svolgimento, al fine di evitare che la discrezionalità tecnica trasmodi in arbitrio specialistico.

Anche materie o discipline connotate da un forte tecnicismo settoriale, infatti, sono rette da regole e principi che, per quanto "elastiche" o "opinabili", sono pur sempre improntate ad una intrinseca logicità e ad un'intima coerenza, alla quale anche la p.a., al pari e, anzi, più di ogni altro

soggetto dell'ordinamento in ragione dell'interesse pubblico affidato alla sua cura, non può sottrarsi senza sconfinare nell'errore e, per il vizio che ne consegue, nell'eccesso di potere.

2.2. Il giudice amministrativo, quindi, deve poter sempre verificare, anche mediante l'ausilio della c.t.u., se la p.a. abbia fatto buon governo delle regole tecniche e dei procedimenti applicativi che essa ha deciso, nell'ambito della propria discrezionalità, di adottare per l'accertamento o la disciplina di fatti complessi e se la concreta applicazione di quelle regole a quei fatti, una volta che esse siano prescelte dalla p.a., avvenga *iuxta propria principia*.

2.3. Fermo questo presupposto, che può dirsi ormai un dato di *ius receptum*, gli interpreti si sono poi interrogati e divisi sull'intensità di questo sindacato intrinseco, se, cioè, debba essere "forte", sino al punto che il giudice pervenga a sostituire la propria all'erronea valutazione tecnica della p.a., come ha sostenuto una parte della dottrina, o sia invece "debole", nella misura in cui impedisca un potere sostitutivo del giudice, tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del "concetto indeterminato" all'operato dell'Autorità, potendo questi solo verificare la logicità, la congruità, la ragionevolezza e l'adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, l'esistenza e l'esattezza dei presupposti di fatto posti a fondamento della deliberazione, secondo un orientamento che questo Consiglio ha avuto modo di esprimere in diversi arresti (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. VI, 21.3.2011, n. 1712).

2.4. Più di recente, con riferimento, ad esempio, ai provvedimenti dell'Autorità Antitrust, la giurisprudenza di questo Consiglio, nel tentativo di superare l'angusta e, per certi versi, riduttiva contrapposizione sindacato forte-debole, si è attestata su una linea ermeneutica secondo la quale che ciò che rileva non è tanto la qualificazione del controllo come "*forte*" o

“debole”, ma “l’esercizio di un sindacato comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito all’Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato” (Cons. St., sez. VI, 20.2.2008, n. 595).

Questa giurisprudenza ha messo in rilievo come il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, ben al di là di viete e stereotipe formule definitorie, sia effetto e, insieme, garanzia, a livello nazionale ed europeo, della legalità dell’azione amministrativa, sulla quale il giudice amministrativo, come ha chiarito anche la Corte Costituzionale nella sentenza n. 204/2004 e n. 191/2006, è chiamato ad esercitare il suo controllo quale “*giudice naturale*”.

2.5. La sterilità della rigida contrapposizione sindacato forte-sindacato debole, che rischia, per l’eccessiva astrattezza dei suoi schematismi, di smarrire il presupposto e il senso stesso del sindacato stesso sulla discrezionalità tecnica, si avverte tanto più in una materia, come quella presente, che interseca la problematica, altrettanto spinosa, del potere regolatorio dell’Autorità amministrativa indipendente.

L’esigenza che questo pubblico potere, da taluni definito anche “atipico” o “acefalo”, sia ricondotto e sottostia, come ogni altro, ad un principio di *legalità sostanziale*, non trovando esso un’espressa copertura costituzionale e suscitando, quindi, non poche riserve in ordine al fondamento della sua legalità formale, impone al giudice amministrativo di assicurare che la legittimazione di tale potere rinvenga la sua fonte, al di là delle garanzie partecipative che agli operatori del settore sono attribuite, a livello procedimentale, nella fase della consultazione, proprio o almeno nella corretta e coerente applicazione delle regole che informano la materia sulla quale incide.

La correttezza, la coerenza, l'armonia delle regole in concreto utilizzate, il loro impiego da parte dell'Autorità *iuxta propria principia*, secondo, quindi, un'intrinseca razionalità, pur sul presupposto e nel contesto di scelte ampiamente discrezionali, garantiscono e, insieme, comprovano che quel settore dell'ordinamento non sia sottoposto all'esercizio di un potere "errante" e sconfinante nell'abuso o nell'arbitrio, con conseguenti squilibri, disparità di trattamento, ingiustizie sostanziali, anche e soprattutto nell'applicazione di principi o concetti che, proprio in quanto indeterminati ed elastici, in gran parte reggono, per la loro duttilità, ma condizionano fortemente, per la loro complessità, vasti e rilevanti settori sociali.

2.6. Il limite del sindacato giurisdizionale, al di là dell'ormai sclerotizzata antinomia forte/debole, deve attestarsi sulla linea di un controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della pubblica autorità, assicuri la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza, anche e, vien fatto di dire, soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo, per le quali vengano in rilievo poteri regolatori con i quali l'autorità detta, appunto, "le regole del gioco".

Sono proprio queste brevi considerazioni, che riconducono direttamente al centro della problematica qui esaminata, a lumeggiare il senso e il limite del sindacato giurisdizionale sulla c.d. discrezionalità tecnica anche nella presente controversia, dove il controllo, invocato dall'appellante, sulla correttezza del modello economico in concreto applicato dal AGCOM sul piano regolatorio non mira, in alcun modo, a sostituire la valutazione del giudice a quella della competente Autorità, ma solo a verificare se tale modello, una volta adottato, sia stato coerente nei suoi sviluppi proprio alla luce delle finalità che la scelta regolatoria, nel suo complesso, mira a perseguire.

L'incoerente o incompleta applicazione di quel modello, ponendosi in contrasto con i principi che l'informano, può infatti frustare le stessa



finalità che hanno giustificato la sua adozione, essendo indubbio che anche teorie o principi economici possano essere applicate ben al di là del loro margine di elasticità e opinabilità, con risultati non consentanei alle loro premesse e, dunque, erronei.

3. Venendo quindi all'esame, nel merito, delle censure sollevate da Wind, dopo aver doverosamente chiarito il senso e il limite del proprio sindacato giurisdizionale *in subiecta materia*, il Collegio deve ora soffermarsi sull'analisi dei singoli motivi dedotti dall'appellante e volti a dimostrare, appunto, che AGCOM non abbia applicato coerentemente, nelle impugnate delibere, il modello economico adottato per la regolamentazione del settore.

3.1. Con il primo motivo Wind lamenta, sostanzialmente, una pluralità di vizi che affliggerebbero, in particolare, la delibera n. 578/10/CONS e le successive delibere di approvazione dell'OR di TI, lamentando la violazione di legge, l'eccesso di potere, la contraddizione intrinseca, l'illogicità manifesta e il difetto di motivazione con riferimento alla determinazione dei valori dei servizi ULL.

L'appellante premette, a sostegno della propria censura, che il modello BU-LRIC prescelto da AGCOM si caratterizza per la definizione dei prezzi di accesso sulla base non già dei costi storici, effettivamente sostenuti dall'operatore dominante, ma in funzione dei costi teorici riconducibili ad una sorta di rete ipotetica, una rete che, anche quanto configurata con l'approccio di tipo *scorched node* (che tiene conto di alcuni dati dell'attuale configurazione di rete), è pur sempre, come si è già avuto modo di chiarire, nuova ed efficiente e, dunque, connotata per una struttura di costi pienamente ottimizzata.

Un modello economico di tal genere conduce alla determinazione di un costo di rete automaticamente ottimizzato e, pertanto, alla definizione di prezzi per i terzi depurati dagli oneri impropri riconducibili alle inefficienze e alle rendite di posizione della rete storica dell'operatore dominante (c.d.

*incumbent*).

3.2. Wind sottolinea che, per verificare se il valore di un dato servizio all'ingrosso sia o meno orientato ai costi, è necessario definire in modo corretto il perimetro di attività necessarie alla produzione di tale servizio.

Con specifico riferimento ai servizi ULL, secondo quanto si è già evidenziato *supra*, il costo è riconducibile alle seguenti tre voci.

1) *costi di rete*, che rappresentano la parte preponderante dei costi del servizio ULL: si tratta essenzialmente dei costi connessi allo scavo e alla posa nonché alla manutenzione straordinaria degli elementi infrastrutturali (come, ad esempio, il doppino) necessari per fornire i servizi di comunicazione elettronica – sia a voce che dati – nell'ultimo miglio, della rete di comunicazioni elettroniche;

2) *costi di manutenzione correttiva*, che rappresentano una parte significativa – seconda per importanza ai costi di rete – dei costi sottostanti alla fornitura del servizio ULL: si tratta dei costi connessi agli interventi tecnici effettuati sull'ultimo miglio a seguito della segnalazione del guasto ed essi vengono determinati, come stabilisce la direttiva n. 578/10/CONS, sulla base del costo orario della manodopera, del tempo impiegato per la risoluzione del guasto e del tasso di intervento, stimato dall'AGCOM nel 20,5%;

3) *costi commerciali*, che incidono per la parte residuale e che afferiscono alle attività svolte dalla divisione *wholesale* dell'operatore dominante per la commercializzazione dei servizi all'ingrosso.

In applicazione di tale metodologia, così sintetizzata, l'Autorità ha definito i seguenti valori del canone mensile ULL: 8,70 per il 2010, 9,02 per il 2011 e 9,28 per il 2012.

3.3. L'appellante fa rilevare che un'analisi di *benchmark* internazionale dei valori del canone ULL, aggiornata al settembre 2012, mostra tuttavia come il valore 2012 italiano (€ 9,28) sia ben al di sopra della media europea 2012, pari ad € 8,09.

La doglianza di Wind mira, insomma, a dimostrare che il valore della manutenzione correttiva stimato da AGCOM non sia conforme al modello BU-LRIC, c.d. *forward looking*, orientato, cioè, al lungo periodo.

3.4. Secondo il T.A.R., invece, il modello adottato da AGCOM muoverebbe da tassi di intervento “*effettivamente rilevati*”, per poi ricondurli ad un livello di efficienza adeguato alla rete efficiente modellata, e sarebbe in linea con la scelta di applicare un approccio *scorched node*, con una scelta che appare logica e coerente rispetto alla finalità di evitare che “*una configurazione di rete del tutto teorica sia priva di una qualche utilità pratica, e che non può essere sostituita da un’altra scelta che, seppure in teoria altrettanto apprezzabile, non è stata ritenuta idonea in concreto ai fini che ne occupa attraverso un percorso argomentativo che disvela valutazioni intrinsecamente connotate da un alto tasso di discrezionalità tecnica, non sindacabili se non nei limiti consentiti, come sopra indicati*”.

Ritiene il giudice di prime cure, in altri termini, che non vi sarebbe alcuna contraddizione tra i dati della delibera n. 71/11/CONS, in quanto i tassi ivi riportati misurerebbero un diverso fenomeno (la qualità), con la conseguenza che gli indicatori della delibera n. 578/10/CONS e quelli della delibera n. 71/11/2011 sarebbero destinati “*a misurare entità distinte*” e, dunque, non comparabili.

Vi sarebbe, infine, una netta differenza tra il tasso di guasto, che serve ad indicare la qualità del servizio reso al cliente finale, con la conseguenza che esso non sarebbe un parametro idoneo a fondare il modello di fissazione dei prezzi dei servizi di accesso all’ingrosso, e il tasso di intervento che, per contro, è un indicatore che misura di costi di manutenzione di rete ed è, pertanto, idoneo a fondare tale modello.

3.5. L’appellante sviluppa al riguardo i seguenti rilievi critici.

1) La sentenza impugnata trascurerebbe, anzitutto, le puntuali osservazioni mosse dalla Commissione Europea, che ha fatto rilevare come i tassi di intervento inseriti nel modello AGCOM siano legati ad una rete storica

anziché essere orientati verso un'ipotetica rete di rame efficiente, con una minore occorrenza di guasti, e ciò contraddice l'obiettivo, dichiarato dalla stessa AGCOM, di simulare una rete efficiente entro il 2012.

2) Anche secondo l'approccio *scorched node*, poi, un tasso di intervento pari al 20% è talmente elevato da essere, anche *prima facie*, in contrasto con i principi di efficienza che informano i modelli di orientamento al costo di tipo BU-LRIC.

3) Il TAR omette di considerare altri valori che costituiscono, in ogni caso, un utile punto di riferimento, come i *benchmark* internazionali o altri dati che emergono, ad esempio, dalla delibera n. 71/11/CONS.

L'appellante rileva, sul punto, che il tasso di guasto e il tasso di intervento tendono a coincidere, quanto meno per gli interventi *in loco* (c.d. *on field*), poiché un sistema efficiente, quale quello ipotizzato dal modello AGCOM, deve consentire di riparare un guasto con un intervento.

L'equazione tasso di guasto = tasso di intervento sembra essere stata recepita, peraltro, anche dalla delibera n. 71/11/CONS.

3.6. La sentenza trascura, soprattutto e infine, qualsiasi riferimento alla valutazione dei contratti *flat* stipulati con i c.d. *system* unici.

Tali contratti, correntemente applicati, consentirebbero, secondo l'appellante, di svincolare il costo del servizio dal numero di interventi necessari per far fronte ai guasti, così riducendo il costo del servizio in questione.

In altre parole, se si sceglie di tener conto anche della situazione attuale, non si può trascurare che i costi di manutenzione correttiva contrattualizzati da TI in modo forfetario sono in realtà più contenuti di quelli modellati da AGCOM.

Ne risulterebbe, per questa via, l'irragionevolezza dei costi del canone ULL, ulteriormente confermata anche dall'art. 47, comma 2-*quater*, del D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito in L. 4 aprile 2012, n. 35, il quale stabilisce

che AGCOM individui le misure idonee ad assicurare l'offerta disaggregata dei prezzi relativi all'accesso all'ingrosso alla rete fissa e ai servizi accessori, in modo che *“il prezzo del servizio di accesso all'ingrosso alla rete fissa indichi separatamente il costo della prestazione dell'affitto della linea e il costo delle attività accessorie, quali il servizio di attivazione della linea stessa e il servizio di manutenzione correttiva”*.

3.7. L'AGCOM, nel costituirsi, ha eccepito che l'appellante trascurerebbe il fatto che la parametrizzazione dei costi ad una rete efficiente non costituisce un criterio immediatamente applicabile, ma rappresenta un obiettivo da perseguire e da raggiungere gradualmente entro l'anno 2012, passando dai costi correnti nell'anno 2009.

Il ragionamento dell'appellante sarebbe corretto, quindi, se riguardasse i costi dell'anno 2012 e non quelli del 2010, ai quali si riferisce la delibera impugnata.

Di ciò sarebbe quindi conferma il fatto che, con delibera n. 71/11/CONS, il tasso in questione è stato ridotto dal 20,50% al 15,1%.

3.8. Rileva l'appellata AGCOM, poi, che il riferimento ad una rete efficiente, sotto altro profilo, non significherebbe, come sostiene l'appellante, l'assenza di guasti e di interventi manutentivi, ma comporterebbe al contrario l'esigenza di investimenti adeguati e di interventi pronti ed immediati, che si tradurrebbero in costi corrispondenti. Nelle proprie valutazioni ai commenti della Commissione (cfr. punto 275 e ss. del provvedimento impugnato) l'AGCOM ha già chiarito che nel processo che ha condotto alla stima dei costi di manutenzione non si è inteso fare ricorso ad informazioni di costo riportate nella contabilità regolatoria di TI, se non quale valore di partenza.

I costi di manutenzione di rete, infatti, sono stati stimati mediante un modello che ridetermina i tassi di intervento effettivamente rilevati sulla rete di TI per l'anno 2009 in ragione di un livello di efficienza ritenuto

adeguato alla rete modellata.

Solo il valore iniziale della stima, quindi, sarebbe riconducibile alla realtà dei costi sostenuti da TI e non pure quello d'arrivo.

L'appellata AGCOM sottolinea che non potrebbe essere altrimenti, atteso che ogni valutazione prognostica, per essere affidabile, deve necessariamente muovere da un dato reale.

3.9. Il dato utilizzato dall'AGCOM non è costituito dal tasso di guasto, ma dal tasso di intervento.

Tale distinzione, che non sarebbe stata correttamente colta dall'appellante, è assai rilevante perché concerne parametri difficilmente comparabili, in quanto il tasso di guasto riguarda la frequenza di guasti che compromettono il funzionamento della rete fisica, determinando un disservizio per il cliente finale, e il tasso di intervento concerne, invece, la frequenza degli interventi dei tecnici per ripristinare la funzionalità della rete in relazione ad un determinato servizio erogato su quella linea (fonia e/o ADSL) ed è, quindi, invariabilmente superiore al tasso di guasto.

L'AGCOM, pur confermando la necessità di tener conto anche degli interventi ripetuti ai fini della soluzione di un singolo guasto, in quanto parte del complesso delle operazioni che sono necessarie a mantenere un adeguato livello di funzionamento della rete di accesso, ha approfondito l'entità della ridondanza dovuta agli interventi ripetuti e, al fine di incentivare TI a rendere ulteriormente più efficiente la propria rete, ha ritenuto opportuno, in fase di consultazione pubblica nazionale, ridurre di due punti percentuali il tasso di intervento originariamente proposto per il 2012, portandolo da un valore di 22,5% ad un valore di 20,5%, con una conseguente riduzione dei costi di manutenzione correttiva.

Tale ulteriore efficientamento, ad avviso dell'appellata AGCOM, sarebbe infatti dovuto proprio alla necessità di ridurre l'impatto degli interventi ripetuti a fronte dei guasti sulla stessa linea.

A ciò dovrebbe aggiungersi, infine, che i costi di manutenzione correttiva sono stati comunque ridotti ulteriormente di circa il 5% a seguito del già citato confronto operato dall'AGCOM tra la propria metodologia e quella dei modelli svedese e danese, proprio per recepire le osservazioni della Commissione Europea-

3.10. Analoghe considerazioni ha sviluppato anche l'appellata TI, costituendosi, nella propria memoria difensiva.

TI osserva, anzitutto, che le osservazioni della Commissione europea – la quale non avrebbe contestato, comunque, l'approccio *scorched node* seguito da AGCOM – non sono vincolanti, citando il precedente di Cons. St., sez. III, 15.5.2012, n. 2802, e osserva comunque che l'AGCOM, nel rispettare l'obbligo di motivazione rafforzata che incombe all'autorità regolatoria allorquando si discosta da siffatte osservazioni, ha rassicurato la Commissione Europea di non aver fatto ricorso ad informazioni di costo riportate nella contabilità regolatoria di TI, ma di aver stimato i costi di manutenzione secondo un autonomo modello e di aver, comunque, esaminato i dati trasmessi dagli OLO, tra i quali quelli relativi ai contratti di manutenzione con tariffe forfettarie.

L'AGCOM avrebbe poi ricondotto un ulteriore esercizio di riconciliazione con “*due modelli economici simili sviluppato da altre Autorità di Regolamentazione*” di “*pubblico dominio*” e, cioè, quella svedese e danese, ricorrendo all'ausilio di un consulente esterno ed indipendente quale è *Europe Economics*, il quale ha confermato la bontà della scelta compiuta dall'AGCOM.

L'AGCOM non si sarebbe quindi limitata a svolgere un'approfondita replica ai rilievi della Commissione, bensì avrebbe effettuato anche un supplemento di istruttoria, avvalendosi sia dei dati degli OLO sia dell'esperienza internazionale del proprio consulente.

3.11. TI contesta, poi, l'assimilazione che l'appellante istituisce tra il tasso di guasto e il tasso di intervento, ribadendo, come aveva già fatto AGCOM

nelle proprie difese, che si tratta di grandezze che misurano dati differenti e che non sono, quindi, comparabili.

Nemmeno la delibera n. 71/11/CONS dimostrerebbe l'incoerenza della delibera n. 578/10/CONS impugnata, in quanto si tratterebbe di un provvedimento avente finalità diversa, riguardando i disservizi che pregiudicano completamente l'uso della rete e che, come tali, impattano sulla qualità del servizio percepita dall'utente finale, mentre la delibera n. 578/10/CONS remunererebbe gli interventi resi da TI per risolvere tutti i disservizi sulle linee di accesso, anche quelli che non sono percepiti dall'utente, come, ad esempio, un rallentamento della velocità di *internet*.

Il provvedimento del 2011 indica un tasso di guasto pari al 15,1 % e considera, quindi, solo gli interventi *on field* e, cioè, quelli eseguiti *in loco* dai tecnici, interventi che, come detto, non esauriscono la gamma degli interventi nella loro totalità.

3.12. Non sarebbe poi nemmeno vero, infine, che la delibera impugnata abbia ignorato i contratti di manutenzione con tariffe *flat* prodotti dagli OLO.

AGCOM, al contrario, afferma di aver esaminato le informazioni circa i contratti stipulati dagli operatori alternativi quale *proxi* dei costi sostenuti dall'operatore dominante (§ 275 della delibera n. 578/10/CONS), ma ritiene che essi siano di limitata utilità, in quanto parziali, poiché si riferiscono ad attività di manutenzione che possono rendersi necessarie in sede di attivazione dei servizi (c.d. *provisioning*), mentre il tasso in questione non è limitato a tale specifica fase e include, invece, gli interventi realizzati da TI durante l'intera fase di vita della linea.

3.13. Anche la l. 35/2012, citata dall'appellante, non dimostrerebbe la validità della tesi sostenuta da questa, trattandosi di un intervento del legislatore mirato a sviluppare il business delle aziende terze che forniscono servizi di manutenzione, oggetto di procedura di infrazione da parte della



Commissione e fortemente criticato dal forum europeo dei regolatori (BEREC).

3.14. Il motivo di appello è in parte fondato.

La delibera n. 578/10/CONS resiste alle censure, sollevate in prime cure, disattese dal T.A.R. e in questa sede riproposte, laddove essa, facendo applicazione del modello BU-LRIC secondo un approccio *scorched node*, utilizza come base di partenza la rete dell'operatore dominante, di cui simula alcune riduzioni (c.d. efficientamenti).

La Commissione europea, del resto, non ha contestato l'approccio adottato dall'Autorità e basato sull'efficientamento dei costi di manutenzione di TI, ma l'ha invitata a maggiore "*cautela*" nel solo uso dei dati contabili di TI.

L'Autorità ha operato alcuni efficientamenti, proprio per conformare il modello ad una rete efficiente, osservando che, comunque, l'uso di dati derivati in maniera diretta o indiretta da informazioni relative alla rete dell'operatore dominante è una pratica comune in tutti i modelli di tale tipo, sviluppati dalle Autorità europee per la determinazione delle tariffe dei servizi di accesso all'ingrosso.

Al riguardo, come ha correttamente ritenuto la sentenza impugnata, devono essere disattese le censure mosse da Wind all'impugnata delibera.

AGCOM ha ben chiarito, nell'impugnata delibera, di non aver attinto ai parametri evincibili dalla contabilità regolatoria di TI, ma di aver proceduto con lo stesso approccio integrato, di cui si è avvalsa in via generale, per connotare di coerenza l'impianto metodologico.

Essa ha utilizzato i dati relativi all'attuale configurazione di rete dell'operatore di partenza solo come dato di partenza, muovendo dai tassi di intervento effettivamente rilevati, per poi ricondurli ad un livello adeguato alla rete "efficiente" ipotizzata dal modello, eliminando, ad esempio, i costi di manutenzione correttiva inefficienti, come quelli relativi a qualsiasi intervento che possa derivare dalla mera obsolescenza

impiantistica (§ 181 della delibera n. 578/10/CONS).

L'Autorità non si è dunque “adagiata” acriticamente sui dati della rete storica, diversamente da quanto afferma l'appellante, né si è conformata pedissequamente alla contabilità regolatoria di TI in contrasto con il presupposto della rete efficiente ipotizzata dal modello.

3.15. Non è del resto nemmeno esatto affermare, come fa l'appellante Wind, che una rete efficiente non sia soggetta a guasti e, conseguentemente, ad interventi manutentivi, poiché anche una rete efficiente può essere soggetta a guasti determinati dalle cause più varie, anche indipendenti dalla novità e dall'obsolescenza di rete.

L'efficienza ipotizzata dal modello non equivale, del resto, a perfezione della rete per la semplice ragione che un modello economico, come quello in questione, non può comunque fondarsi su considerazioni del tutto astratte e irrealistiche, che rischiano di perdere qualsivoglia legame di verificabilità rispetto al dato empirico, che non conosce *in rerum natura* una rete del tutto esente da interventi manutentivi.

Certamente una rete efficiente, come sostiene l'appellante, vede ridurre quanto più è possibile gli interventi di manutenzione, ma non al punto tale da rendere tale dato scarsamente significativo, considerando che gli stessi OLO, in sede di consultazione, hanno fatto riferimento alla *best practice* europea, che registra anche tassi di guasto pari al 10% e al 16%, secondo quanto si evince proprio dalla lettura della contestata delibera n. 578/10/CONS (§ 172), ma in nessun caso, ovviamente, è pari a 0.

3.16. Non è condivisibile nemmeno l'altro argomento dell'appellante, secondo la quale il tasso di guasto e il tasso di intervento tendono a coincidere, quanto meno per gli interventi *in loco* (c.d. *on field*), poiché un sistema efficiente, quale quello ipotizzato dal modello AGCOM, dovrebbe consentire di riparare un guasto con un intervento, né risponde al vero che l'equazione tasso di guasto = tasso di intervento sarebbe stata recepita,

peraltro, anche dalla delibera n. 71/11/CONS.

Correttamente la sentenza impugnata ha fatto rilevare che i due tassi non sono equivalenti né comparabili, perché misurano grandezze diverse.

Bene ha rilevato il primo giudice, infatti, che il tasso di guasto, individuato dalla Delibera n. 71/11/CONS, concerne i soli disservizi che pregiudicano completamente l'uso della rete e che, come tali, impattano sulla qualità del servizio percepita dall'utente finale.

La delibera n. 578/10/CONS, al contrario, deve remunerare gli interventi resi da TI per risolvere tutti i disservizi sulle linee di accesso, anche quelli che non sono percepiti dagli utenti finali, come, ad esempio, un rallentamento della velocità di connessione ad *internet*.

Inoltre, come fanno correttamente rilevare le difese delle parti appellate, il provvedimento del 2011, che indica un tasso di guasto pari al 15,1%, considera soltanto gli interventi *on field* e, cioè, quelli eseguiti *in loco* dai tecnici, i quali non esauriscono certamente la gamma degli interventi possibili e preventivabili, ove si consideri il pur non esiguo numero di interventi effettuati da remoto.

Il tasso di guasto, riguardando la problematica dal lato della clientela finale (*retail*), non è dunque un indice che possa essere posto a base del calcolo per i costi da considerarsi sul versante *wholesale*, che devono essere ancorati al tasso di intervento, come ha legittimamente ritenuto la delibera n. 578/10/CONS e, in primo grado, il T.A.R.

Il riferimento dell'impugnata sentenza al tasso di intervento appare corretto, pertanto, dato che un guasto può richiedere anche più interventi e che vi sono interventi che non nascono da una segnalazione di un guasto, da parte degli utenti, e che quindi non sono inclusi nel tasso di guasto.

3.17. L'impugnata sentenza non ha invece analizzato, incorrendo sul punto nel vizio di omessa motivazione, un altro profilo, pur rilevante, dedotto da Wind tra i motivi del ricorso proposto in prime cure (pp. 23-24) e, cioè,

l'esistenza di contratti con i quali gli operatori del settore – e tra di essi TI – contrattualizzano il rapporto con le imprese di riparazione prevedendo clausole imperniate su corrispettivi forfetari.

Wind ha ribadito tale censura alla delibera n. 578/10/CONS anche nel presente giudizio di appello, come si è sopra accennato, sottolineando la necessità di valutare i contratti *flat* stipulati con i c.d. *system* unici, poiché tali contratti, correntemente applicati, consentirebbero, secondo l'appellante, di svincolare il costo del servizio dal numero di interventi necessari per far fronte ai guasti, così riducendo il costo del servizio in questione, sicché Wind ha lamentato la mancanza di qualsivoglia approfondimento istruttorio e di qualsivoglia congrua motivazione, sul punto, da parte di AGCOM.

3.18. Il motivo, per tale limitato aspetto, merita accoglimento.

La delibera n. 578/10/CONS mostra, infatti, una motivazione insufficiente e illogica, nella parte in cui, pur mostrandosi consapevole dell'esistenza delle tariffe *flat*, non le prende adeguatamente in considerazione ai fini di una riduzione dei costi di manutentivi e ciò proprio al fine di porre in essere un ulteriore esercizio di riconciliazione che le consenta di adeguare e ricondurre i costi, calcolati sulla base di ipotesi economiche, alla realtà effettuale, proprio per evitare il rischio che il modello, finendo per peccare di astrattezza, giunga a conclusioni aberranti e persino contrarie alla finalità che si propone, quella, cioè, di simulare una rete efficiente e costi ad essa ragionevolmente parametrati.

L'esistenza di tali tariffe, pur nota all'Autorità, è da essa considerata scarsamente rilevante perché, come si evince dalla lettura della delibera n. 578/10/CONS, i dati forniti dagli OLO sarebbero parziali, ma sul punto l'Autorità ha omesso qualsivoglia accertamento istruttorio e, conseguentemente, qualsiasi approfondimento motivazionale capace di spiegare se e in che misura simili contratti, impiegati da TI, avrebbero

potuto condurre ad una incisiva riduzione dei costi di manutenzione, proprio in un'ottica di efficienza, mediante l'applicazione di tariffe forfetarie per gli interventi sulla rete.

3.19. La motivazione dell'AGCOM, sul punto, appare dunque carente e illogica, sicché la delibera impugnata deve essere annullata, laddove non ha adeguatamente valutato, anche all'esito di puntuale istruttoria, l'incidenza effettiva di tali contratti sui costi di manutenzione, in un esercizio di "riconciliazione" con la realtà mirante quanto meno a scongiurare il rischio che i costi ipotizzati dal modello addirittura superino i costi "efficientati" con simili contratti dagli operatori reali.

Il motivo di appello, articolato da Wind, deve quindi essere accolto, per quanto di ragione, in riferimento alla insufficiente ed illogica motivazione in ordine alla mancanza di qualsivoglia approfondita istruttoria e di convincente motivazione sull'effettiva incidenza dei contratti *flat* sui costi di manutenzione presi in considerazione dal modello, sicché AGCOM sarà chiamata a valutare analiticamente tali contratti per verificare se essi, quand'anche coprano solo in parte i costi di manutenzione della rete nel suo complesso, incidano su tali costi, abbattendoli comunque in misura significativa.

4. Con il secondo motivo di appello Wind deduce la violazione di legge, l'eccesso di potere, la contraddizione intrinseca, l'illogicità manifesta, il difetto di istruttoria e il difetto di motivazione con riferimento alla determinazione dei valori dei servizi WLR e *bitstream naked*.

In particolare l'appellante lamenta il perdurare, sino al 2012, di un prezzo di partenza per la definizione dei servizi WLR e *bitstream naked* non orientato al costo, in quanto definito in base al diverso meccanismo del *retail minus*.

4.1. Secondo il T.A.R. la scelta dell'Autorità non sarebbe illogica né contraddittoria, diversamente da quanto assume l'appellante, perché anche

il *retail minus* sarebbe una forma di orientamento al costo e, pertanto, non sarebbe corretto affermare che il valore del 2009 sia completamente sganciato dal controllo sui costi.

L'AGCOM sostiene correttamente, secondo il giudice di prime cure, di voler mantenere un certo differenziale con i prezzi relativi all'accesso alla rete in rame, fissando per i servizi sia ULL sia WLR sia *bitstream naked* il medesimo vincolo di variazione dei prezzi graduale che favorisce gli investimenti in rame rispetto ad un sistema definito dal T.A.R. "*più radicale*".

4.2. Sostiene l'appellante che l'AGCOM e il T.A.R. Lazio, così ragionando, non avrebbero tuttavia tenuto conto delle osservazioni della Commissione Europea, la quale ha osservato che il provvedimento dell'Autorità rischia di ostacolare gli investimenti degli operatori alternativi o, addirittura, di scoraggiare questi ultimi dal concorrere con TI "*proprio nelle zone in cui i servizi ULL non sono ancora disponibili*" ed ha invitato AGCOM a rivedere il proprio approccio regolatore per quanto concerne i prezzi dei servizi WLR e WBA.

AGCOM dovrebbe, in particolare, analizzare se i prezzi dei servizi WBA e WLR non siano fissati in maniera incoerente rispetto al modello BU-LRIC impiegato per i servizi ULL.

La Commissione Europea ha evidenziato che i prezzi di questi servizi, in quanto non orientati ai costi, non consentono di verificare se lo spazio economico tra i vari servizi di accesso sia in grado di fornire un corretto segnale di prezzo agli OLO.

L'appellante sostiene che l'unica scelta veramente coerente con la metodologia BU-LRIC consisterebbe nel definire il prezzo dei servizi in questione sin dal giorno "1" dell'applicazione di tale metodologia sulla base della contabilità regolatoria di TI, sommando al costo (accertato) dell'ULL il costo, altrettanto noto, della c.d. cartolina d'utente, così pervenendo ad

un valore di riferimento orientato al costo e, quindi, totalmente svincolato dai prezzi praticati da TI all'utenza finale.

AGCOM ha preferito, invece, affidarsi al sistema *retail minus* per la relativa semplicità di gestione e per una maggiore trasparenza, “*depurando il prezzo del canone per l'utente finale dai costi sostenuti dall'incumbent per la commercializzazione del servizio al dettaglio*” (delibera n. 33/06/CONS, § 212, all. A, poi ribadita dall'impugnata delibera 731/09/CONS).

L'inadeguatezza di questo approccio è stata riconosciuta, comunque, anche dalla stessa AGCOM che, con la successiva delibera n. 284/12/CONS, ha preso atto dell'andamento negativo del servizio WLR, determinato dai costi eccessivi di tale servizio, come aveva già segnalato la Commissione, che aveva rilevato come i prezzi del modello AGCOM non consentissero di verificare se lo “*spazio economico*” – cioè il mero intervallo di prezzo – fra i vari servizi di accesso fosse in grado di fornire un corretto segnale di prezzo agli operatori del mercato.

4.3. L'AGCOM, nel costituirsi, sostiene che tale motivo è infondato, osservando che la scelta nella metodologia da utilizzare per la determinazione dei prezzi dei servizi di accesso all'ingrosso per gli anni 2010-2012 costituirebbe il risultato di una ponderazione molto complessa, frutto di discrezionalità tecnica, e mirante a fornire corretti incentivi agli OLO per risalire la scala degli investimenti.

L'Autorità ha ritenuto opportuno che i prezzi dei servizi di accesso dovessero mutare gradualmente nel corso del tempo in modo da distribuire nel tempo gli effetti della variazione della metodologia di *pricing* adottata dall'Autorità.

Si sarebbe in questo modo definito un percorso di avvicinamento graduale al prezzo del canone di *unbundling* determinato dal modello di *network cap* per l'anno 2012, partendo dai prezzi in vigore per l'anno 2009 e mantenendo invariata la proporzione tra i prezzi dei servizi WLR e *bitstream*

*naked* rispetto al servizio ULL.

È evidente infatti, secondo l'appellata AGCOM, che in questo modo sarebbe possibile continuare a promuovere *in primis* la diffusione dei servizi di *unbundling* che, come anche riconosciuto dalla Commissione Europea in diverse occasioni, sono gli unici a poter garantire una vera competizione basata sulle infrastrutture per i servizi su rete in rame.

In una metodologia di tipo prospettico, così modellata, non rileverebbero i prezzi di partenza per l'applicazione del *network cap* quanto, piuttosto, i valori dei prezzi al 2012 e la giusta proporzione tra gli stessi.

4.4. Anche l'appellata TI assume che tale motivo sia infondato, rilevando come AGCOM abbia precisato che, nonostante la diversità delle modalità di determinazione del valore di partenza (orientato al costo per l'ULL e stabilito mediante un altro meccanismo per i due servizi di accesso in questione), la delibera adottata raggiungerebbe l'obiettivo di mantenere costante la differenza tra i prezzi in questione.

L'appellata, facendo peraltro proprie le argomentazioni sviluppate dalla sentenza del TAR, sostiene peraltro che il valore di partenza, per i servizi WLR e *bitstream naked*, sia stato stabilito dall'Autorità con la delibera n. 249/07/CONS tenendo conto del livello dei costi.

La delibera 643/12/CONS, diversamente da quanto assume l'appellante, non dimostrerebbe l'incongruenza del modello seguito dall'AGCOM, poiché essa non ha modificato retroattivamente il *network cap* o il modello BU-LRIC, bensì li ha completamente rimpiazzati, sia pure limitatamente al solo semestre giugno-settembre 2012 e unicamente per i servizi WLR, rideterminando *ex novo* le tariffe applicabili secondo una declinazione *sui generis* del principio di orientamento del costo.

Sostiene infine l'appellata TI che la scelta dell'AGCOM, frutto di ampia discrezionalità tecnica, sarebbe insindacabile dal giudice amministrativo laddove essa ha adottato il sistema *retail minus* per i servizi WLR e *bitstream*



*naked*, ponendo a base del *network cap* i prezzi praticati da TI agli utenti nel 2009.

4.5. Il motivo di appello è fondato.

Occorre sin da ora chiarire che il modello regolamentare *retail minus*, rispetto allo schema di orientamento al costo, presenta indubbiamente alcune caratteristiche peculiari che ne hanno evidenziato l'importanza nel breve periodo, ma che ne hanno anche messo in luce, per altro verso, le criticità nel lungo periodo.

Non vi è dubbio che rispetto al modello BU-LRIC, per la sua applicazione, l'approccio del *retail minus* non richieda di conoscere analiticamente tutti i costi connessi nella modalità *bottom up*, con le conseguenti asimmetrie informative rispetto all'operatore dominante.

Il modello *retail minus*, infatti, si applica esaminando le offerte dell'operatore dominante all'utente finale e definendo analiticamente le modalità per individuare e sottrarre, in sintesi, i costi afferenti alla commercializzazione e ai costi operativi non sopportati dall'operatore dominante per proporre la propria offerta ai concorrenti o, specularmente, gli ulteriori oneri economici che gli OLO devono sostenere per poter disporre di un'offerta all'utente finale competitiva (costi di *marketing*, di pubblicità, di vendita, di assistenza post-vendita e di fatturazione al cliente finale).

La definizione di una offerta regolamentare *retail minus*, partendo da un dato sconosciuto e sottraendo soltanto alcuni fattori di costo a livello di infrastrutture e di rete di distribuzione più facilmente individuabili, risulta perciò di più semplice e rapida implementazione, anche laddove non sia stato sviluppato un modello di contabilità regolatoria.

Ma, proprio perché rappresenta un prodotto intermedio ottenuto sottraendo, come si è detto con una icastica espressione, dei "mattoni" ad un'offerta commerciale costruita dall'operatore dominante, questo modello

regolamentare mostra il suo *deficit* strutturale, essendo il prezzo del servizio venduto all'OLO vincolato alle scelte di prezzo e di velocità trasmissiva, alle tempistiche di entrata nel mercato differenziate sul territorio, alle politiche di *marketing* e di distribuzione, alle modalità tecnologiche e alle caratteristiche infrastrutturali decise unilateralmente dall'operatore stesso, e limita perciò in modo significativo la capacità di innovazione, sia sotto il profilo tecnologico che di qualità del servizio, degli OLO che acquistano il prodotto.

Inoltre, quando – come nel caso di specie – l'Autorità definisca un differenziale tra l'offerta *wholesale* e l'offerta *retail* che garantisca nel medio periodo un ragionevole margine commerciale, il permanere dell'offerta basata sul modello *retail minus* consente l'ingresso e la permanenza nel mercato di operatori inefficienti sotto il profilo competitivo, in quanto scarsamente incentivati all'innovazione nelle infrastrutture e nei servizi.

4.6. Orbene, tutto ciò premesso, l'Autorità ha ritenuto di dover mantenere il sistema del *retail minus* per i servizi WLR e WBA.

AGCOM, nel § 218 e nel § 226 della delibera n. 578/10/CONS, ha giustificato questa scelta con la ragione che “*nell'adottare il network cap ha inteso fornire certezza regolamentare al mercato e mantenere inalterati i livelli “relativi” ai prezzi dei servizi wholesale di Telecom Italia stabiliti negli ultimi anni, nel rispetto del principio della ladder of investment*”.

L'Autorità ha altresì precisato che, sebbene il prezzo del canone *naked* sia stato fissato applicando un meccanismo di tipo *retail minus*, il valore del *minus* è stato stabilito dall'Autorità con la delibera n. 249/07/CONS tenendo conto del livello dei costi e nel rispetto del principio della scala degli investimenti, ossia considerando le differenze di prezzo tra i vari servizi forniti da TI.

Anche il T.A.R. ha condiviso tale motivazione, recependone i principali argomenti.

4.7. Questa motivazione, ad una più attenta analisi, non sfugge tuttavia ad una censura di insufficienza, illogicità e contraddittorietà.

4.8. È inesatta, anzitutto, l'affermazione del T.A.R. (p. 19 della sentenza), secondo la quale il valore dei prezzi del 2009 non era completamente sganciato dal controllo dei costi e, in quanto tale, era “*avvicinabile ad un sistema di orientamento ai costi*”, in quanto “*già erano stati applicati dei meccanismi volti a scongiurare comportamenti anticompetitivi di TP*”.

È la stessa AGCOM, nella propria memoria difensiva, ad affermare infatti che per gli anni 2008 e 2009, pur in assenza di uno specifico *price cap*, vigeva solo l'obbligo di TI di sottoporre al vaglio dell'AGCOM qualsiasi propria determinazione di variazione del canone di accesso *retail*.

I prezzi del 2009 dunque, al contrario di quanto ha ritenuto il primo giudice, non erano propriamente e direttamente informati ad un principio di orientamento ai costi né sottoposti a controllo da parte di AGCOM, a differenza di quelli del 2006 e del 2007, sicché non può affermarsi *sic et simpliciter* che anche essi fossero orientati ai costi, dato che l'obbligo di TI di sottoporre al vaglio dell'AGCOM qualsiasi propria determinazione di variazione del canone di accesso *retail*, nel 2008 e nel 2009, non è in sé prova né garanzia di un orientamento al costo, in assenza, come riconosce la stessa Autorità nelle sue difese, di un regime *price cap* fissato per il 2008 e per il 2009.

La stessa AGCOM, nel revocare, con la delibera n 731/09/CONS, l'obbligo di controllo dei prezzi massimi praticati da TI alla clientela finale dal 2009 in poi, aveva del resto confermato tale scelta, anche di fronte ai rilievi critici formulati dagli OLO in sede di consultazione preventiva, osservando, nel § D7.15 della citata delibera, che “*la regolamentazione vigente a livello wholesale appare idonea a tutelare il consumatore finale dal rischio di prezzi eccessivi da parte dell'incumbent*”.

È quindi evidente come l'argomento del T.A.R. appaia viziato da circolarità

logica perché, secondo la stessa Autorità, l'orientamento al costo dei prezzi richiesti da TI agli utenti finali, con conseguente revoca dell'obbligo di controllo da parte di AGCOM, dovrebbe essere garantito, a monte, da una idonea regolamentazione dei prezzi pagati dagli OLO, mentre il giudice di prime cure afferma che questi ultimi sarebbe orientati al costo perché rapportabili ai prezzi pretesi, a valle, degli utenti finali, prezzi sui quali non sarebbe stato necessario più alcun controllo, a giudizio dell'Autorità, perché superfluo proprio in ragione dell'(affermato) orientamento al costo dei servizi *wholesale* previsto dall'Autorità.

4.9. Ma la più grave criticità della decisione adottata dall'Autorità si sostanzia e si evidenzia nel rilievo che AGCOM non ha illustrato esaurientemente, né nella delibera n. 731/09/CONS né nella delibera n. 578/10/CONS, le ragioni per le quali, per i servizi WLR e WBA, si sia discostata dal modello di orientamento al costo seguito, invece, per i servizi ULL.

Non appare sufficiente a giustificare tale scelta, infatti, la considerazione – recepita anche dal T.A.R. nella sentenza impugnata – che, in un'ottica di risalita nella scala degli investimenti e con un approccio graduale, si sia privilegiata la finalità di mantenere invariate le differenze tra i vari servizi, sì da conservare lo stesso spazio economico tra tali prodotti di accesso.

Tale finalità, mai contestata – nemmeno nel presente giudizio – da Wind come dagli altri operatori, non appariva certo un ostacolo all'applicazione integrale del modello di orientamento al costo, in coerenza con il BU-LRIC, a tutti i servizi.

Anzi di recente, con la decisione del 30.11.2012, prot. C(2012)9112, caso IT/2012/1384, la Commissione ha espressamente rilevato che *“un metodo orientato ai costi, applicato coerentemente ai prodotti nelle varie stratificazioni della rete, serve già di per sé a proteggere il giusto spazio economico tra i diversi prodotti di accesso”*.

4.10. L'AGCOM non ha cioè spiegato i motivi per i quali, anche adottando per i servizi WLR e WBA lo stesso metodo di orientamento al costo seguito per i servizi ULL, non sarebbe stato possibile mantenere egualmente – o anzi addirittura rafforzare – lo spazio economico tra i diversi prodotti di accesso, assicurando quella necessaria differenza di prezzo che, proprio nell'ottica di gradualità tipica di un sistema *network cap*, avrebbe indotto gli OLO a risalire progressivamente la scala degli investimenti e a trovare maggior convenienza nell'investire risorse in servizi via via più infrastrutturati.

Questo approccio, che sarebbe stato il più coerente con il modello BU-LRIC, come ha anche rilevato a più riprese la Commissione, non è stato adeguatamente considerato dall'AGCOM, anche solo per escluderne l'opportunità in raffronto al modello del *retail minus* prescelto, che è stato assunto, invece e acriticamente, senza una valutazione comparativa della sua preferibilità rispetto al modello dell'orientamento al costo.

L'AGCOM ha fornito, al riguardo, una motivazione insufficiente e inconferente, dato che gli OLO non hanno contestato la finalità di risalire la scala degli investimenti, ma hanno sostenuto che proprio tale finalità avrebbero potuto essere garantita, coerentemente, con l'applicazione di un modello di prezzo orientato al costo per tutti i servizi, senza distinguere l'ULL dal WLR e dal WBA.

La motivazione di AGCOM, dunque, è insufficiente e illogica, apparendo in contrasto con la finalità che pur dichiara di voler perseguire.

4.11. L'Autorità, nel rispondere alle osservazioni degli OLO in sede di consultazione, non ha offerto alcuna spiegazione che consenta di capire perché l'integrale applicazione del modello BU-LRIC ad ogni servizio sarebbe stata, a suo avviso, di ostacolo alla scala degli investimenti, mentre la stessa Commissione l'ha invitata, sul punto, a riesaminare il suo approccio regolatore in relazione ai servizi WLR e WBA, segnalando il

rischio che tale approccio non avrebbe consentito ad AGCOM di valutare se lo spazio economico fra questi prodotti di accesso fosse realmente sufficiente, poiché nella fattispecie tale valutazione, come osservava l'istituzione europea, sarebbe stata possibile “*solo utilizzando un modello di prezzi orientati al costo per ciascun servizio di accesso*”.

Nel discostarsi da tale rilievo, come pur le era consentito fare per il carattere non vincolante delle osservazioni formulate dalla Commissione, avrebbe dovuto comunque AGCOM osservare un onere di motivazione rafforzata, proprio in ragione delle conseguenze, segnalate dall'istituzione europea, che tale approccio differenziato avrebbe potuto avere sulla scala degli investimenti e sul mercato dei servizi di accesso all'ingrosso, verificando almeno, con un'analisi di tipo comparato e mediante un adeguato approfondimento istruttorio, se la strada indicata dalla Commissione, coerente *in toto* con il modello BU-LRIC, sarebbe stata preferibile rispetto all'adozione del *retail minus* per i servizi WLR e WBA, non soltanto per consentire una miglior concorrenza tra gli operatori, ma proprio per favorire una maggior infrastrutturazione.

Di tale necessaria analisi, che avrebbe richiesto un esame istruttorio ben più penetrante, non vi è traccia motivazionale nell'impugnata delibera, la quale si sofferma, come anche la sentenza oggetto di gravame, sulla gradualità dell'approccio e sulla rilevanza dei prezzi finali, che non sono certo in discussione, senza tuttavia considerare se tale gradualità e tale rilevanza non avrebbero potuto essere ancor meglio valorizzate da un modello di orientamento al costo per tutti i servizi di accesso, capace di garantire fin dall'inizio, e ancor più efficientemente di quello “misto” o differenziato prescelto, la differenza di costo tra i servizi, nel corso del triennio contemplato dal *price cap*, e la conseguente risalita nella scala degli investimenti da parte degli OLO, incoraggiati ad ascenderne “i gradini” da un contesto concorrenziale ispirato ad un criterio di integrale efficienza sin

dalle condizioni di partenza.

4.12. Nei §§ 297-301 della delibera n. 578/10/CONS l'Autorità si è limitata a confermare, in modo pressoché apodittico, di ritenere adeguata al contesto di mercato e concorrenziale la metodologia applicata, basata fondamentalmente sull'esistenza di uno spazio economico tra i prezzi dei servizi di accesso, nel rispetto della scala degli investimenti, in quanto in grado di garantire – al pari dell'orientamento al costo – il principio di non discriminazione, come peraltro riconosciuto dalla stessa Raccomandazione della Commissione sulle reti di nuova generazione.

È evidente, per le ragioni appena chiarite, la tautologia di simile argomentazione, che finisce per giustificare se stessa.

*“In ogni caso– ha poi concluso AGCOM (§ 301 della delibera n. 578/10 /CONS) –l'Autorità si impegna ad una costante verifica che tale approccio consenta anche in prospettiva una effettiva ed efficace competizione nel mercato, con l'impegno ad adottare il criterio dell'orientamento al costo qualora le verifiche fornissero riscontro negativo”.*

Anche quest'ultima precisazione, tuttavia, costituisce riprova ulteriore di una illogicità motivazionale, laddove l'Autorità si mostra consapevole che la conferma della propria scelta, di fronte al rilievo della Commissione che la invitava a riesaminare il proprio approccio relativamente ai servizi WLR e *bitstream*, potrebbe generare segnali di mercato non coerenti con la finalità perseguita, mentre sarebbe stata necessaria una più accurata ponderazione di tale rischio di fronte alla più ragionevole adozione del modello *bottom up* anche per tali servizi sin dal principio, per poi evitare di dover correggere, *in itinere*, tale scelta con l'adozione del criterio di orientamento al costo.

L'esperienza anche più recente del mercato in questione mostra, infatti, come l'applicazione di un meccanismo incentivante del tipo *price cap* ad un prezzo di partenza non orientato ai costi sia destinato a perdere parte della sua efficacia, in quanto le inefficienze economiche che la metodologia del

*retail minus* non è in grado di eliminare vengono conservate e trasposte nel triennio nonostante l'applicazione del *cap*, finendo anche per disincentivare gli OLO dall'investimento nell'infrastrutturazione.

4.13. Ne segue che la delibera n. 731/09/CONS e la delibera n. 578/10/CONS, nell'adottare il sistema del *retail minus* e, conseguentemente, i prezzi praticati da TI nel 2009 alla clientela finale come base per il calcolo dei prezzi dei servizi WLR e WBA sul versante *wholesale*, risultano viziate da *excesso di potere* per l'insufficienza, la illogicità, la contraddittorietà della motivazione, in ordine a tale fondamentale aspetto, come anche per il difetto di relativa adeguata istruttoria.

L'impugnata sentenza deve essere dunque riformata, laddove ha fatto proprie (pp. 20-24) le censurate argomentazioni dell'Autorità, e le menzionate delibere devono essere *in parte qua* annullate, nei limiti e per i motivi appena precisati, affinché AGCOM, nell'ambito della discrezionalità tecnica che le compete, rivaluti e spieghi compiutamente se, nel triennio di riferimento, la scelta operata sia più coerente e, comunque, più efficiente, rispetto al modello di un integrale orientamento di tutti i servizi di accesso al costo, per il perseguimento delle finalità alle quali la stessa AGCOM dichiara di ispirarsi nel quadro della normativa europea e nazionale.

5. Con il terzo motivo l'appellante Wind lamenta il perdurare, sino al 2012, della differenza di costo del servizio WLR *residential* e del servizio WLR *business*.

5.1. Anche in questo caso, sostiene Wind, sia l'AGCOM che il T.A.R. Lazio avrebbero trascurato la sostanziale omogeneità dei costi sottostanti ad entrambi i tipi di servizi, come ha poi riconosciuto la stessa Autorità nella successiva delibera n. 578/10/CONS.

Ciononostante AGCOM ha mantenuto la differenza dei prezzi sino al 2012, ignorando i puntuali rilievi svolti dagli operatori alternativi e dalla Commissione Europea.



5.2. AGCOM, nel costituirsi, afferma che tale censura sarebbe priva di fondamento, ritenendo corretto adottare un percorso graduale anche per l'allineamento dei prezzi del servizio WLR al 2012 per la clientela residenziale e non residenziale.

5.3. Anche TI sottolinea che AGCOM, con la delibera n. 578/10/CONS, recependo le osservazioni critiche della Commissione europea, ha stabilito la loro equiparazione nel 2012, ossia al termine del periodo di applicazione del meccanismo di *network cap*.

AGCOM avrebbe quindi stabilito un percorso di graduale avvicinamento senza stravolgere le preesistenti condizioni economiche.

5.4. Il motivo di appello è fondato.

La scelta regolatoria di AGCOM si rivela del tutto illogica e contrastante con il dato, incontestabile, della sostanziale omogeneità dei costi sottostanti ad entrambi i tipi di servizi, residenziale e non residenziale, come riconosce la stessa Autorità nel § 303 della delibera n. 578/10/CONS.

5.5. La delibera non spiega le ragioni per le quali gli OLO dovrebbero sostenere un prezzo differente per servizi che, già nello stesso triennio di riferimento (2010-2012), presuppongono lo stesso costo per TI, che vedrebbe corrispondersi un canone più elevato e non dovuto in relazione al servizio WLR *business*.

La gradualità nell'approccio, diversamente da quanto ha ritenuto il T.A.R. nell'impugnata sentenza (p. 29), non appare motivazione sufficiente e adeguata a giustificare tale scelta, posto che è del tutto irragionevole invocare una gradualità all'equiparazione dei due prezzi quando i costi sottostanti sono già uguali.

Tale misura si rivela distonica dal modello BU-LRIC dalla stessa AGCOM adottato, che si basa su un sistema che ha nell'efficienza dei costi il suo asse portante, sicché non è dato comprendere per quale motivo, anche negli anni 2010-2011, gli OLO dovrebbero pagare due prezzi diversi per servizi che

hanno gli stessi costi già nello stesso periodo di riferimento senza una plausibile giustificazione economica, dovendo attendere il 2012 per vederli finalmente parificati.

5.6. La sentenza appellata, dunque, deve essere riformata e la delibera impugnata deve essere annullata nella parte in cui ha mantenuto, senza razionale e, comunque, comprensibile giustificazione, la differenza tra i prezzi dei due servizi.

6. Con il quarto motivo si appello, infine, l'appellante deduce che il T.A.R. Lazio avrebbe omesso di esaminare il secondo atto per motivi aggiunti di ricorso avverso la delibera n. 71/11/CONS, con la quale Wind lamentava che AGCOM non avesse considerato né la memoria procedimentale né la documentazione depositata il 24.1.2011.

6.1. Il motivo è infondato.

Come ha correttamente rilevato il T.A.R. nella sentenza impugnata (p. 29), che sul punto non è quindi incorso nel vizio di omessa pronuncia, la delibera in questione (§ 19) dà atto di avere, tra l'altro, esaminato e dato corso ad approfondimenti in seguito alle osservazioni formulate dalla ricorrente con nota pervenuta in data 25.1.2011 che, peraltro, avevano ad oggetto principalmente l'indicatore KO di rete, sicché la censura si rivela infondata.

7. La particolare complessità della materia e il solo parziale accoglimento dei motivi proposti da Wind induce il Collegio a ritenere sussistenti le ragioni idonee a giustificare l'integrale compensazione delle spese di entrambi i gradi di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e, in riforma dell'impugnata sentenza, annulla la delibera n. 731/09/CONS e la delibera n. 578/10/CONS ai sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Compensa interamente tra le parti le spese di entrambi i gradi del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 marzo 2013

con l'intervento dei magistrati:

Pier Luigi Lodi, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/03/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)