

**AS1479 - INTERCENT-ER - PROCEDURA APERTA PER LA FORNITURA DI SERVIZI CONVERGENTI ED INTEGRATI DI TRASMISSIONE DATI E VOCE SU RETI FISSE E MOBILI**

Roma, 14 dicembre 2017

Intercen-ER Agenzia regionale per lo sviluppo dei mercati telematici

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'adunanza del 5 dicembre 2017, ha deliberato di esprimere un parere ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, così come introdotto dal Decreto Legge 6 dicembre 2011, n. 201, relativamente al bando di gara pubblicato da codesta Agenzia in ordine alla fornitura di servizi convergenti ed integrati di trasmissione dati e voce su reti fisse e mobili<sup>1</sup>.

Come già rilevato dall'Autorità nel parere formulato ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, deliberato in data 11 ottobre 2017, alcune caratteristiche nel bando di gara in oggetto e, *in primis*, la previsione di un lotto di gara unico e integrato per i servizi di telecomunicazione di rete fissa e mobile, appaiono idonee a generare una ridotta partecipazione competitiva alla gara.

Il disegno di gara, infatti, include nel medesimo lotto unico servizi offerti su mercati distinti, nei quali vigono assetti concorrenziali attuali e potenziali alquanto diversificati che militano per la suddivisione del lotto di gara in almeno due lotti, comprensivi rispettivamente dei servizi di telecomunicazioni di rete fissa e mobile. La previsione di un lotto unico appare integrare un sovradimensionamento dell'estensione merceologica del lotto di gara, suscettibile di porre un ostacolo alla massimizzazione della partecipazione alla procedura di gara, come peraltro proverebbe quanto già accaduto nella precedente edizione del 2013, allorché l'aggiudicatario è stato anche l'unico partecipante alla gara.

Lo sviluppo della convergenza nel settore delle telecomunicazioni, negli ultimi anni, ha compiuto significativi progressi. In tale periodo, l'industria è stata interessata, in molti Paesi europei, da un importante processo di consolidamento e gli operatori hanno attivato offerte inclusive di servizi fissi e mobili. Tuttavia, si ritiene che nei mercati dei servizi finali di rete fissa, in forza delle posizioni competitive storicamente delineatesi e delle caratteristiche economiche proprie del settore, persiste una distribuzione più asimmetrica del potere di mercato rispetto ai mercati dei servizi di rete mobile, dove ciascun operatore detiene un'infrastruttura di rete proprietaria. In Italia, nel mercato dei servizi di rete mobile, infatti, ha prevalso un assetto concorrenziale

---

<sup>1</sup> Bando di gara pubblicato in data 16 novembre 2017 sul sito *web* di Intercen-ER e in data 20 novembre 2017 sulla Gazzetta Ufficiale.

dinamicamente incentrato sul modello imprenditoriale denominato *facilities-based entry*, in virtù del quale gli operatori entrano sul mercato dopo avere acquisito le frequenze necessarie e avere costruito una propria infrastruttura di rete. Nel mercato dei servizi di rete fissa, invece, anche a causa della storica assenza di concorrenza infrastrutturale, è finora risultato dominante un modello di ingresso di tipo *access-based*, in base al quale gli operatori alternativi all'incumbent hanno fondato il proprio modello di sviluppo sull'acquisto dei servizi di accesso, a monte, all'unica infrastruttura di rete locale di accesso presente capillarmente sul territorio.

Il tema del dimensionamento efficiente del lotto di gara costituisce un elemento di rilievo in grado di incidere significativamente sull'intensità della concorrenza in fase di gara. Il legislatore è intervenuto stabilendo dei principi generali cui le stazioni appaltanti devono attenersi nello svolgimento delle procedure di appalto, attribuendo una particolare rilevanza alla tutela della concorrenza nel contesto di gara. Il Codice degli appalti prevede che *“l'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità”* e che *“Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici”*<sup>2</sup>. Al principio generale della tutela e della promozione della concorrenza in fase di gara, la normativa vigente ha associato una specifica previsione riservata alla tutela del principio della massima partecipazione alla gara, desumibile da quanto stabilito dall'articolo 51 del medesimo Codice, secondo cui *“Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali [...] le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera gggg), in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture”*.

In coerenza con tale impostazione, secondo la giurisprudenza amministrativa, nella definizione dell'ampiezza del lotto di gara, la stazione appaltante deve osservare un principio di proporzionalità, allo scopo di evitare che l'aggregazione e centralizzazione degli approvvigionamenti favorisca una concentrazione eccessiva di potere di mercato dal lato dell'offerta, restringendo ingiustificatamente la concorrenza nel mercato o nei diversi mercati interessati dalla gara<sup>3</sup>. A giudizio dell'Autorità, tale principio deve guidare l'agire della stazione appaltante in misura più cogente nei settori dove la competizione è già naturalmente contenuta dalla dominante struttura oligopolistica, come avviene, seppure con gradazioni differenziate, nei mercati dei servizi di rete fissa e di rete mobile<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, articolo 30.

<sup>3</sup> Cfr. Sentenza del Consiglio di Stato n. 1038 del 6 marzo 2017. In tale sentenza, il Consiglio di Stato ha respinto il ricorso presentato da Consip S.p.A. per la riforma della sentenza del Tar Lazio n. 9441/2016 concernente una procedura di affidamento dei servizi integrati di vigilanza presso i siti delle Pubbliche Amministrazioni, sostenendo, tra l'altro e in Linea con l'appellata sentenza di primo grado, che *“per come congegnata la gara si è prestata ad una concentrazione oligopolistica dell'offerta di servizi di vigilanza alla pubblica amministrazione”*, tale che *“le dimensioni dei lotti [...] sono sproporzionate rispetto alle esigenze di massima concorrenzialità”*.

<sup>4</sup> I medesimi principi sono rinvenibili anche nella Direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici, laddove al considerando 59 si stabilisce che *“l'aggregazione e la centralizzazione delle committenze dovrebbero essere attentamente*

L'integrazione in un'unica procedura di gara di servizi appartenenti a mercati diversi è stata oggetto di critica da parte dell'Autorità in diverse occasioni, proprio per evidenziare l'esigenza di favorire disegni di gara idonei a garantire la massima partecipazione e la minima chiusura del mercato *ex post*. In tal senso, si ricorda che l'Autorità ha espresso una preferenza per una suddivisione dei lotti di gara che *“riducendo drasticamente la dimensione minima d'impresa necessaria per accedere al confronto competitivo, [sia] idonea a determinare un significativo ampliamento del numero di concorrenti potenziali”*<sup>5</sup>.

Non inficiano tali considerazioni le argomentazioni addotte da codesta Agenzia riguardanti gli asseriti risparmi che sarebbero stati assicurati dalla previsione di un lotto unico di gara tramite il meccanismo di tariffazione delle chiamate vocali. Le gare precedentemente svolte da Intercent-ER per l'acquisto dei medesimi servizi non hanno prodotto esiti competitivi adeguati. La definizione di un lotto di gara unico, in occasione della precedente edizione di gara, ha impedito la massimizzazione della partecipazione alla procedura, non consentendo alla domanda (le Amministrazioni aderenti alla convenzione) di beneficiare della maggiore efficienza che sarebbe derivata dalla valorizzazione della massima competitività esprimibile, distintamente, dagli operatori di rete fissa e mobile. Un'accresciuta partecipazione alla gara avrebbe assicurato non solo risparmi di costo ma anche offerte contenenti un grado più intenso di sviluppo tecnologico e, in generale, di qualità dei servizi, fattori questi ultimi non trascurabili in sede di definizione del contesto competitivo di gara ottimale.

Dai dati riportati nel capitolato tecnico in merito al traffico telefonico, appare potersi desumere che l'integrazione tariffaria, lungi dall'assicurare gli asseriti risparmi di spesa, abbia prodotto un sensibile aggravio dei costi sostenuti, soprattutto in relazione alle chiamate terminate su rete fissa, per le quali il prezzo medio stimato è stato ampiamente superiore al sottostante costo di terminazione, senza che tale maggiore costo fosse bilanciato dal risparmio sulla spesa per le chiamate terminate su rete mobile.

Pertanto, appare plausibile affermare che i valori delle tariffe per le chiamate tra utenti in convenzione e verso utenti fuori dalla convenzione sono risultati ampiamente superiori ai costi sottostanti per i servizi di terminazione fissa e mobile. Infine, si evidenzia che, anche volendo astrarre dalle considerazioni in tema di risparmio di spesa, la suddivisione dei lotti tra servizi di telecomunicazioni fisse e mobili potrebbe apportare anche ulteriori benefici. Infatti, una maggiore partecipazione di operatori concorrenti, ciascuno in grado di esprimere la massima competitività in base alla propria specializzazione nei servizi, potrebbe stimolare l'intensità del confronto concorrenziale anche in relazione alla variabile qualitativa, con la possibilità di ottenere offerte tecnologicamente superiori.

Inoltre, è necessario osservare che, secondo quanto emerge nel capitolato tecnico dell'odierno bando di gara, non tutte le amministrazioni aderenti hanno acquisito contestualmente servizi di fonia fissa e mobile nella passata convenzione. In generale, quindi, la predisposizione di un'offerta integrata collide con la scelta adoperata dalle amministrazione riguardante l'utilizzo di una parte

---

*monitorate al fine di evitare un'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto e collusioni, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMF.*

<sup>5</sup> Cfr. AS331 – Parere ex articolo 22 della legge n. 287/90 in relazione a una gara indetta da Consip S.p.A. per la fornitura di servizi di telefonia fissa e connettività IP per le Pubbliche Amministrazioni, pubblicato sul Bollettino dell'Autorità n. 6 del 27 febbraio 2006.

ridotta di servizi oggetto della convenzione. Ciò anche in relazione alla scelta di acquisire solo servizi di minor rilevanza e di tipo accessorio rispetto ai servizi di comunicazione di più ampio utilizzo. Tale aspetto, oltre ad incidere sull'impossibilità di sfruttare adeguatamente il livello concorrenziale dei singoli mercati dei servizi, è idoneo anche a compromettere la concorrenzialità di mercati minori, nella misura in cui alcune offerte risultino sottocosto in presenza di sussidi incrociati. Nel caso in cui i singoli servizi possano essere acquisiti dalle amministrazioni senza aderire ai servizi di maggiore rilevanza, pertanto, sarebbe necessario verificare la replicabilità dei prezzi delle componenti singolarmente acquisibili.

Sulla base di tali considerazioni, l'inclusione in un unico lotto di gara di servizi offerti su mercati dove le condizioni concorrenziali sono così diversificate, appare porre un significativo rischio di non garantire che la competitività attuale e potenziale presente su entrambi i mercati possa essere espressa in misura pienamente efficiente nel contesto della gara. Pertanto, l'Autorità ritiene che la suddivisione del lotto di gara tra servizi di rete fissa e mobile possa essere idonea a ridurre efficacemente il vantaggio competitivo di cui potrebbe godere l'operatore *incumbent* in qualità di unico soggetto dotato del massimo grado di integrazione orizzontale e verticale nei due mercati interessati dei servizi di rete fissa e mobile.

Ai sensi dell'articolo 21-*bis*, comma 2, della legge n. 287/90, l'Agenzia regionale per lo sviluppo dei mercati telematici Intercent-ER dovrà comunicare all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza sopra esposte. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

IL PRESIDENTE

*Giovanni Pitruzzella*

---

***Comunicato in merito all'adeguamento dell'Agenzia regionale per lo sviluppo dei mercati telematici Intercent-ER al parere motivato espresso dall'Autorità, ex articolo 21-bis della legge n. 287/1990, concernente la procedura di gara per la fornitura di servizi convergenti ed integrati di trasmissione dati e voce su reti fisse e mobili, il cui bando è stato pubblicato sul sito web di Intecent-ER in data 16 novembre 2017.***

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 14 febbraio 2017, ha deciso di non proporre il ricorso ai sensi dell'articolo 21-*bis* della l. n. 287/1990 dinanzi al TAR competente in relazione agli atti concernenti la procedura di gara in esame. Nel parere motivato, l'Autorità aveva ritenuto che l'integrazione in un unico lotto di gara dei servizi di telecomunicazioni di rete fissa e mobile potesse comportare un ostacolo alla massima partecipazione alla gara, restringendo la concorrenza per il mercato. In seguito all'intervento dell'Autorità ai sensi dell'art. 21-*bis*, l. n. 287/1990, l'Amministrazione interessata ha disposto la revoca in autotutela degli atti suddetti. L'Autorità ha ritenuto che l'annullamento della procedura possa configurarsi, allo stato, come iniziativa idonea a superare le violazioni concorrenziali

ravvisate nel parere motivato. Rimangono impregiudicate le eventuali e ulteriori determinazioni che l'Autorità potrà adottare in relazione ad un'eventuale riedizione della gara per l'affidamento dei servizi oggetto del parere motivato.

---