

A556 - RICHIESTA DATI PER PARTECIPAZIONE GARA CONSIP TM9

Provvedimento n. 30985

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 28 novembre 2023;

SENTITO il Relatore, Presidente Roberto Rustichelli;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287 e, in particolare, l'articolo 3;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTO il proprio provvedimento n. 30388 del 30 novembre 2022, con il quale è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/1990, nei confronti della società Telecom Italia S.p.A. per accertare l'esistenza di violazioni della normativa a tutela della concorrenza ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 287/1990 ed è stato contestualmente avviato un procedimento cautelare, ai sensi dell'articolo 14-*bis*, della legge n. 287/1990, volto a verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti necessari all'adozione di misure cautelari atte a ripristinare e mantenere condizioni concorrenziali nel mercato interessato;

VISTO il proprio provvedimento n. 30435 del 20 dicembre 2022, con il quale è stata deliberata la chiusura del procedimento cautelare, avviato il 30 novembre 2022 ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge n. 287/1990;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, inviata alle Parti in data 7 settembre 2023;

VISTE le memorie presentate, in data 4 ottobre 2023, dalla società Telecom Italia S.p.A. e, in data 10 ottobre 2023, dalla società Fastweb S.p.A.;

VISTO il parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, rilasciato ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249, pervenuto in data 27 novembre 2023;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. PREMESSA

1. Fastweb S.p.A. (di seguito „FW”) ha, con comunicazione pervenuta il 31 ottobre 2022, segnalato il rifiuto opposto da Telecom Italia S.p.A. (di seguito anche „TI”) di fornirle alcune informazioni ritenute essenziali per consentirle di partecipare alla gara *Consip/Bando di gara per l'appalto di servizi di telefonia mobile - ed n. 9 - lotto unico* (di seguito anche „la gara TM9”).

2. FW ha, in particolare, evidenziato che il rifiuto di TI di darle accesso alle mappe di copertura mobile non le avrebbe consentito di formulare un'offerta per la gara TM9, perché le avrebbe impedito di sovrapporre le mappature e, quindi, di addivenire a una copertura del servizio di telefonia mobile che tenesse conto dei propri servizi di 5G e della combinazione delle coperture dei due *roamer*, WindTre S.p.A. (di seguito, „WindTre”) e la stessa TI, con i quali ha in essere un accordo di *roaming*. FW, infatti, è un operatore storico della telefonia fissa e della banda ultralarga che, recentemente, è attivo anche come *Mobile Virtual Network Operator* (di seguito „MVNO”) avvalendosi delle infrastrutture dei due *Mobile Network Operator* (di seguito anche „MNO”) TI e WindTre.

3. FW ha, successivamente, integrato le informazioni con ulteriore documentazione, pervenuta il 7 novembre 2022, 10 novembre 2022 e 25 novembre 2022, confermando il diniego di TI a concedere l'accesso alle proprie mappe.

4. L'Autorità, nella riunione del 30 novembre 2022, ha contestualmente deliberato l'avvio di un procedimento¹ nei confronti della società TI per possibili violazioni dell'articolo 3 della legge n. 287/1990 e di un procedimento cautelare, ai sensi dell'articolo 14-*bis*, della legge n.287/1990, volto a verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti necessari all'adozione di misure cautelari atte a ripristinare e mantenere condizioni concorrenziali nel mercato.

5. In particolare, l'Autorità ipotizzava che il diniego opposto da TI a fornire a FW alcune informazioni potenzialmente necessarie per poter formulare un'offerta competitiva nella gara TM9 indetta da Consip S.p.A.(di seguito, „Consip”) avrebbe potuto integrare una condotta lesiva della concorrenza.

6. Considerato, inoltre, che il diniego di TI alla messa a disposizione delle mappe di copertura avrebbe determinato per FW difficoltà a formulare la propria offerta tecnica in sede di gara, tali da porne in dubbio la stessa partecipazione, l'Autorità ha avviato anche un procedimento cautelare, ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge n. 287/1990.

7. Il procedimento cautelare è stato chiuso con provvedimento n. 30435 del 20 dicembre 2022 (di seguito, „Provvedimento”), senza l'adozione di misure cautelari, avendo l'Autorità constatato che, sulla base della documentazione in atti, TI aveva reso noto a FW di essere disponibile a concedere le proprie mappe alla centrale di committenza Consip, in caso di aggiudicazione della gara da parte del concorrente. L'Autorità ha, quindi, ritenuto che FW disponesse già delle informazioni complete della copertura della rete WindTre e delle percentuali di copertura della rete TI, e, quindi, di un set informativo tale da non poter mettere in pericolo la partecipazione alla gara da parte di FW.

¹ [Cfr. provvedimento n. 30388 del 30 novembre 2022, in *Bollettino n. 45/2022.*]

II. LE PARTI

8. FW W opera principalmente nella gestione di servizi telefonici, *internet*, di trasmissione dati e servizi televisivi in banda larga. In particolare, FW svolge attività di sviluppo e gestione di infrastrutture di telecomunicazioni *broadband*, aggregazione di contenuti, attività di *e-commerce*, fornitura di servizi per il settore residenziale e il settore *business*. FW è controllata da Swisscom Italia S.r.l., a sua volta soggetta al controllo di Swisscom AG, una società con sede in Svizzera e quotata alla SWX Swiss Exchange che fornisce una gamma completa di servizi di telecomunicazione per clienti residenziali e *business*.

9. FW è, altresì, attiva nel mercato della telefonia mobile a livello virtuale, in forza di due accordi di *roaming* con gli operatori TI e WindTre in relazione a varie tecnologie di trasmissione (2G-3G-4G-LTE, 5G). Da ultimo, a partire dal 2019, FW ha assunto la posizione di operatore "ibrido" (ovvero "virtuale" per alcune tecnologie di trasmissione e infrastrutturato per altre) a seguito dell'attivazione dei propri servizi di telefonia mobile 5G.

10. TI è una società attiva nell'installazione e nella fornitura di infrastrutture di telecomunicazioni, nonché nell'offerta dei relativi servizi. In particolare, TI è titolare della rete pubblica commutata, sulla quale fornisce servizi di interconnessione ad altri operatori per la loro operatività sui mercati dei servizi finali. TI opera con diversi marchi, rivolgendo la propria offerta tanto a soggetti rivenditori di servizi quanto all'utenza finale affari e residenziale, fornendo servizi di telefonia fissa, mobile e satellitare, servizi di trasmissione dati e accesso a *internet*, servizi di connettività, servizi di rete e accesso a infrastrutture, servizi connessi al commercio elettronico, creazione di siti *web*, offerta di soluzioni *Internet/Intranet/Extranet* alle aziende, vendita di spazi pubblicitari *on-line* e servizi multimediali.

III. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

III.1 L'avvio del procedimento

11. Consip, il 27 ottobre 2022, ha pubblicato, nella sua funzione di centrale di committenza per la Pubblica Amministrazione (di seguito, "la PA"), la nona edizione del bando di gara TM9², relativo alla telefonia mobile per tali Amministrazioni³.

Il 31 ottobre 2022, è pervenuta una segnalazione, successivamente integrata⁴, da parte di FW in relazione a presunti comportamenti ostativi posti in essere da TI con riferimento specifico alla gara in oggetto e alla quale FW intendeva partecipare. FW, infatti, oltre a essere, come detto, un operatore storico della telefonia fissa e della banda ultralarga è altresì attiva come MVNO, avvalendosi della copertura fornita da due operatori mobili dotati di rete propria (MNO) e, precisamente: da WindTre, in forza di un accordo con scadenza nel 2029, e dalla stessa TI, in forza di un accordo con scadenza, al momento dell'avvio, nel 2025 e poi prorogato ulteriormente (v. *infra*). Entrambe i predetti MNO, nella loro veste di *roamer*⁵, forniscono, quindi, al segnalante servizi di tecnologia mobile (nello specifico, 2G-3G-4G/LTE-4G+-5G) che le ha consentito di attivare, a partire dal 2019, la copertura di propri servizi di telefonia mobile 5G.

12. Nello specifico, in considerazione della circostanza che il bando di gara consente la partecipazione non solo di operatori MNO classici ma anche di MVNO e di operatori ibridi (come FW, in quanto MNO per alcune tecnologie e MVNO per altre, tramite il supporto di *roamer*), il segnalante ha lamentato che il mancato accesso alle mappe di copertura mobile di TI, rappresentasse un requisito fondamentale per poter formulare la propria offerta di gara ai sensi della relativa *lex specialis* (v. *infra*).

13. L'Autorità, con delibera del 30 novembre 2022, ha, pertanto, avviato un procedimento nei confronti di TI al fine di accertare l'eventuale sussistenza di un abuso di posizione dominante, ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 287/1990, nei confronti di FW in relazione al rifiuto di messa a disposizione delle proprie mappe di copertura al segnalante, con specifico riferimento ai requisiti di partecipazione del bando di gara.

14. Alla luce di una valutazione preliminare del quadro probatorio e del rischio di un pregiudizio grave e irreparabile per la concorrenza, nelle more della definizione del procedimento istruttorio, l'Autorità ha avviato, contestualmente al procedimento istruttorio, anche un subprocedimento cautelare ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge n. 287/1990, volto a verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti per l'adozione di misure cautelari, in contraddittorio con le Parti del procedimento (TI e FW).

III.2 Il sub-procedimento cautelare

15. Nell'ambito del *sub-procedimento* cautelare è stato fissato alle Parti un termine di sette giorni, decorrenti dalla data di notificazione del provvedimento stesso, per la presentazione di memorie scritte e documenti, per la richiesta di audizione dinanzi al Collegio oltre che per l'esercizio del diritto di accesso agli atti del procedimento.

² [Si tratta della "Gara a procedura aperta per l'appalto di servizi di Telefonia Mobile per le Pubbliche Amministrazioni - Edizione 9 - ID Sigef 2452", i cui riferimenti sono disponibile sul sito di Consip : <https://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/gara-telefonia-mobile-9>.]

³ [La gara è stata oggetto di Avviso di pre-informazione pubblicato il 19 settembre 2022.]

⁴ [V. docc. nn. PI.3 e PI.6.]

⁵ [Il *roaming* è un termine di telecomunicazione wireless utilizzato in genere per i dispositivi mobili, come i telefoni cellulari. Si riferisce all'utilizzo di un telefono cellulare al di fuori del raggio d'azione della sua rete nativa e alla connessione a un'altra rete cellulare disponibile. Con *roamer* si indica l'operatore che fornisce la rete per il servizio di *roaming*.]

16. Entrambe le Parti hanno avuto, ripetutamente, accesso agli atti del fascicolo⁶ e hanno presentato proprie memorie, rispettivamente, il 12 dicembre 2022 FW e il 14 dicembre 2022 TI, a seguito di una proroga del termine, concessogli in ragione di circostanze eccezionali motivate con apposita istanza.

17. Il data 19 dicembre 2022, TI e FW sono state audite dal Collegio, rappresentando le proprie controdeduzioni rispetto alle risultanze istruttorie esposte dagli Uffici in vista dell'eventuale adozione di misure cautelari da parte dell'Autorità.

18. L'Autorità, in merito alla fattispecie contestata, non ha anzitutto ritenuto di dover addivenire a una definizione compiuta del mercato rilevante⁷, pur rilevando che in alcuni propri precedenti è stata considerata la possibilità di definire il mercato rilevante in relazione all'ambito della procedura di gara stessa, sulla base della circostanza che *"nell'ambito delle varie gare indette dalla pubblica amministrazione, il contesto competitivo è suscettibile di differenziarsi, di volta in volta, in funzione dei criteri prescelti e delle modalità adottate dalla Pubblica amministrazione nell'indizione delle gare, nonché in relazione al comportamento che la medesima segue nel corso delle procedure e nella fase di aggiudicazione dei contratti"*⁸.

19. Al termine della propria preliminare valutazione, l'Autorità ha ritenuto che non sussistano elementi sufficienti a confermare il ricorrere dei presupposti per l'eventuale adozione delle misure cautelari, considerata: i) l'assenza di *fumus boni iuris* in quanto, *inter alia*, FW è risultata essere già in possesso delle informazioni complete di copertura della rete WindTre e delle percentuali di copertura della rete TI, utili alla partecipazione alla gara⁹; ii) l'assenza di *periculum in mora*, in ragione delle numerose proroghe disposte dalla stazione appaltante, al fine di fornire adeguata risposta alle numerose richieste di chiarimenti prevenute dagli operatori¹⁰ (v. meglio *infra*).

20. Il provvedimento di non adozione delle misure interinali (di seguito, il "Provvedimento") è stato impugnato da FW al Tribunale Amministrativo del Lazio (di seguito, "TAR") per ottenerne *"l'annullamento, previa concessione delle misure cautelari ritenute più idonee, anche monocratiche, prima fra tutte la sospensione dell'efficacia"*. L'11 gennaio 2023, il TAR, con ordinanza n. 217 dell'11 gennaio 2023 (di seguito, l'"Ordinanza TAR"), ha respinto l'istanza cautelare, ritenendo che *"il provvedimento gravato chiarisce in modo lineare le ragioni della mancata applicazione di una misura interinale nei confronti della società controinteressata [ovvero la società TI, ndr]"*.

21. FW il 18 gennaio 2023, ha, quindi, impugnato l'Ordinanza TAR al Consiglio di Stato (di seguito, il "CdS") che lo ha respinto con Ordinanza del 2 febbraio 2023, non rilevando evidenti profili di incongruità negli esiti dell'istruttoria condotta dall'Autorità (di seguito, l'"Ordinanza CdS")¹¹.

22. Occorre, infine, segnalare che FW, parallelamente alla propria segnalazione all'Autorità, ha impugnato presso il TAR anche il bando della gara TM9.

III.3 L'iter del procedimento

23. Il procedimento istruttorio principale è proseguito con l'audizione di FW il 13 giugno 2023¹², di TI il 20 giugno 2023¹³ e di Consip il 7 luglio 2023¹⁴.

24. È stata formulata una richiesta di informazioni a TI (in calce al verbale di audizione), la cui risposta è pervenuta l'11 luglio 2023¹⁵ e ulteriori informazioni sono pervenute, a esito delle audizioni, da parte di FW e Consip¹⁶.

25. Le Parti hanno ripetutamente acceduto agli atti del fascicolo¹⁷, hanno ricevuto la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie il 7 settembre 2023 e hanno trasmesso le rispettive memorie finali¹⁸. In mancanza di esplicite istanze, l'audizione finale dinanzi al Collegio non ha avuto luogo.

⁶ [In particolare: TI in data 9 e 12 dicembre 2022 (cfr. docc. nn. 5 e 8); FW in data 15 dicembre 2022 (cfr. doc. n. 16).]

⁷ [Cfr. paragrafo n. 43 del Provvedimento.]

⁸ [Cfr. 1463 - Pellegrini/Consip, provvedimento n. 10831 del 13 giugno 2002, in Bollettino n. 24/2002.]

⁹ [Cfr. paragrafi nn. 44 - 53 e in particolare il n. 52 del Provvedimento.]

¹⁰ [Cfr. paragrafi 54-59 del Provvedimento.]

¹¹ [Cfr. Ordinanza del CdS, pubblicata n. 478 del 2 febbraio 2023.]

¹² [Cfr. docc. nn. 38 e 39_all. 1.]

¹³ [Cfr. doc. n. 42 e 42_all. 1.]

¹⁴ [Cfr. doc. n. 47 e 50_all. 1.]

¹⁵ [Cfr. doc. n. 44 e relativi allegati.]

¹⁶ [Cfr. doc. n. 40 e relativi allegati e doc. n. 47_all. 2.]

¹⁷ [FW, il 15 dicembre 2022 e il 6 ottobre 2023 (cfr. doc. nn. 16 e 64), e TI il 9, 12 e 15 dicembre 2022; il 7 marzo e il 19 settembre 2023 (cfr. doc. nn. 5, 8, 17, 31, 58).]

¹⁸ [Per TI cfr. doc. n. 63 e per FW cfr. doc. n. 65.]

IV. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

IV.1 I fatti oggetto di segnalazione e l'ipotesi istruttoria

26. Come anticipato, in considerazione della circostanza che il bando di gara consente la partecipazione non solo di operatori MNO classici ma anche di MVNO e di operatori ibridi - come FW, in quanto MNO per alcune tecnologie (come il 5G) e MVNO per altre, tramite il supporto di operatori infrastrutturati che fungono da *roamer* - la segnalazione ha riguardato il mancato accesso di FW alle mappe di copertura mobile di TIM, requisito ritenuto dal segnalante fondamentale per poter formulare la propria offerta ai sensi della *lex specialis* della gara in questione .

27. Secondo il segnalante, infatti, "[d]al combinato disposto delle appena richiamate regole di gara (artt. 15 e 21 bis del Disciplinare, par. 2.1 e 9.1 del Capitolato Tecnico e della Relazione tecnica all. 7) discende che il concorrente, per formulare l'offerta (Piano delle Copertura e Relazione Tecnica) e poi per documentarla ai fini della verifica (Piano dettagliato della copertura) deve necessariamente disporre ex ante delle mappe di copertura degli MNO con cui ha accordi e di cui si intende valere ai fini della gara" (v. meglio *infra*).

28. Al riguardo, FW ha rappresentato l'impossibilità di formulare la propria offerta tecnica in ragione di presunti comportamenti ostativi di TI. Infatti, mentre WindTre aveva prontamente ottemperato alla richiesta di accesso alle proprie mappe, TI avrebbe negato l'accesso alle proprie, opponendo ragioni di riservatezza commerciale dei dati e proponendo alcune soluzioni alternative (v. meglio *infra*), tra cui l'ostensione delle percentuali di copertura a livello comunale, tramite la firma di un accordo di confidenzialità (un *Non Disclosure Agreement*, di seguito "NDA") e la fornitura delle mappe di copertura specifiche direttamente alla stazione appaltante, soggette a riservatezza di terzi, in caso di aggiudicazione della gara da parte di FW¹⁹.

29. Al riguardo, TI ha messo a disposizione di FW le proprie percentuali di copertura del territorio con il proprio segnale a esito della firma del NDA in data 15 novembre 2022²⁰.

30. FW ha, per contro, sostenuto che "[n]essuna ragione di riservatezza commerciale dei dati può [...] essere opposta: non si tratta, come rilevato, di dati riservati per l'impresa che acquista i servizi di accesso e, ad ogni modo, come per le coperture qualunque ipotetica ragione di riservatezza potrebbe essere tutelata con un apposito NDA", concludendo che TI le avrebbe opposto un diniego privo di giustificazione obiettiva, anticompetitivo e, quindi, suscettibile di integrare un abuso di posizione dominante e/o in un abuso di dipendenza economica ai danni della società istante, volto a impedire la libera partecipazione del segnalante alla gara²¹.

31. In relazione al mercato rilevante, FW ha rappresentato che il contesto competitivo sarebbe individuabile nella singola procedura di gara, nella quale TI, in ragione dell'essere lo storico *incumbent*, avrebbe detenuto una posizione dominante.

32. Infatti, le ultime cinque edizioni della gara erano state aggiudicate a TI. Inoltre, ha rilevato FW, le precedenti edizioni della gara sono state caratterizzate da una riduzione sempre più marcata dei partecipanti. Più precisamente, tre operatori hanno partecipato alla settima edizione, mentre l'ottava (e, finora, ultima) è stata aggiudicata a TI in assenza di ulteriori offerte dei concorrenti²².

33. Per queste ragioni, con comunicazione pervenuta il 25 novembre 2022, FW ha formulato istanza all'Autorità di esercitare i propri poteri di vigilanza e intervento al fine di far cessare le condotte denunciate tramite l'adozione di misure cautelari ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge n. 287/1990, adducendo motivi di urgenza in ragione dell'impossibilità di formulare e presentare la propria offerta entro la scadenza del termine di presentazione per la partecipazione alla gara.

IV.2 La gara TM9

34. Consip, come noto, svolge la funzione di stazione appaltante per le PA e, *inter alia*, si occupa dell'approvvigionamento, per loro conto, di servizi di telefonia mobile.

35. La procedura di gara in oggetto, giunta alla nona edizione, è stata indetta ai sensi dell'articolo 26 della legge n. 488/99 e s.m.i., dell'articolo 58 della legge n. 388/2000, del D.M. 24 febbraio 2000 e del D.M. 2 maggio 2001. Al riguardo, appare opportuno rilevare che la Convenzione di telefonia mobile rappresenta uno degli strumenti di acquisto ad adesione obbligatoria per le PA, ai sensi dell'articolo 1, comma 7, della legge n. 135/2012.

36. L'Autorità, in diverse occasioni, ha avuto modo di esprimere il proprio parere in merito a schemi di bandi di gara predisposti da Consip aventi a oggetto la fornitura di servizi di telefonia mobile per le PA²³.

¹⁹ [Cfr. il Provvedimento.]

²⁰ [Cfr. doc. nn. PI7 e PI7_all. 1.]

²¹ [V. il Provvedimento.]

²² [V. il Provvedimento.]

²³ [In particolare, l'Autorità ha espresso pareri relativi alla fornitura di servizi di telefonia mobile:

- nel 2004 con il parere S615 - Bando di gara per la fornitura di servizi di telefonia mobile per le Pubbliche Amministrazioni, del 29 luglio 2004;
- nel 2007 col parere AS415 - Bando di gara avente a oggetto la fornitura di servizi di "telefonia mobile" per le Pubbliche Amministrazioni, in Bollettino n. 33/2007;

37. La gara in esame presenta un valore di base d'asta pari a 235 milioni per un quantitativo massimo di 1,4 milioni di utenti della PA, e riguarda i seguenti servizi²⁴:

- a) servizi di telefonia mobile in abbonamento e ricaricabile: fonìa mobile e funzioni associate, messaggistica SMS/MMS, trasmissione dati, fornitura di SIM per la fruizione dei servizi;
- b) ulteriori servizi per utenti mobili: accesso alla LAN/*Intranet* dell'Amministrazione, copertura *indoor*, SMS massivi, *EMM Enterprise Mobility Management*, *Fleet Management*, sicurezza a livello di rete;
- c) noleggio di terminali radiomobili: telefoni, *tablet*, *modem* portatili;
- d) *customer care*, supporto e manutenzione, sviluppo e integrazione;
- e) rendicontazione e fatturazione.

38. In relazione a detti servizi, la *lex specialis* elenca trentaquattro voci di offerta economica, ciascuna delle quali con un proprio prezzo unitario a base d'asta (fatta eccezione per i canoni di noleggio dei terminali, aventi un importo complessivo massimo non superabile in offerta).

39. L'operatore che si aggiudica la gara stipula una Convenzione di durata pari a 24 mesi (prorogabile fino a ulteriori sei, decorrenti dalla data di attivazione) e sempre di ventiquattro mesi è anche la durata dei contratti attuativi di fornitura.

40. Il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa con assegnazione di un valore massimo di 70 punti per l'offerta tecnica e di un massimo di 30 punti per l'offerta economica.

IV.2.1 Le principali caratteristiche dell'offerta tecnica

41. In relazione all'offerta tecnica, i 70 punti attribuibili hanno varia natura:

- 34 punti sono *tabellari*, vale a dire i punteggi i cui coefficienti fissi e predefiniti vengono attribuiti (o non attribuiti) in ragione dell'offerta (o mancata offerta) rispetto a quanto specificamente richiesto;
- 14,5 punti sono *discrezionali*, vale a dire i punteggi il cui coefficiente è attribuito in ragione dell'esercizio della discrezionalità spettante alla commissione giudicatrice;
- 21,5 punti sono *quantitativi*, vale a dire i punteggi il cui coefficiente è attribuito mediante applicazione di una formula matematica;

- l'offerta tecnica degli operatori partecipanti alla gara deve essere composta da:

- a) una scheda di offerta, contenente i valori relativi alle caratteristiche tecniche dell'offerta;
- b) una relazione tecnica, conforme al modello predisposto da Consip, contenente una proposta tecnico-organizzativa che illustra gli elementi di offerta in relazione ai criteri di valutazione discrezionale indicati nel disciplinare;
- c) il c.d. Piano della copertura, che deve essere presentato in maniera conforme al modello fornito da Consip (v. *infra*).

42. La Commissione, terminata l'attribuzione dei coefficienti agli elementi discrezionali, quantitativi e tabellari, procede, in relazione a ciascuna offerta, all'attribuzione dei punteggi per ogni singolo criterio secondo il metodo aggregativo compensatore. Il punteggio tecnico è calcolato secondo la formula di cui alla figura 1.

Figura 1: Calcolo del punteggio tecnico totale

Il Punteggio Tecnico è dato dalla seguente formula:

$$PT_i = \sum_{j=1}^n C_{j,i} \times P_j$$

dove

<i>i</i>	=	indice identificativo di ciascun concorrente
<i>j</i>	=	indice identificativo di ciascun sub criterio tecnico
<i>PT_i</i>	=	punteggio tecnico del concorrente <i>i</i> -esimo;
<i>C_{j,i}</i>	=	coefficiente del subcriterio di valutazione <i>j</i> -esimo per il concorrente <i>i</i> -esimo;
<i>P_j</i>	=	Punteggio max subcriterio di valutazione <i>j</i> -esimo

Fonte: Disciplinare di gara.

- nel 2010 col parere AS665 - Bando di gara avente a oggetto la fornitura di servizi di "telefonia mobile" per le Pubbliche Amministrazioni, in Bollettino n. 5/2010;
- nel 2013 col parere AS1046 - Bando di gara relativo ai servizi di telefonia mobile per le Pubbliche Amministrazioni, in Bollettino n. 19/2013;
- nel 2016, in relazione alla settima edizione del bando di gara, oggetto del parere AS1349 - Consip - Bando di gara per la fornitura di servizi di telefonia mobile per le Pubbliche Amministrazioni, in Bollettino n. 5/2017. Da ultimo e con riguardo alla gara in oggetto, cfr., AS1864 - CONSIP/Bando di gara per l'appalto di servizi di telefonia mobile, del 25 luglio 2022, in Bollettino n. 40/2022.]

²⁴ [V. doc. n. 47_all. 2.]

43. Ai sensi del disciplinare di gara, un'adeguata copertura (intesa come "territorio nazionale in cui sono disponibili i servizi agli utenti della convenzione") è un requisito di partecipazione, essendo prevista una soglia minima al di sotto della quale è preclusa la partecipazione.

44. Più in particolare, il Piano di copertura da presentare consta di "una tabella in cui il concorrente dovrà indicare per ciascun Comune italiano, le percentuali del territorio, all'interno dei confini amministrativi comunali, coperte 2G, 3G, 4G, 4G+. La stessa tabella dovrà riportare il territorio complessivo di ogni Comune, cui rapportare le percentuali di copertura indicate". Nella figura 2 che segue è rappresentata la tabella, presente nel Capitolato di gara, che ciascun operatore deve produrre.

Figura 2: Piano di copertura

Comune	% almeno 2G	% almeno 4G	% almeno 4G+	% 5G	Territorio comunale in Km ²
...
C _i	P2G _i	P4G _i	P4G _i ⁺	P5G _i	T _i
...
TOTALE	P2G _{nazionale}	P4G _{nazionale}	P4G _{nazionale} ⁺	P5G _{nazionale}	Σ _i T _i

Dove:

- P2G_i, P4G_i, P4G_i⁺ e P5G_i sono, rispettivamente, le percentuali del territorio del comune C_i coperte "almeno 2G", "almeno 4G", "almeno 4G+" e "5G"
- T_i è il territorio del Comune C_i in Km²;
- P2G_{nazionale} è la percentuale di territorio nazionale coperta "almeno 2G", pari a $(\sum_i P2G_i * T_i) / \sum_i T_i$
- P4G_{nazionale} è la percentuale di territorio nazionale coperta "almeno 4G", pari a $(\sum_i P4G_i * T_i) / \sum_i T_i$
- P4G_{nazionale}⁺ è la percentuale di territorio nazionale coperta "almeno 4G+", pari a $(\sum_i P4G_i^+ * T_i) / \sum_i T_i$
- P5G_{nazionale} è la percentuale di territorio nazionale coperta "5G", pari a $(\sum_i P5G_i * T_i) / \sum_i T_i$

Fonte: Capitolato di gara.

45. In sede valutativa, inoltre, il disciplinare di gara prevede che 6,1 dei 70 punti attribuiti all'offerta tecnica siano assegnati in ragione della percentuale di copertura. In particolare - si veda figura 3 che segue - verranno attribuiti un massimo di 0,6 punti per una copertura del territorio nazionale tramite tecnologia 2G qualora, raggiunta la soglia minima del 95%, venga migliorata la percentuale di copertura sino alla soglia massima (e, rispettivamente, per le altre tecnologie poste a gara i massimali sono: 1,5 punti per il 4G; 3 punti per il 4G+; 1 punto per il 5G).

Figura 3: Piano di copertura

Tabella dei criteri discrezionali (D), quantitativi (Q) e tabellari (T) di valutazione dell'offerta tecnica

N° (j)	criteri di valutazione	punti max	N° (j,k)	sub-criteri di valutazione	punti D max	punti Q max	punti T max	F	Sm	SM
1	Estensione della copertura radiomobile nazionale (Capitolato Tecnico, par. 2.1)	6,1	1.1	Percentuale di copertura del territorio nazionale almeno 2G		0,6		C	95,00%	99,90%
			1.2	Percentuale di copertura del territorio nazionale almeno 4G		1,5		C	75,00%	99,90%
			1.3	Percentuale di copertura del territorio nazionale almeno 4G+		3		C	45,00%	99,90%
			1.4	Percentuale di copertura del territorio nazionale 5G		1		C	5,00%	99,90%

Fonte: Disciplinare di gara.

46. Al riguardo, è opportuno precisare che i punteggi vengono assegnati tramite la valutazione calcolata a livello nazionale (risultante dalle informazioni fornite a livello comunale ed elaborate a livello nazionale) per ciascuna modalità di trasmissione del segnale e che non si tratta di punteggi discrezionali o di tipo "on-off" (ovvero assegnati esclusivamente all'operatore che realizza la migliore copertura), bensì di punteggi quantitativi che vengono attribuiti con diverse gradazioni a seconda del livello di copertura raggiunto, in comparazione con gli altri offerenti. Infatti, sulla

base delle offerte ricevute: all'operatore che realizza una copertura maggiore o uguale alla soglia massima verrà assegnato il punteggio pieno; agli operatori che realizzano la copertura minima verrà assegnato un punteggio uguale a zero; mentre in tutti gli altri casi verrà assegnato un punteggio proporzionale all'incremento realizzato rispetto alla soglia minima, ponderato per la differenza tra la soglia massima e quella minima²⁵.

47. Al riguardo - a titolo di esempio numerico - un operatore con copertura pari al 90% nella tecnologia 4G (valevole fino a un massimo di 1,5 punti, all'interno dei 6,1 attribuiti per tutte le tecnologie di tale componente d'offerta) otterrà un punteggio pari a 0,90 punti²⁶. All'operatore in grado di raggiungere la soglia massima di copertura (99,90% del territorio nazionale) verrebbe attribuito il punteggio massimo di 1,5 punti, mentre all'operatore in grado di coprire la soglia minima (75% del territorio nazionale) verrebbe attribuito il punteggio pari a 0 punti, in quanto, al di sotto di tale livello, il concorrente non avrebbe i requisiti di partecipazione.

48. La figura 4 che segue mostra l'impatto della copertura delle diverse tecnologie (2G, 4G, 4G+, 5G, in ascissa) sul valore di punti attribuibili dalla stessa (in ordinata). A titolo di ulteriore esempio, una copertura del 95% in ciascuna delle quattro tecnologie (si veda la linea verticale tratteggiata nella Figura 4 che segue) garantirebbe, rispettivamente: 0 punti con riferimento al 2G (in quanto pari al valore minimo da garantire per la partecipazione alla gara; 1,20 punti rispetto alla tecnologia 4G; 2,73 punti dalla tecnologia 4G+; 0,95 punti dalla tecnologia 5G.

49. Appare inoltre opportuno segnalare, come già rilevato *supra* (v. paragrafo 45) che la tecnologia 4G+ conferisce un numero massimo di punti (3 in totale) circa pari alla somma dei punti massimi disponibili delle altre tecnologie (3,1 in totale). La tecnologia di trasmissione mobile 4G+, anche denominata LTE-Advanced o 4.5G, è una versione più veloce del 4G, la quarta generazione di tecnologie trasmissive su rete mobile. In particolare, mentre con il 4G standard un dispositivo è connesso a un'unica banda di frequenze alla volta, con il 4G+ l'operatore telefonico può combinare più bande di frequenza e utilizzarle contestualmente, in modo da ottenere una maggiore larghezza di banda complessiva per fornire il servizio al cliente finale, garantendo anche una maggiore velocità di rete. Le reti 4G+ si rendono praticamente necessarie, al fine di una esperienza d'uso dei servizi di rete mobile di buona qualità, allorché un dispositivo ha esigenza di scaricare una grande mole di dati. Infatti, mentre la velocità di trasmissione di una rete 4G è sufficiente per i servizi dati a bassa velocità, come la semplice navigazione in Internet, per fruire in maniera efficace di servizi che richiedono una banda di trasmissione più ampia, quali ad esempio i servizi che consentono di svolgere mansioni di lavoro da remoto, ormai di grande diffusione proprio presso l'utenza aziendale e della Pubblica Amministrazione. È in tale ottica che può essere interpretata l'importanza conferita alla copertura con reti 4G+ all'interno del bando di gara TM9.

²⁵ V. doc PI.8_all. 2 Disciplinare di gara, pagina 55, paragrafo "17.2 Metodo di attribuzione del coefficiente per il calcolo del punteggio dell'offerta tecnica" dove prevede: "A ciascuno degli elementi quantitativi, identificati nella tabella del par. precedente con la lettera "Q", è attribuito un coefficiente, variabile tra zero e uno, sulla base di quanto contenuto nella tabella stessa, e delle seguenti formule:

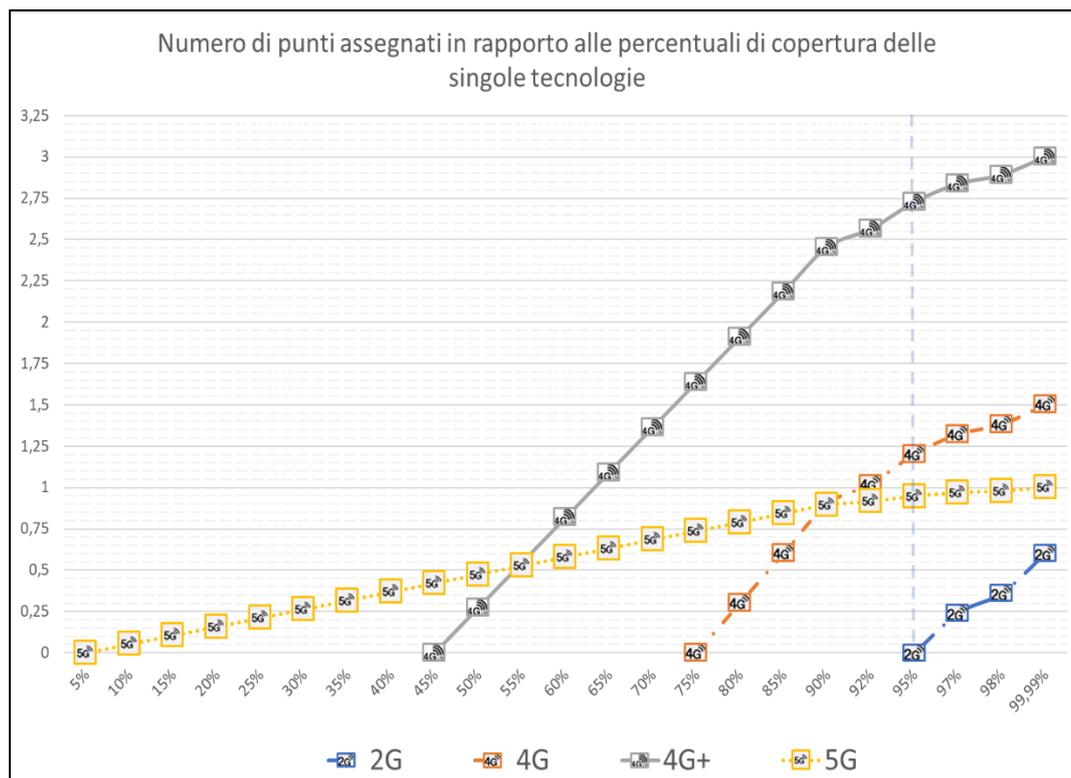
- Nel caso in cui nella colonna "F" della tabella sia indicata la lettera C (Crescente - grandezza il cui aumento indica migliore qualità)

$$\begin{aligned} C_{ij} &= 0 && \text{se } V_{ij} = S_{mj} \\ C_{ij} &= [(V_{ij} - S_{mj}) / (SM_j - S_{mj})] && \text{se } S_{mj} < V_{ij} < SM_j \\ C_{ij} &= 1 && \text{se } V_{ij} \geq SM_j \end{aligned}$$

Vij < Smj corrisponde al mancato rispetto di un requisito minimo.

²⁶ [In formule, è il risultato del calcolo: $[(90-75) / (99,90-75,00)] * 1,5$.]

Figura 4 - Numero di punti assegnati in proporzione alle percentuali di copertura delle diverse tecnologie



Fonte: elaborazione AGCM sui dati Consip

50. Ai sensi del par. 2.1 del Capitolato tecnico, la copertura può essere garantita sia con l'utilizzo di una propria infrastruttura di rete, sia attraverso accordi con un operatore di rete mobile licenziatario. Tale eventualità va indicata nella Relazione Tecnica allegata all'offerta per la quale si precisa che "nel caso in cui la copertura sia garantita attraverso accordi con un operatore di rete mobile licenziatario, descrizione dettagliata degli accordi stessi, dei quali dovranno essere forniti aspetti di interesse particolare quali Aree di Copertura (evidenziando quali, tra le aree dettagliate nelle tabelle dei successivi paragrafi, siano coperte con rete propria e quali in virtù di accordi con altri Operatori) e date di scadenza del contratto. Il Concorrente dovrà comunque garantire tutte le coperture dichiarate per l'intera durata dei Contratti di Fornitura"²⁷.

51. Al riguardo, Consip ha chiarito che, con riferimento alla nozione di copertura, il fornitore dovrà garantire i propri servizi: i) in mobilità e con continuità del servizio; ii) a tutti gli utenti della convenzione che si rechino nelle aree dichiarate in offerta come coperte²⁸ (v. meglio *infra*). La stessa Consip ha precisato che "i) se una medesima porzione di territorio è coperta tramite più di un operatore licenziatario con il quale il concorrente abbia un accordo, tale porzione di territorio dovrà essere computata una sola volta nella determinazione delle percentuali di copertura; ii) "se una medesima porzione di territorio è coperta sia con frequenza proprie del concorrente, sia tramite uno o più operatori licenziatari con i quali il concorrente abbia accordi, tale porzione di territorio dovrà essere computata una sola volta nella determinazione delle percentuali di copertura"²⁹.

52. Tale specifica caratteristica dell'offerta di gara trova altresì fondamento nell'edizione precedente della procedura stessa (di seguito la "Gara TM8"), peraltro mutuata dai quattro bandi di gara precedenti³⁰. Al riguardo, circa l'assenza di limitazione alla partecipazione nei confronti di MVNO (o operatori ibridi), l'Autorità si era già espressa nel corso della propria attività di *advocacy* relativa alle precedenti edizioni del bando, affermando di valutare "positivamente la circostanza che il capitolato tecnico preveda che la copertura - che rappresenta un parametro per l'attribuzione del

²⁷ [Cfr. doc. n. 47_all. 2.]

²⁸ [Cfr. docc. nn. 40_1, 47_all. 2.]

²⁹ [Cfr. doc. n. 50_all. 1, Chiarimento n. 83 e doc. n. 40_1.]

³⁰ [Cfr. 47_all. 2: "[g]iova qui evidenziare che la gara TM9, per quanto di rilievo, ovvero in relazione ai motivi di ricorso FW, conserva la medesima struttura della precedente edizione di gara "TM8" ([...] fermo restando, peraltro, che anche le precedenti edizioni sono in parte qua identiche), ed in particolare, oltre all'impostazione con lotto unico, contiene le medesime previsioni relative alla "copertura" di cui al paragrafo 2.1 del Capitolato Tecnico (ovviamente al netto dell'evoluzione 5G, presente solo nella TM9), con la possibilità quindi riconosciuta ai concorrenti di garantire detta copertura "[...] sia con l'utilizzo di una propria infrastruttura di rete sia attraverso accordi con un operatore di rete mobile licenziatario" e, dunque, ammettendo, sin dalla quarta edizione di gara, la partecipazione non solo agli MNO come TIM, Vodafone e WindTre, ma anche agli MVNO, ossia agli operatori che, come FW, sono privi di licenza per l'utilizzo di spettro radio".]

punteggio tecnico e non un requisito minimo di partecipazione - possa «essere garantita sia con l'utilizzo di una propria infrastruttura di rete sia attraverso accordi con un operatore di rete mobile licenziatario (accordi di roaming oppure, nel caso in cui il concorrente sia un Operatore Mobile Virtuale, accordi per la messa a disposizione dell'infrastruttura dell'operatore mobile licenziatario)»³¹.

53. La procedura di verifica effettiva della copertura - ai sensi degli articoli 9.1-9.3 del Capitolato tecnico - viene attivata solo per il primo operatore in graduatoria, ai sensi del paragrafo 21-bis del Disciplinare di gara³². In particolare al concorrente che si trovi al primo posto della graduatoria provvisoria di merito è chiesto di consegnare la seguente documentazione:

«*Piano dettagliato della copertura*», consiste nell'insieme delle mappe di copertura che comprendono tutti i Comuni Italiani per i quali il Concorrente abbia dichiarato, nell'ambito del Piano della Copertura e dei dati di cui al par. 2, una copertura diversa da zero. Il concorrente, nei tempi previsti dal par. 21 bis del disciplinare di gara, dovrà consegnare tali mappe, che dovranno essere in scala almeno 1:50.000, e dovranno indicare, con linee e diversi colori di riempimento, le zone relative alle coperture di cui alla Tabella 3, con indicazione dei servizi e delle tecnologie presenti (voce, trasmissione dati 2G, 4G, 4G+, 5G), nonché dell'area in Km² della zona stessa. Le mappe andranno fornite in formato elettronico, pdf o jpeg;

- «*Mappe in grande scala*» consistono nelle mappe già prodotte nel suddetto Piano dettagliato della copertura, ma in scala almeno 1:5.000 per i centri urbani e almeno 1:25.000 al di fuori dei centri urbani»³³.

54. In relazione a tale possibilità, FW, operatore parzialmente infrastrutturato per la tecnologia 5G e in possesso di due accordi di *roaming* con le società TIM e WindTre, quindi, ha richiesto le mappe di copertura di TIM (essendo già in possesso delle mappe di copertura di WindTre) al fine di poter combinare tutte le componenti delle coperture (quelle offerte da TIM, WindTre e la propria con riferimento al 5G) e ottenere il massimo della valutazione di punteggio all'interno dei 6,1 punti disponibili per questa specifica caratteristica dell'offerta tecnica, relativa alle tecnologie (2G, 4G, 4G+, 5G, v. figura 3 e figura 4 *supra*).

IV.2.2 L'offerta economica

55. Per quanto riguarda l'offerta economica, il disciplinare di gara attribuiva all'elemento economico un coefficiente, variabile da zero a uno, calcolato tramite una formula (la c.d. formula "concava a punteggio assoluto"), riportata in figura 5, che segue.

³¹ [Cfr. AS1046 - Bando di gara relativo ai servizi di telefonia mobile per le pubbliche amministrazioni, cit., parere relativo alla gara TM6, nella parte in cui rileva che: "[q]uanto ai requisiti tecnici, l'Autorità valuta positivamente la circostanza che la partecipazione alla gara non risulta condizionata agli obblighi di copertura del territorio nazionale. Nel presente bando, infatti, non è riscontrabile un requisito tecnico analogo tra le condizioni di partecipazione, circostanza che va nella direzione di facilitare il raggiungimento dei requisiti tecnici e quindi di ampliare l'insieme di potenziali concorrenti in grado di partecipare alla gara, consentendo, in tal senso, l'eventuale partecipazione degli operatori mobili virtuali. Al riguardo, si valuta positivamente la circostanza che il capitolato tecnico preveda che la copertura - che rappresenta un parametro per l'attribuzione del punteggio tecnico e non un requisito minimo di partecipazione - possa "essere garantita sia con l'utilizzo di una propria infrastruttura di rete sia attraverso accordi con un operatore di rete mobile licenziatario (accordi di roaming oppure, nel caso in cui il concorrente sia un Operatore Mobile Virtuale, accordi per la messa a disposizione dell'infrastruttura dell'operatore mobile licenziatario)". V. anche AS665 - Bando di gara avente a oggetto la fornitura di "servizi di telefonia mobile" per le pubbliche amministrazioni, cit., parere relativo alla gara TM5, ove rileva che: "[l]'Autorità valuta, inoltre, positivamente la circostanza che la partecipazione alla gara non risulta più condizionata agli obblighi di copertura del territorio nazionale: infatti, tra i requisiti tecnici necessari per la partecipazione, è richiesta solo l'autorizzazione a fornire servizi di comunicazione ai sensi del Codice delle comunicazioni elettroniche, nonché l'iscrizione al Registro degli Operatori di Comunicazione".]

³² [Il paragrafo prevede quanto segue:

"Parallelamente all'esame della documentazione amministrativa da parte dell'Ufficio e, in ogni caso, ai fini dell'aggiudicazione, nei confronti del concorrente che si trovi al primo posto della graduatoria provvisoria di merito si procederà alla (enfasi aggiunta):

A. verifica tecnica della copertura sul territorio nazionale del servizio offerta;

B. verifica del possesso delle caratteristiche tecniche minime e, ove offerte, di quelle relative ai criteri migliorativi con riferimento ai terminali offerti.

Resta fermo che la Consip S.p.A. si riserva, a suo insindacabile giudizio, di sottoporre a verifica tecnica ogni altro servizio, caratteristica tecnica e/o funzionalità offerta dal concorrente medesimo. [...] Verrà richiesto al concorrente di consegnare alla Consip S.p.A., entro il termine di 10 (dieci) giorni decorrenti dalla data di ricezione della relativa richiesta, il "Piano dettagliato della copertura", il cui contenuto è definito nel paragrafo 9.1 del Capitolato Tecnico, e che dovrà essere redatto in conformità a quanto dichiarato nel "Piano della copertura" presentato dal concorrente in sede di Offerta Tecnica."

³³ [V. Capitolato di gara articolo 9.1.]

Figura 5: Calcolo del punteggio economico

Formula "concava a punteggio assoluto":		
C_i	=	$1-(1-R_i)^k$
dove:		
C_i	=	coefficiente attribuito al concorrente <i>i</i> -esimo;
R_i	=	ribasso dell'offerta del concorrente <i>i</i> -esimo, determinato come specificato nel seguito;
$k=4$	=	parametro che determina la concavità della curva di punteggio

Fonte: Disciplinare di gara.

56. Il ribasso offerto (indicato con la lettera R) è calcolato mediante la formula $R = 1 - P/BA$, dove P è il prezzo complessivo offerto, determinato come somma dei prodotti dei prezzi unitari offerti per le relative quantità stimate delle 34 voci di offerta economica (v. paragrafo 38) e arrotondato alla seconda cifra decimale, e BA è l'importo totale a base di gara, ovvero 235 milioni di euro (v. paragrafo 37)³⁴.

IV.2.3 La procedura di presentazione delle offerte e lo svolgimento della gara

57. Va premesso che, in vista della stesura del bando, Consip ha proceduto, ai sensi della normativa, a interpellare gli operatori di mercato tramite la consueta indagine di mercato (cui la stessa Fastweb ha partecipato)³⁵.

58. Il termine per la presentazione delle offerte è stato inizialmente fissato per il 14 novembre 2022 ed è stato prorogato in cinque occasioni³⁶, con l'individuazione del termine ultimo nel 14 marzo 2023.

59. Durante tale periodo - e a motivazione della proroga dei termini - Consip ha risposto alla richiesta di chiarimenti dei partecipanti concernente un ampissimo numero di richieste di informazioni molto dettagliate "in una logica di massima trasparenza e collaborazione, anche nell'intento di favorire una partecipazione maggiore"³⁷. Consip, infatti, ha pubblicato, a ridosso della terza e quinta data termine per la presentazione delle offerte, due documenti di risposta alle domande degli operatori (di seguito, congiuntamente, i "Chiarimenti Consip")³⁸.

60. Al riguardo Consip ha dichiarato che: "la mole di dati richiesta dagli operatori e fornita da Consip, anche a seguito di proprie elaborazioni, è senza precedenti nell'ambito delle procedure fin qui esperite per tale servizio e ha richiesto il massimo impegno della stazione appaltante, anche in termini di proroghe concesse"³⁹.

61. Sul punto, Consip ha, inoltre, rappresentato che: "le informazioni necessarie alla partecipazione per la gara erano già presenti nell'allegato 15" del bando di gara e che "in linea teorica, per i servizi in oggetto, le informazioni di dettaglio sul traffico possono potenzialmente avere anche una granularità infinitesimamente piccola, che non necessariamente è richiesta dalle effettive esigenze informative della Gara". Ciò anche in quanto "in una prima fase le informazioni richieste si riferivano anche a informazioni relative a edizioni della gara molto risalenti, rispetto alle quali era più difficile rispondere e che probabilmente non erano di diretto interesse rispetto alla Gara. Tali informazioni

³⁴ [Cfr. doc. n. PI.8_all. 2. Il ribasso così determinato sarà arrotondato alla sesta cifra decimale. Ad esempio, un ribasso pari a 0,1234567, corrispondente a 12,34567%, sarà arrotondato a 0,123457, corrispondente a 12,3457%.]

³⁵ [V. doc. n. 47_all. 2: "Sul punto peraltro, sia anche consentito stigmatizzare il comportamento di FW, dal momento che durante la consultazione di mercato - ossia la fase che la SA dedica appositamente ad acquisire eventuali indicazioni degli operatori ai fini di una maggiore partecipazione degli stessi e che molto incidono sulla struttura definitiva della lex specialis di gara, i cui contenuti vengono calibrati proprio, ed anche, per recepire/risolvere eventuali problematiche segnalate dagli OE - la ricorrente, alla seguente domanda n.19 del questionario (rapportato ai contenuti della precedente edizione di gara TM8): "Vi invitiamo ad indicare eventuali ulteriori elementi o informazioni che ritenete possano essere utili allo sviluppo dell'iniziativa" non solo non ha segnalato alcunché, ma nel rispondere al quesito n.4, con cui si chiedeva di indicare "la percentuale di territorio nazionale in cui la vostra azienda garantisce ai propri utenti i servizi di fonia mobile e di trasmissione dati 2G, 3G, 4G e 5G", ha esposto tutte le percentuali di copertura, che evidentemente si basano sull'accordo di roaming che ha con WindTre (essendo FW operatore MVNO e solo per la tecnologia 5G è direttamente licenziatario) e non ha in alcun modo segnalato di avere ulteriori accordi (con TIM) che avrebbero potuto implementare la copertura dichiarata, né segnalato problematiche riguardanti la disponibilità delle mappe di copertura, né tantomeno ha sollecitato Consip a fare/disporre alcunché".]

³⁶ [Il primo avviso di proroga ha fissato il termine al 5 dicembre 2022. In seguito i termini sono stati prorogati al: 21 dicembre 2022; 17 gennaio 2023; 21 febbraio 2023; 14 marzo 2023.]

³⁷ [Cfr. doc. n. 50_all. 1.]

³⁸ [Cfr. docc. nn. 40_all. 1 e 40_all. 1bis.]

³⁹ [Cfr. doc. n. 50_all. 1. Sul punto Consip afferma che. "tipicamente, le metriche comunemente utilizzate per valutare i consumi sono inevitabilmente legate ai processi di fatturazione degli stessi, perciò tutte le richieste più approfondite, e per le quali non vi era una diretta corrispondenza tra erogazione e fatturazione dell'unità di misura di un particolare servizio, hanno richiesto elaborazioni quasi individuali sul consumo realizzato dalla SIM o dal singolo terminale. Pertanto, nello spirito di massima trasparenza e collaborazione, anche nell'intento di favorire una partecipazione maggiore, Consip ha consegnato tutto ciò di cui è venuta in possesso, anche per il tramite del fornitore di TM8 [ovvero, TI].".]

presentavano un interesse relativo, in quanto collegate a edizioni precedenti della gara e in quanto inerenti a consumi delle Pubbliche Amministrazioni molto datati, anche in relazione allo stato pandemico⁴⁰.

62. Tali richieste, infatti, hanno altresì imposto il coinvolgimento dell'operatore uscente, TI, al fine di produrre tutta la documentazione richiesta⁴¹, che ha ottemperato, secondo Consip, a tutte le richieste della stazione appaltante⁴².

63. Al fine di mantenere la parità di accesso tra tutti gli operatori, alcune informazioni sono state rese accessibili da Consip attraverso un meccanismo che prevedeva, a seguito di una istanza diretta degli operatori, la sottoscrizione di un accordo di riservatezza che garantisse l'utilizzo di tali informazioni solo per la presentazione della propria offerta nella procedura di gara⁴³.

64. Allo scopo di garantire la continuità i servizi della precedente edizione della gara (la TM8) in favore delle PA, Consip ha prorogato la Convenzione in essere con il precedente aggiudicatario TI fino al 16 novembre 2023⁴⁴.

65. Il processo di aggiudicazione di gara prevede alcuni passaggi. Una volta presentate le offerte, Consip "consente agli operatori che hanno partecipato alla gara, contestualmente alla apertura delle offerte economiche in seduta pubblica, di poter visualizzare il punteggio tecnico complessivo che hanno ottenuto - e non la ripartizione per i tre tipi di punteggio tecnico [ovverosia tabellari, discrezionali, quantitativi, ndr] - e di prendere visione dei prezzi offerti potendo così ricostruire il punteggio economico conseguito tramite la formula indicata sul disciplinare di gara".

66. Terminata tale fase, la stazione appaltante ha proceduto a quelle successive esclusivamente per il partecipante che ha conseguito il punteggio totale maggiore (quale risultato della somma del punteggio tecnico ed economico), che constano: i) della verifica dell'eventuale anomalia del prezzo; ii) dell'esame della documentazione amministrativa; iii) delle verifiche tecniche relative, anche, alle prove empiriche a campione di copertura del segnale radiomobile del territorio; iv) dei controlli prescritti requisiti ai sensi degli articoli. 80 e 85 del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. (Codice dei contratti pubblici vigente *ratione temporis*).

67. Al riguardo, è opportuno notare che Consip, durante tale periodo della procedura, non comunica all'operatore né che ha conseguito il punteggio totale maggiore né tantomeno il superamento di ciascuna delle fasi, ma solamente la conclusione del processo tramite un provvedimento di aggiudicazione definitiva non efficace⁴⁵ (v. meglio *infra*). Per quanto concerne poi la stipula, la prassi prevede l'invio della comunicazione di aggiudicazione definitiva efficace al primo in graduatoria, e quindi il superamento dei controlli ex articolo 80 del Codice dei Contratti Pubblici e dei requisiti di cui sopra, e l'insussistenza di ricorsi che possano bloccare gli esiti di gara. Infine, vi è generalmente un tempo tecnico tra la stipula e l'attivazione della Convenzione.

IV.3 I rapporti tra FW e TI successivamente al Provvedimento dell'Autorità

68. Ad esito del Provvedimento dell'Autorità, che non ha ritenuto sussistenti gli elementi volti a concedere le cautelari, i rapporti tra Fastweb e TIM sono proceduti in relazione alla concessione delle mappe.

69. In particolare, FW, preso atto del Provvedimento e dei pronunciamenti del TAR e del CdS in merito, ha richiesto a TI di mettere a disposizione le proprie mappe in favore di un soggetto terzo, indipendente e vincolato da riservatezza e non diffusione di informazioni⁴⁶, che provvedesse a effettuare - in luogo di FW - il lavoro di sovrapposizione delle mappe che avrebbe consentito alla Società di presentare la propria migliore offerta competitiva dal punto di vista tecnico. TI, tuttavia, non ha ritenuto di aderire a tale richiesta, non reputando possibile trasferire le proprie mappe di copertura a un soggetto terzo che non fosse - ove necessario - la stazione appaltante⁴⁷.

70. In relazione invece all'accordo di *roaming* tra le due società, la cui durata non era tale da coprire tutto il periodo di una eventuale stipula della Convenzione da parte di FW, le due società hanno provveduto a prorogare - nuovamente rispetto al contratto originario - il contratto fino [omissis]*⁴⁸.

⁴⁰ [Cfr. doc. n. 50_all. 1.]

⁴¹ [Al riguardo, Consip ricorda che: "[i]n alcuni casi è stata necessaria l'interlocuzione con Telecom Italia che si è trovata a fornire informazioni diverse da quelle fornite periodicamente all'interno del normale svolgimento dei servizi. Tali operazioni hanno richiesto tempo anche con riferimento alle verifiche da effettuare" (doc. n. 50_all. 1).]

⁴² [Cfr. doc. n. 50_all. 1, dove recita "Telecom Italia ha fornito la collaborazione necessaria alla redazione dei chiarimenti relativi alla gara per ciò che concerne le informazioni già in suo possesso o che, comunque, potevano essere reperite in tempi compatibili e utili con la gara. In aggiunta vi sono state ulteriori richieste di chiarimento circa informazioni che, seppur non ritenute strettamente necessarie alla presentazione delle offerte di gara, sono state richieste all'operatore, il quale ha fatto pervenire la propria risposta, che è stata successivamente messa a disposizione degli offerenti tramite una metodologia di interscambio, in piena riservatezza".]

⁴³ [Cfr. doc. n. 50_all. 1. Consip ha comunicato alle PA che hanno aderito alla Convenzione di cui alla gara TM8 la proroga in data 31 marzo 2023, tramite il proprio portale, al fine di consentire alle PA di aderire a suddetta estensione di servizio.]

⁴⁴ [Cfr. doc. n. 50_all. 1: "la Convenzione Consip attuale (TM8) è vigente fino al 16 novembre prossimo venturo e pertanto fino a quella data le amministrazioni saranno coperte da tale accordo". V. anche doc. n. 52_all. 1.]

⁴⁵ [Cfr. doc. n. 50_all. 1: "l'operatore economico non ottiene una notifica di superamento di ciascuna fase ma può desumerlo dal fatto che non riceve più domande di chiarimento sulla specifica fase, al contempo, viene chiamato a presentare la documentazione della fase successiva. Tali passaggi non vengono perciò condivisi pubblicamente".]

⁴⁶ [Cfr. doc. n. 40 e allegati.]

⁴⁷ [Cfr. doc. n. 40 e allegati.]

* [Nella presente versione alcuni dati sono omissi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.]

IV.4 Lo svolgimento della gara

71. La gara ha visto la presentazione di offerte da tre operatori. Infatti, oltre a FW e TI, anche Vodafone Italia S.p.A. (di seguito "Vodafone") ha presentato la propria offerta⁴⁹, sebbene Consip abbia registrato un numero di richieste di chiarimenti talmente elevato da suggerire un coinvolgimento anche più ampio di operatori potenzialmente interessati alla gara⁵⁰.

72. Come anticipato *supra*, l'apertura delle buste consentiva ai partecipanti di conoscere, oltre al proprio punteggio (sia relativo all'offerta economica che tecnica), quello dei concorrenti. Tali informazioni consentono, attraverso il calcolo inverso dei punteggi, di ipotizzare i punteggi tecnici ed economici ottenuti da ogni singolo operatore e stilare una ipotetica classifica di gara.

73. Ad esito dell'apertura delle buste, avvenuta in data 11 aprile 2023, sia FW che TI hanno sottoposto all'Autorità una graduatoria ufficiosa - in assenza di alcun pronunciamento ufficiale di Consip - che ha visto Vodafone classificarsi quale primo operatore per punteggio totale, seguito, rispettivamente, dalla stessa FW e da TI.

74. Tale graduatoria è stata confermata *in toto* in data 16 settembre 2023, allorquando Consip ha comunicato ai partecipanti della gara l'aggiudicazione definitiva non efficace nei confronti di Vodafone⁵¹, ad esito della pubblicazione della graduatoria, di seguito rappresentata in figura 6.

Figura 6: Graduatoria di gara valida ai fini dell'aggiudicazione definitiva non efficace

	Graduatoria	Punteggio Tecnico	Punteggio Economico	Punteggio Totale
1	VODAFONE ITALIA S.p.A.	66,6179	29,7232	96,3411
2	FASTWEB S.p.A.	62,0146	28,4404	90,4550
3	TELECOM ITALIA S.p.A.	62,9471	26,5936	89,5407

Fonte: Consip

75. La graduatoria finale *supra* mostra che: 1) Vodafone ottiene circa 96 punti totali (derivanti da circa 66 punti dell'offerta tecnica e circa 30 di offerta economica); 2) FW totalizza circa 90 punti totali (rispettivamente 62 di offerta tecnica e 28 di offerta economica); 3) TI consegue 89 punti totali (ovvero, rispettivamente circa 63 di offerta tecnica e 26 di offerta economica). Sulla base di tali informazioni, Vodafone si è aggiudicata la gara infliggendo un distacco totale di 5,9 punti a FW e 6,9 punti a TI.

76. TI⁵² e FW⁵³ hanno altresì prodotto - a esito dell'accesso agli atti successivo dal provvedimento di aggiudicazione non efficace - copia delle offerte presentate dagli operatori, comprensive dei valori di copertura dichiarati dagli operatori, tali da consentire l'analisi dei punteggi tecnici tabellari (assorbente anche di quelli quantitativi) e discrezionali, nonché il calcolo dei ribassi sulla base d'asta presentati. TI ha prodotto una possibile elaborazione dei punteggi, in figura 7.

⁴⁸ [Cfr. doc. n. 39_all. 1 "TIM ha accettato di prorogare il contratto in essere solo dopo la scadenza del termine per la formulazione delle offerte. [Omissis]"(cfr. anche doc. n. 44.3).]

⁴⁹ [Cfr. doc. n. 39_all. 1 dove afferma "Ha infatti avuto luogo l'apertura delle buste delle offerte di gara pervenute. Alla procedura hanno preso parte di tre operatori: Fastweb, Telecom Italia S.p.A. (di seguito "TIM") e Vodafone Italia S.p.a. (di seguito "Vodafone"). Allo stato la stazione appaltante Consip S.p.A. (di seguito "Consip") non ha ancora emesso un provvedimento di aggiudicazione ma è stata data lettura dei valori dei punteggi conseguiti dagli operatori in relazione all'offerta economica e tecnica. Dalla lettura delle valutazioni fin qui provvisorie emerge che Vodafone ha conseguito il punteggio migliore a livello totale, mentre Fastweb e TIM si collocano, rispettivamente, al secondo e terzo posto di una ipotetica graduatoria ufficiosa" (vd. anche doc. n. 52_all. 1).]

⁵⁰ [Cfr. doc. n. 50_all. 1 ove sottolinea che: "l'ampia mole di chiarimenti pervenuti da parte degli operatori, anche a volte sui medesimi temi, autorizza a ritenere che più operatori abbiano partecipato a questa fase".]

⁵¹ [Cfr. doc. n. 63_all. 1. In data 9 novembre 2023, Consip ha confermato l'aggiudicazione definitiva efficace a Vodafone.]

⁵² [Cfr. doc. n. 63_all. 2.]

⁵³ [Cfr. doc. nn. 65_all. 11; 65_all. 3; 65_all. 4; 65_all. 6; 65_all. 7; 65_all. 8 e 65_all. 9.]

Figura 7: Graduatoria provvisoria calcolata da TIM

Pos.	Concorrente	Punteggio tecnico tabellare (Max 55,5)	Punteggio tecnico discrezionale (Max 14,5)	Punteggio Tecnico	Offerta Economica	Ribasso	Punteggio Economico	Punteggio totale
1	Vodafone	53,3179	13,3000	66,6179	72.834.293,59	69,0067%	29,7232	96,3411
2	Fastweb	50,8146	11,2000	62,0146	112.212.449,12	52,2500%	28,4404	90,4550
3	TIM	50,7471	12,2000	62,9471	136.414.711,71	41,9512%	26,5936	89,5407

Fonte: TIM, doc. n. 32

77. In relazione alla copertura (v. figura 8 che segue), Vodafone risulta il migliore operatore per le tecnologie 2G, 4G e 4G+ con percentuali sempre superiori al 94% in alcuni casi (v. per la tecnologia 2G e 4G) prossime al valore massimo di copertura del 99,9%. FW, invece, risulta essere l'operatore che dichiara la migliore copertura (pari a circa il 75%) di tecnologia 5G sul territorio.

Figura 8: Percentuali di copertura del territorio per tecnologia e punteggi corrispondenti.

Concorrente	% 2G	% 4G	% 4G+	% 5G	Punteggio 2G (Max 0,6)	Punteggio 4G (Max 1,5)	Punteggio 4G+ (Max 3)	Punteggio 5G (Max 1)	Punteggio Totale (Max 6,1)
Vodafone	99,78	99,28	94,72	33,75	0,5853	1,4627	2,7169	0,3030	5,0679
Fastweb	95,73	91,09	77,32	75,21	0,0894	0,9693	1,7661	0,7398	3,5646
TIM	99,31	98,56	62,66	8,32	0,5278	1,4193	0,9650	0,0350	2,9471

Fonte: TIM, doc. n. 63_all2 e FW, doc. n. 65.

IV.5 Ulteriori elementi di contesto

78. Con riferimento al tema della pubblicità della copertura offerta dagli operatori, FW ha, in corso di istruttoria e nella propria memoria conclusiva (v. meglio *infra*), segnalato i temi contenuti nella recente delibera n. 23/23/CONS emessa dall'Autorità Garante per le Comunicazioni⁵⁴ (di seguito, "AgCom"), recante "Disposizioni in materia di qualità e carte dei servizi di comunicazioni mobili e personali" (di seguito "Delibera AgCom"), quali di interesse per il presente procedimento.

79. Il procedimento istruttorio che ha condotto all'adozione della delibera ha visto il contributo di tutti gli operatori infrastrutturati, nonché di alcuni tra i maggiori operatori virtuali e ibridi.

80. La Delibera AgCom ha, *inter alia*, tra i suoi obiettivi: i) procedere a un riassetto generale della disciplina in materia di qualità dei servizi di comunicazioni mobili e personali, sia per gli utenti che per gli operatori; ii) semplificare il complesso degli indicatori di qualità del servizio di comunicazioni mobili e personali, anche nell'ottica del recepimento del nuovo Codice delle Comunicazioni Elettroniche (di seguito "CECE")⁵⁵; iii) aumentare la trasparenza per gli utenti finali, fornendo su uno specifico sito dedicato informazioni circa i servizi offerti operatori mobili virtuali (MVNO), che contenga dettagli circa l'operatore ospitante, le reti su cui operano, nonché eventuali limiti contrattuali.

81. Detta delibera (v. meglio *infra*) stabilisce le informazioni che, ai sensi del comma 1 dell'articolo 98-*sedecies* del CECE, i fornitori di servizi di comunicazioni mobili e personali sono tenuti a pubblicare, a uso degli utenti finali, sulla qualità dei servizi offerti, nella misura in cui controllino almeno alcuni elementi della rete direttamente o in virtù di un accordo sul livello dei servizi a tal fine.

V. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

V.1 Le argomentazioni di FW

82. FW ha dapprima sostenuto, nel corso del procedimento cautelare, di essere stata impossibilitata a presentare la propria offerta senza prima aver ottenuto le mappe di copertura di TI. Poi, in seguito al Provvedimento e ai pronunciamenti del TAR e del CdS, che hanno affermato la possibilità per il segnalante di partecipare alla gara TM9 (in

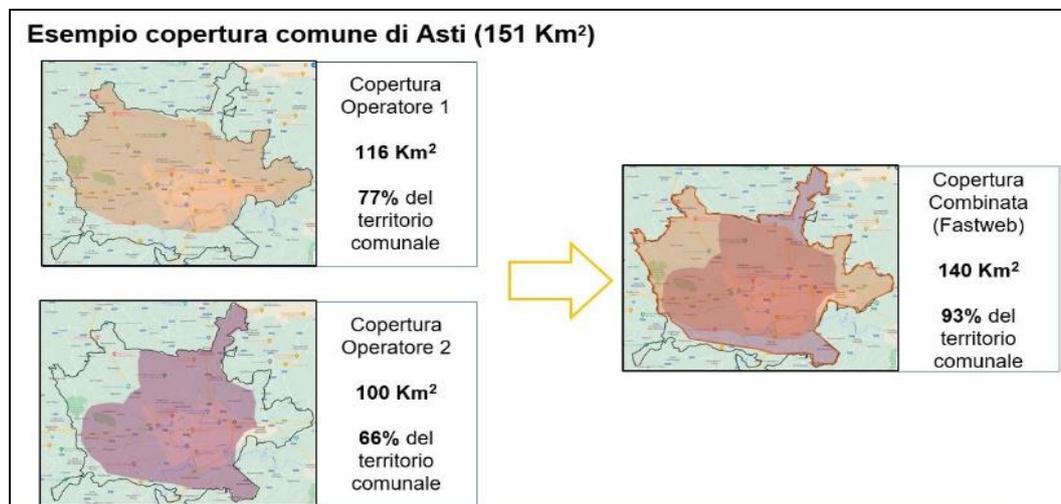
⁵⁴ [La delibera è stata adottata in data 8 febbraio 2023 in attuazione della Delibera n. 251/22/Cons che ha avviato un procedimento e di una consultazione pubblica inerente a disposizioni in materia di qualità e carte dei servizi di comunicazioni mobili e personali e Disciplina della campagna 2022 di misura della qualità del servizio dati a larga banda - 5 luglio 2022. Cfr. doc. n. 40_all. 8.]

⁵⁵ [Si tratta del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante "Codice delle comunicazioni elettroniche", come da ultimo modificato dal decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 207, recante "Attuazione della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione)".]

ragione delle mappe di copertura di WindTre e delle percentuali di copertura comunali fornite da TI, nonché della disponibilità di tale operatore a depositare le proprie mappe in supporto a un'eventuale verifica tecnica di Consip a FW), FW ha affermato di aver avuto bisogno delle mappe di TI per poter effettuare l'inviluppo delle coperture e, quindi, procedere a presentare la propria offerta migliore.

83. In particolare, l'attività che FW avrebbe voluto svolgere consiste nell'integrazione della copertura di un *roamer* con quella dell'altro, al fine di ottenere il massimo punteggio nelle categorie di offerte dedicate. Un esempio di inviluppo delle mappe è presentato in figura 9 che segue.

Figura 9: Esempio di inviluppo delle mappe di copertura tra due ipotetici operatori



Fonte: FW, doc. n. 40_all.2

84. Sul tema dell'inviluppo della copertura derivante da diversi accordi di *roaming*, FW ha richiamato due argomenti: i) i Chiarimenti Consip (e in particolare i numeri 83 e 85), relativi al caso ipotetico dell'aggiudicazione della gara da parte di un operatore virtuale o ibrido, in grado di avvalersi di più contratti di *roaming*⁵⁶; ii) la recente Delibera AgCom⁵⁷ che sancirebbe, secondo l'operatore, "il principio secondo il quale gli operatori infrastrutturati [ovvero gli MNO] sono tenuti a mettere a disposizione degli operatori privi di infrastruttura [ovvero gli MVNO] le informazioni necessarie per la predisposizione delle mappe di copertura" (v. meglio *infra*)⁵⁸.

85. Quanto al mercato rilevante, FW ha condiviso l'individuazione circoscritta alla gara TM9, anche sulla base della giurisprudenza⁵⁹.

86. Secondo FW, la posizione dominante di TI deriverebbe da numerose circostanze tra le quali: i) la quota di mercato detenuta; ii) l'essere il fornitore uscente da ormai cinque gare; iii) la conoscenza di informazioni essenziali per la partecipazione alla gara degli operatori virtuali (quali le mappe di copertura); iv) la titolarità di una infrastruttura di rete essenziale per accedere al mercato a valle.

87. La condotta abusiva sarebbe evidenziata, altresì, dalle comunicazioni di TI nelle quali la società ha affermato di non voler condividere le proprie mappe di copertura, in quanto ciò rappresenterebbe un vantaggio competitivo per FW proprio nella gara in esame alla quale la stessa TI dichiarava di voler partecipare⁶⁰, nonché dal rifiuto a fornire le proprie mappe a un soggetto terzo, indipendente e vincolato da riservatezza e non diffusione di informazioni, che

⁵⁶ [Cfr. doc. n. 39_all. 1: "Al riguardo, Fastweb segnala che nei chiarimenti numero 83 e 85 Consip presenta espressamente un esempio di partecipazione alla gara da parte di un operatore, dotato di copertura propria e che disponga di ulteriori coperture sulla scorta di più accordi con altri operatori, affermando che tale operatore è autorizzato a depositare un'offerta di gara che contempli una copertura risultante dalla sovrapposizione delle singole mappe di copertura dei propri roamer. Chiaramente tale ipotetico operatore non potrebbe ottenere un punteggio aggiuntivo qualora le suddette mappe di copertura fossero perfettamente sovrapponibili, ma avrebbe potuto beneficiare di punteggi premiali tramite la quota di copertura incrementale derivante dalla parte non eccedente il confronto tra le mappe. Tale circostanza, secondo Fastweb, conferma che le mappe di copertura sarebbero state effettivamente utili a favorire la massima competitività possibile in sede di gara. In tali chiarimenti, Consip afferma inoltre che è responsabilità dell'operatore che partecipa alla gara produrre tutti i documenti richiesti a supporto delle proprie dichiarazioni. Tale orientamento conferma nuovamente le previsioni presenti nel capitolato di gara, e in particolare nell'articolo 9.1 dello stesso. In particolare, l'art. 9.1. richiede che sia depositata dall'aggiudicatario che utilizzi coperture di più roamer una mappa che raffiguri l'inviluppo massimo delle due coperture. Per ottemperare alla disciplina di gara non era dunque sufficiente che TIM depositasse le proprie mappe alla stazione appaltante".]

⁵⁷ [Cfr. doc. n. 40_all. 8.]

⁵⁸ [Sul tema, all'interno degli allegati alla propria memoria finale, FW ha prodotto copia di alcune visualizzazioni dei siti degli operatori relative alle mappe di copertura in ottemperanza alla delibera AgCom n. 23/23/CONS, cfr. doc. n. 65_all. 10.]

⁵⁹ [V. sentenze del Consiglio di Stato n. 926 del 2004; n. 548/16; n. 1397/06; n. 3901/21.]

⁶⁰ [V. doc. n. PI_07.]

potesse effettuare - in luogo di Fw - il lavoro di sovrapposizione tra le coperture dei due *roamer* (TI e WindTre) e quella 5G di FW, al fine di proporre la migliore offerta tecnica quanto a tale aspetto⁶¹.

88. Quanto alla possibilità per FW di fornire il servizio in continuità e mobilità a tutti gli utenti, a esito di un'offerta che contemplasse l'uso di più accordi di *roaming*, FW ha ricordato che sussiste per i propri utenti *"la possibilità tecnica di passaggio, in corso di chiamata, dalla rete mobile di un roamer a quella di un altro"*, la cui attivazione è subordinata a *[omissis]*⁶².

89. Nella propria memoria conclusiva, ad esito dell'aggiudicazione non efficace della gara, FW ha ribadito che il comportamento di TI le ha precluso il raggiungimento di un punteggio più elevato. In particolare, secondo FW *"la mancata disponibilità e la mancata possibilità di utilizzo delle mappe TIM ha inciso per non meno di 0,889 (differenza tra TIM e Wind-Tre/Fastweb nelle tecnologie 2G e 4G) e, verosimilmente per oltre 2 punti (ove fosse stato possibile incrociare le mappe ed effettuare l'over lap tra le due nel senso indicato da Fastweb [...])"*⁶³.

90. FW ha, inoltre, sostenuto che, qualora avesse potuto utilizzare le mappe di TI, il numero di punti conseguiti per la propria copertura sarebbe stato ben superiore a quanto conseguito e *"[p]lausibilmente prossimo al punteggio massimo (6,1 punti)"*. Quanto poi al mero mancato utilizzo dei valori percentuali di copertura - a livello comunale - forniti da TI ai fini dell'offerta di gara (v. figura 1 e paragrafi 28 e 29), FW ha ribadito di ritenere che l'eventuale impiego di tali dati dell'operatore concorrente la avrebbe esposta al rischio di esclusione⁶⁴ e per queste ragioni non ha considerato possibile - per i comuni nei quali la copertura di TI fosse risultata maggiore di quella fornita da WindTre - utilizzare tali valori al fine di migliorare la propria offerta tecnica.

91. In merito alla propria offerta economica, FW ha sostenuto - alla luce delle offerte economiche in figura 7 - che il pregiudizio subito dalla mancata ostensione delle mappe di copertura la abbia costretta a effettuare un ribasso molto elevato. FW quantifica il danno subito dalla condotta di TI quale pari quantomeno al valore del proprio ribasso sulla base d'asta, ovvero 24 milioni⁶⁵.

92. Da ultimo, FW ha contestato le affermazioni di Consip circa la fornitura da parte di TI di tutte le informazioni al fine di poter partecipare alla gara.

V.2 Le argomentazioni di TI

93. Già in occasione del *sub*-procedimento cautelare, TI ha contestato l'ipotesi istruttoria di un abuso di posizione dominante, presente in avvio, in entrambi gli elementi costitutivi.

94. Nelle interlocuzioni con il segnalante, confluite in atti, TI ha negato l'esistenza di un diritto, derivante dal contratto di *roaming*⁶⁶, di conoscenza delle mappe di copertura e, ricordando a FW che il contratto in essere non garantirebbe la copertura del servizio per tutta la durata di fornitura richiesta dal bando di gara, si è comunque dichiarata disponibile a fornire *"in tempo utile per la presentazione dell'offerta, le informazioni, che sono previste come condizione di partecipazione alla gara dal relativo capitolato tecnico"*, subordinandone l'invio alla firma del NDA (v. paragrafi 29 e 30).

95. Inoltre, TI ha ribadito la propria contrarietà a ostendere le proprie mappe di copertura⁶⁷ sulla base anche del fatto che ciò potrebbe distorcere l'offerta competitiva e conferire un indebito vantaggio a FW, rendendosi disponibile a produrle direttamente a Consip in caso di aggiudicazione della gara da parte del segnalante.

⁶¹ [Cfr. doc. n. 39_all. 1, nonché doc. n. 40 e allegati.]

⁶² [V. doc. n. 39_all. 1.]

⁶³ [Cfr. doc. n. 65.]

⁶⁴ [V. doc. n. 65 ove FW afferma: *"[c]ome si è chiarito, il mancato utilizzo della copertura TI non è stata affatto una "scelta" di Fastweb, posto che la possibilità di utilizzare (non le mappe, indebitamente negate ma) le sole percentuali di copertura (da cui sarebbe derivato un vantaggio di quasi 0,89 punti, comunque ben inferiore al massimo punteggio legittimamente conseguibile sulla base delle coperture possedute) avrebbe esposto Fastweb al concreto rischio di esclusione dalla procedura, non potendo essa rispettare la lex specialis in merito alla presentazione del Piano dettagliato della copertura e dovendo assumere la responsabilità di una dichiarazione che non era in condizione di comprovare in prima persona."*]

⁶⁵ [Cfr. doc. n. 65, ove FW afferma di essere *"riuscita a controbilanciare (superando di pochissimo TI) il minore punteggio tecnico conseguito sulle mappe di copertura solo con uno sconto di € oltre 24 milioni. [...]. Il che riprova che l'abusiva condotta di TI ha prodotto un pregiudizio concreto alla segnalante Fastweb cui è stata impedita la propria migliore offerta competitiva nelle categorie relative alla copertura del territorio nazionale e di cui è stata intenzionalmente lesa la capacità competitiva e la redditività dell'attività economica svolta. Disponendo delle mappe di copertura abusivamente negate Fastweb avrebbe sopravanzato TI anche a parità di offerta economica. L'abusiva condotta di TI, anche laddove Fastweb conseguisse l'aggiudicazione della gara TM9, dopo l'eventuale esclusione in sede giudiziale dell'offerta Vodafone, avrà, quindi, in ogni caso danneggiato e per oltre € 24 milioni un diretto concorrente."*]

⁶⁶ [Nel campo delle telecomunicazioni il termine *roaming* identifica l'insieme di procedure, normative e apparecchiature che permettono di rintracciare un dispositivo mobile desiderato che non si trova nella rete cellulare di un certo operatore di telefonia mobile e di metterlo in comunicazione con l'utente chiamante all'interno di una stessa rete o tra reti distinte ma interoperanti.]

⁶⁷ [Cfr. doc. n. PI.7 dove afferma: *"[c]ontrariamente a quanto affermate nella Vs. ultima comunicazione, non dovete affatto sapere "dove tale copertura è localizzata", con il dettaglio richiesto dalla stazione appaltante, ma soltanto che essa corrisponda a quella di cui fruiscono i ns. utenti finali. Per verificare la ns. ottemperanza al citato impegno contrattuale, non avete bisogno delle informazioni in questione, come dimostra la circostanza che, da quando è stato firmato il contratto (ormai 7 anni fa), non le avete mai chieste né, tantomeno, è prevista (nemmeno "implicitamente") alcuna procedura a tal fine."*]

96. Circa il mercato rilevante, TI ha ricordato che l’Autorità, nei propri precedenti in materia di abuso di posizione dominante relativi alle gare Consip per servizi di telecomunicazioni, non ha mai fatto coincidere il mercato rilevante con singole gare⁶⁸.

97. Quanto poi alla eventuale dominanza, TI ha rilevato che nel mercato della fornitura di servizi di telecomunicazione mobile non vi sia alcun operatore in posizione dominante per numero di accessi e, inoltre, che con riferimento alle coperture 4G e 5G WindTre e Vodafone appaiono in una dimensione complessivamente migliore.

98. La struttura competitiva del mercato dei servizi di telefonia mobile, nella quale nessun operatore è in posizione dominante e altri operatori godono di vantaggi competitivi rispetto a TI, porta a escludere, a maggior ragione, la possibilità di individuare una posizione di dominanza di TI con riguardo alla sola Gara TM9 che, peraltro, risulterebbe pienamente contendibile. Infatti, afferma TI, *“una eventuale posizione dominante di TI poteva provenire da due elementi: una maggiore conoscenza del mercato tale da consentire una migliore offerta economica; una maggiore conoscenza del mercato e dei bisogni della Pubblica Amministrazione che consentisse a TI di disegnare tecnicamente la propria rete in maniera migliore dei propri concorrenti”*. La terza posizione conseguita nella graduatoria ufficiosa fornita è secondo TI la *“dimostrazione dell’insussistenza di qualsiasi tipo di beneficio iniziale derivante dall’essere l’operatore incumbent della gara”*⁶⁹.

99. A maggior ragione, secondo TI, gli esiti della gara (v. *supra* la Figura 7) sarebbero idonei a escludere la sussistenza di qualsivoglia elemento tipico di un abuso di posizione dominante⁷⁰.

100. Infatti, sempre con riguardo agli esiti previsti di gara e con particolare riferimento alle condotte segnalate da FW, TI ha affermato che dalla semplice osservazione dei risultati appare chiaro come FW fosse in possesso di tutte le informazioni necessarie per poter partecipare e ottenere un punteggio totale persino superiore a quello conseguito da TI. Tale circostanza sarebbe perciò idonea a escludere che qualsiasi aspetto del comportamento di TI sia risultato o abbia potenzialmente potuto, anche solo astrattamente, essere idoneo, in qualche modo, a limitare la possibilità di FW di partecipare alla gara.

101. TI ha sostenuto la correttezza del proprio comportamento in relazione a: i) la collaborazione prestata alla stazione appaltante in relazione alla fornitura di informazioni richieste da altri operatori⁷¹; ii) la disponibilità a rinnovare e prorogare il contratto di *roaming* in essere con FW⁷²; iii) l’aver fornito a FW, già prima del provvedimento di avvio dell’istruttoria, proprie percentuali di copertura di territorio - ai fini della compilazione dell’offerta relativa alla copertura di cui in figura 2 - accompagnata dalla disponibilità a fornire le mappe di copertura in caso di aggiudicazione in favore del segnalante⁷³, nonostante il contratto tra le parti ai tempi in essere non coprisse l’intero arco temporale della gara e, di conseguenza, TI non lo ritenesse legittimamente utilizzabile da FW ai fini della presentazione della sua offerta.

102. TI ha, inoltre, manifestato i propri dubbi circa la possibilità che FW potesse fornire il servizio richiesto (in continuità e mobilità) garantendo il passaggio dei propri servizi di telefonia mobile (fonia, dati, sms) nel passaggio di segnale da un *roamer* all’altro, come richiesto dal bando (v. *supra*), presentando altresì uno studio tecnico in merito preparato da un soggetto terzo⁷⁴. Ciò anche in quanto, secondo TI, *“FW per delle SIM dotate di doppio servizio di roaming dovrebbe sostenere il canone nei confronti di entrambi gli operatori, con conseguente lievitazione dei costi derivanti dal voler assegnare all’utente entrambi i servizi di roaming”*. Infatti, secondo le informazioni pubbliche reperite da TI, FW attiverebbe SIM distinte a seconda del servizio di *roaming* utilizzato⁷⁵.

103. In merito poi alla Delibera AgCom, TI ne ha sottolineato le differenze col caso di specie, in quanto si tratta di una determinazione che attiene gli aspetti legati alla tutela del consumatore, ovvero la possibilità che *“al momento della sottoscrizione di un contratto il cliente sia informato sulla effettiva copertura di quella parte di territorio da parte di quel determinato operatore con quella determinata tecnologia”*. Ciò avverrebbe tramite la predisposizione un *“link ad*

⁶⁸ [V. A351 - *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*; A426 - *Telecom Italia-Gare di affidamento servizi telefonia fissa e connettività IP.*]

⁶⁹ [Cfr. doc. n. 52_all. 1.]

⁷⁰ [Cfr. doc. n. 52_all. 1, dove riporta: *“la gara TM9 risulta svolta in maniera assolutamente contendibile e tale circostanza dimostra l’insussistenza di una presunta posizione dominante in capo a TIM, qualsiasi tipologia di servizio o dimensione geografica di mercato rilevante si voglia individuare, sia esso perimetrato alla gara specifica, sia esso più ampio.”*]

⁷¹ [Cfr. doc. n. 52_all. 1, ove si legge che: *“la Società ha avuto numerose interlocuzioni con la stazione appaltante in quanto attuale prestatore del servizio di telefonia mobile TM8, fornendo tutti i dati nella propria disponibilità, precisando, tuttavia, che in alcuni contesti, quali quelli relativi ai servizi c.d. pre-pagati, le informazioni richieste non erano disponibili. Al riguardo, come anche ricordato dalla Consip nei propri chiarimenti, gli operatori che avevano interesse a tali informazioni quantitative, dovevano fare apposita richiesta. La Società ha utilizzato tali informazioni al fine di predisporre la propria offerta economica e per costruire il proprio conto economico, considerando il profilo tipico delle pubbliche amministrazioni e l’andamento dei consumi. [...] la Società ha fornito tutte le informazioni richieste e, al pari dei propri concorrenti, le ha utilizzate per la partecipazione alla gara, che è risultata molto competitiva.”*]

⁷² [V. doc n. 44 e allegati.]

⁷³ [V. doc. n. PI.7.]

⁷⁴ [Cfr. doc. n. 44_all. 1.]

⁷⁵ [Cfr. doc. n. 52_all. 1: *“sulla base delle informazioni liberamente reperibili in rete, anche sui blog e forum dei consumatori - sembrerebbe che Fastweb attivi, in favore dei consumatori, SIM aventi colore diverso a seconda del roaming fornito - gialle o nere - in modo da fornire un’indicazione circa il tipo di servizio di roaming utilizzato.”*]

un sito dedicato alla verifica della copertura dei propri servizi su un determinato pixel della copertura a livello nazionale". Non vi sarebbe corrispondenza con le mappe oggetto di gara e, a ogni modo, secondo TI, la delibera non sarebbe collegabile alla richiesta di FW, che, al contrario, risulta soggetto al medesimo obbligo di trasparenza, anche con specifico riferimento agli accordi *roaming* in essere.

104. Nella propria memoria conclusiva, TI ha ribadito che il mercato rilevante non possa essere identificato con la sola Gara TM9 ma debba essere ricondotto al diverso e più ampio mercato dei servizi al dettaglio di telecomunicazione mobile, come del resto desumibile dal parere ex articolo 22 della legge n. 287/1990 sulla bozza del bando di gara, reso dall'Autorità al Ministero dell'Economia e delle Finanze (di seguito "MEF")⁷⁶, mercato sul quale TI non deterrebbe alcuna posizione dominante⁷⁷.

VI. VALUTAZIONI

VI.1 Premessa

105. In sede di avvio di istruttoria, con contestuale avvio del sub-procedimento cautelare ai sensi dell'art 14-*bis* della legge n. 287/1990, l'Autorità ha considerato una serie di elementi volti, nel limitato periodo di tempo concesso dagli adempimenti legati all'eventuale adozione di misure cautelari, a definire il mercato rilevante nel quale TI, in posizione di dominanza, avrebbe posto in essere condotte configurabili quali un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 287/1990.

106. Al riguardo, è stato premesso che entrambe le Parti risultano attive nel mercato dei servizi al dettaglio di telecomunicazione mobile, definito come il mercato composto da *"una serie di servizi che, attraverso l'utilizzo di tecnologie wireless, consentono agli utenti di soddisfare le proprie esigenze di comunicazione in mobilità attraverso servizi voce, dati e sms ai propri utenti. Dal punto di vista geografico, tale mercato ha estensione nazionale, in ragione dei regimi normativo-regolamentari in Italia, nonché dell'estensione nazionale delle reti di telecomunicazione mobile e della loro indipendenza da altri Stati Membri dell'Unione europea"*⁷⁸.

107. In tale contesto, l'Autorità ha ricordato che, sulla base della giurisprudenza consolidata, eventuali segmentazioni di tale mercato sono individuabili in funzione della tipologia di clientela, sia essa di natura residenziale (*"private"*) o composta da clienti di affari (*"business"*), come rilevato anche dalla Commissione Europea⁷⁹.

108. Con specifico riferimento all'utenza oggetto dei servizi, ovvero i dipendenti della PA, l'Autorità ha evidenziato che *"nell'ambito delle varie gare indette dalla pubblica amministrazione, il contesto competitivo è suscettibile di differenziarsi, di volta in volta, in funzione dei criteri prescelti e delle modalità adottate dalla Pubblica amministrazione nell'indizione delle gare, nonché in relazione al comportamento che la medesima segue nel corso delle procedure e nella fase di aggiudicazione dei contratti"*, rilevando come la domanda della fornitura del servizio di telefonia mobile per la PA, da un lato, possieda alcune caratteristiche generali comuni a quelle testé richiamate, dall'altro, nel suo concreto realizzarsi, possa presentare differenze quanto a modalità di esperimento delle gare e condizioni di partecipazione stabilite dai relativi bandi. Ciò anche in ragione della centralizzazione degli acquisti della domanda, effettuati tramite una stazione appaltante, Consip, che svolge la funzione di aggregatore delle necessità di un insieme complesso composto da Amministrazioni locali e centrali posizionate su tutto il territorio nazionale.

109. In siffatto contesto, l'Autorità, nella sua deliberazione provvisoria, non ha inteso definire in maniera compiuta il mercato rilevante, rinviando alla fase istruttoria una più approfondita analisi.

VI.2 Le caratteristiche della gara e la definizione del mercato rilevante

110. Per addivenire alla definizione del mercato rilevante nel caso di specie si devono prendere in esame: 1) le caratteristiche della domanda le cui esigenze la gara intende soddisfare; 2) il disegno e le eventuali peculiarità della gara stessa.

111. L'individuazione di un mercato rilevante distinto per la PA deve fondarsi sul presupposto che gli utenti aderenti posseggano caratteristiche di consumo tali da presentare un segmento di domanda distinto (v. paragrafi 107 e 108).

112. Al riguardo, è opportuno rilevare in primo luogo che la Convenzione risultante dalla gara si applica a un ampissimo numero di utenze (il cui numero è notevolmente cresciuto nel corso delle edizioni)⁸⁰, idoneo a coprire la

⁷⁶ [Cfr. *Parere AS1864 - Consip . Bando di gara per l'appalto di servizi di telefonia mobile, cit..*]

⁷⁷ [V. doc. n. 12 dove recita *"Nel Parere AS1864, l'AGCM ha individuato quale mercato di riferimento ai fini delle proprie valutazioni proprio il "mercato della telefonia mobile", rilevando che lo stesso è caratterizzato dalla presenza di "tre operatori (TI, Vodafone e Wind Tre), con quote tra loro relativamente simili (intorno al 30%)", come del resto confermato dai dati AgCom riportati supra. Nel predetto Parere, l'AGCM non ha ipotizzato alcun mercato rilevante limitato alla sola Gara TM9 o dominanza asseritamente detenuta da TIM nello stesso". V. anche doc. n. 63, dove TI afferma "[c]ome già osservato nella memoria cautelare del 14.12.2022 ("Memoria cautelare", § III) e nella memoria difensiva del 1°.6.2023 ("Memoria infra-procedimentale", § II), TI ritiene che il mercato rilevante non possa essere identificato con la sola Gara TM9 ma debba essere ricondotto al diverso e più ampio mercato dei servizi al dettaglio di telecomunicazione mobile, come del resto desumibile dal parere ex art. 22 della legge n. 287/90 sulla bozza del bando di gara, reso dall'Autorità al Ministero dell'Economia e delle Finanze".]*

⁷⁸ [V. provvedimento n. 27087 del 21 marzo 2018, I820 - *Fatturazione mensile con rimodulazione tariffaria, in Bollettino n. 11/2018.*]

⁷⁹ [V. decisioni della Commissione europea del 31 agosto 2018, caso M.9041 - *Hutchison/Wind Tre e dell'1° settembre 2016, caso M.7758 - Hutchison 3G Italy/Wind/JV.*]

vasta totalità delle istituzioni pubbliche locali e nazionali. Infatti, gli utenti finali interessati dalla gara sono i dipendenti delle PA che aderiscono alla Convenzione che l'operatore aggiudicatario stipula con Consip, cui le PA, ovvero, potenzialmente, dai dipendenti del singolo Comune ai Ministeri impegnati nelle attività di natura internazionale, si collegano. Si tratta inoltre di una fonte di approvvigionamento obbligatoria per le PA qualora vogliano consentire ai propri dipendenti di beneficiare di tale tipologia di servizi (v. paragrafo 35).

113. Parimenti ampi sono il numero di voci di offerta economica (34 in totale) e la complessità di servizi che il fornitore aggiudicatario dovrà fornire ai soggetti convenzionati (v. paragrafi 37 e 38) in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale⁸¹ (v. paragrafo 51).

114. La Convenzione tra il fornitore aggiudicatario e Consip, cui le PA possono agganciarsi, è frutto perciò di un meccanismo collaudato e affinato nel tempo, soggetto a un dettagliato controllo (anche di natura contabile), che beneficia anche delle indicazioni derivanti dalle edizioni precedenti e dagli studi propedeutici alla pubblicazione del bando, che contemplan anche eventuali cambiamenti nei consumi degli utenti stessi.

115. Al riguardo Consip ricorda che, anche nel corso della fase dei Chiarimenti, gli operatori hanno richiesto e ottenuto l'accesso a informazioni anche datate, relative a preferenze di consumo ormai mutate, anche in seguito ai cambiamenti intervenuti a seguito della recente pandemia⁸² che, tra l'altro, hanno fatto registrare un mutamento delle abitudini ed esigenze di consumo, in relazione alla diffusione pervasiva della digitalizzazione nei processi lavorativi della PA. Con specifico riferimento al tema, è opportuno notare come la stessa Consip abbia rilevato un approccio differente - ove comparato alle precedenti edizioni della gara - all'utilizzo dei servizi, anche in ragione del generale uso che la telefonia mobile consente in tanti aspetti quotidiani⁸³. La *lex specialis* ha previsto infatti l'inserimento di nuovi pacchetti e *bundle*, che estendono significativamente l'offerta delle precedenti edizioni.

116. In considerazione della difficoltà di individuare caratteristiche univoche di consumo da parte degli utenti⁸⁴, l'aggregazione delle atomistiche domande di servizi da parte dei dipendenti della PA in un'unica domanda, ottenuta tramite la nuova edizione del bando di gara di Consip, risulta essere l'elemento distintivo ai fini della definizione di un mercato rilevante distinto da quello generale dei servizi di telefonia mobile.

117. Il disegno di gara della TM9, in effetti, presenta in particolare due elementi idonei a generare una caratterizzazione specifica della domanda intermediata da Consip. In primo luogo, la scelta della convenzione al posto, ad esempio, dell'accordo quadro, conferisce un grado maggiore di centralizzazione e di omogeneizzazione delle condizioni tecniche ed economiche per l'intera platea di domanda rappresentata. In secondo luogo, l'ampia gamma di servizi che sono stati inclusi nella convenzione lascia meno spazi a consumi relativi a servizi di telefonia mobile oggetto di acquisto autonomo da parte del singolo utente finale. In tal senso, la domanda di servizi di telecomunicazioni mobili delle PA aderenti appare assumere tratti del tutto peculiari, per quanto riguarda il forte grado di aggregazione che viene a prodursi di una domanda che, in linea teorica, pure presenterebbe rilevanti aspetti di diversificazione al suo interno.

118. Sull'ultimo punto, rileva anche la varietà ampia delle PA che sono chiamate ad aderire alla convenzione, dai piccoli Enti locali alle grandi Amministrazioni centrali dello Stato. Sotto tale aspetto, il mercato rilevante che la gara contribuisce a delineare non può essere oggetto di confronto né con il mercato dei servizi di telecomunicazioni al dettaglio, dove la domanda è parcellizzata per singolo utente finale, né con il segmento della grande clientela affari. Infatti, in tale ultimo caso, sono presenti dal lato della domanda esclusivamente le imprese di grandi dimensioni che talvolta utilizzano, analogamente alla centrale di committenza pubblica, dei meccanismi di gara per approvvigionarsi di servizi di telecomunicazioni mobili. Tuttavia, a differenza di quanto avviene nelle gare Consip, la gara è svolta dalla singola impresa che, dunque, al più intermedia e aggrega solo le domande individuali dei propri collaboratori e dipendenti. Di conseguenza, la gara non è tanto uno strumento di aggregazione di domande individuali quanto piuttosto un mezzo per ottimizzare il processo di acquisto di servizi di telecomunicazioni mobili in realtà contraddistinte da un elevato grado di complessità dell'organizzazione aziendale.

⁸⁰ *[Si ricorda che la gara concerne un massimo di 1,4 milioni di utenze della PA. Il Conto annuale della Ragioneria dello Stato ha stimato, nel 2021, i dipendenti pubblici in circa 3,2 milioni di unità.]*

⁸¹ *[Cfr. doc. n. 50_all. 1 dove afferma: "[i]noltre, si tenga presente che il fornitore dovrà garantire i servizi: in mobilità e con continuità del servizio e a tutti gli utenti della convenzione che si rechino nelle aree dichiarate in offerta come coperte; pertanto, non potranno essere computate, ai fini della indicazione della copertura offerta, zone in cui i servizi siano fruibili da un sottoinsieme di SIM o soggetti a qualunque altro tipo di limitazione della qualità del servizio stabilita dal Capitolato tecnico".]*

⁸² *[Cfr. doc. n. 50_all. 1 dove afferma: "[a]ppare opportuno segnalare, tuttavia, che in una prima fase le informazioni richieste si riferivano anche a informazioni relative a edizioni della gara molto risalenti, rispetto alle quali era più difficile rispondere e che probabilmente non erano di diretto interesse rispetto alla Gara. Tali informazioni presentavano un interesse relativo, in quanto collegate a edizioni precedenti della gara e in quanto inerenti a consumi delle Pubbliche Amministrazioni molto datati, anche in relazione allo stato pandemico".]*

⁸³ *[Cfr. doc. n. 50_all. 1 "Tuttavia appare opportuno rilevare che in un contesto di utilizzo di pacchetti di dati non si riesce a comprendere quale sia il vero profilo di consumo degli utenti della PA aderenti alla Convenzione, in ragione del diffuso utilizzo dei terminali in tutti i contesti".]*

⁸⁴ *[Cfr. doc. n. 52_all. 1, "stati forniti dati medi relativi ai volumi della convenzione in vigenza, che potevano essere eventualmente rapportate ad altre variabili note (quali ad esempio il numero delle PA), senza però poter ricostruire le individuali informazioni di consumo".]*

119. In tal senso, la nona edizione, anche in virtù della modifica dei consumi indotti dalle mutate condizioni lavorative imposte dalla pandemia, appare distinguersi dalle precedenti gare in tema (fatta salvo la TM8, indetta nel 2019). L'esperienza della Convenzione in atto è risultata fondamentale per migliorare il disegno di gara, testimoniato dal rilevante ampliamento della base d'asta e dall'allargamento del numero di utenti interessati (rispettivamente incrementati del 251% e del 50%⁸⁵) al fine di favorire la partecipazione di altri operatori oltre all'incumbent (che si aggiudicò il bando precedente in assenza di concorrenti).

120. In tali aspetti, la gara TM9 appare rispondere alle condizioni descritte al paragrafo 108, in quanto si producono condizioni differenti rispetto al contesto competitivo generale, macroscopicamente apprezzabile nel valore medio di ciascun'utenza calcolato sulla base d'asta, passato dai circa 74 euro per utenza della gara TM8 ai circa 168 euro per utenza dell'edizione presente. Come già evidenziato, nella gara TM9 sono stati inclusi pacchetti e *bundle* riferibili a una maggiore varietà di profili di utilizzo, al fine di rendere più interessante la partecipazione al bando e di soddisfare al meglio le mutate esigenze di consumo manifestate dalla generalità dell'utenza e dalle PA, in seguito, ad esempio, alla larghissima diffusione del lavoro delocalizzato. Circostanze che hanno reso più utile, rispetto al passato, la disponibilità in misura più ampia di connettività all'interno delle offerte di telefonia mobile.

121. Ulteriori elementi collegati alla partecipazione, sia alla fase di indagine di mercato propedeutica alla pubblicazione della gara, sia alla partecipazione ai Chiarimenti e infine all'esplicazione della gara, appaiono idonei a qualificare l'edizione in oggetto quale un mercato rilevante distinto dai servizi di telefonia generale.

122. La possibile individuazione di un mercato rilevante corrispondente con la gara appare confermata anche dalla giurisprudenza consolidata in materia di abuso di posizione dominante nelle gare per il trasporto pubblico, sebbene la condotta imputata al soggetto in posizione dominante sia differente⁸⁶.

123. Quanto poi alle osservazioni di TIM in merito alla dimensione del mercato rilevante (v. paragrafo 104), che richiamano il parere reso dall'Autorità al MEF ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/1990, si rileva che esse si limitano a citare le considerazioni preliminari, senza tuttavia richiamare l'analisi del contesto competitivo fornita, nella quale è compiutamente individuato il quadro delle problematiche riscontrate a livello concorrenziale proprio in merito alla partecipazione degli operatori, descrizione che forma parte - in maniera coerente - delle più ampie valutazioni svolte in sede di procedimento in relazione all'esatta dimensione del mercato rilevante (v. paragrafi 108, 119, 120, 121)⁸⁷. In altri termini, l'attività consultiva svolta non ha ad oggetto la puntuale individuazione degli aspetti caratterizzanti tipici di una condotta anticoncorrenziale specifica (quale può essere ad esempio un abuso di posizione dominante), bensì il miglioramento delle condizioni generali di gara al fine di garantire la migliore e più competitiva partecipazione degli operatori⁸⁸.

124. Da questo punto di vista appare utile, in ottica prospettica, segnalare che la gara in oggetto, pur presentando ampie caratteristiche simili alle edizioni precedenti, soprattutto con riferimento alle caratteristiche legate alla necessità di copertura a livello nazionale (v. *supra*), costituisce un mercato rilevante distinto anche rispetto al complesso delle gare per i servizi di telefonia mobile della PA antecedenti alla procedura che ha determinato la Convenzione al momento in essere.

125. Per le ragioni che precedono, il mercato rilevante è perciò individuato nella nona edizione della gara di telefonia mobile per le PA, rispetto alla quale TI risulta essere il fornitore uscente.

VI.3 La presunta posizione dominante di TI

126. Nel provvedimento di avvio, è stato ipotizzato che l'incumbent TI detenesse una posizione dominante all'interno del mercato rilevante - ancorché allora non puntualmente definito - determinata, anche, dall'aggiudicazione delle gare precedenti, in quanto tale circostanza appariva idonea a conferire a TI un vantaggio competitivo dal punto di vista conoscitivo delle esigenze concrete dei soggetti per i quali la centrale di committenza opera.

⁸⁵ [Infatti, la base d'asta della gara TM8 era 67 milioni di euro (aggiudicata da TIM con un ribasso di circa il 7% per 62.166.733,26€) per un massimale di novecentomila utenze. La gara TM9 prevede una base d'asta pari a 235 milioni per un massimale di utenze di 1,4 milioni.]

⁸⁶ [Cfr. A516 - Gara affidamento servizi TPL Bolzano, provvedimento n. 27635 del 10 aprile 2019, in Bollettino n. 17/2019, in particolare i paragrafi nn. 116-122; A536 - Regione Toscana/Gara per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale, provvedimento n. 30205 del 21 giugno 2022 in Bollettino n. 27/2022.]

⁸⁷ [Cfr. Parere AS1864 - Consip - Bando di gara per l'appalto di servizi di telefonia mobile, cit.. In particolare, nel parere si legge: "Preliminarmente, si osserva come il mercato della telefonia mobile si conferma un ambito altamente concentrato in cui tre operatori (TIM, Vodafone e Wind Tre), con quote tra loro relativamente simili (intorno al 30%), rappresentano poco meno del 90% del mercato. Dall'osservazione delle precedenti gare, tuttavia, si rileva la partecipazione indiretta di un numero sempre più ristretto di operatori, nonostante la sussistenza di condizioni di mercato favorevoli alla partecipazione. Nel medio-lungo periodo, la riduzione del numero dei partecipanti può comportare per la Pubblica Amministrazione un peggioramento degli standard di qualità offerti sul mercato e un conseguente aumento dei prezzi dei prodotti e servizi oggetto di gara. In particolare, le precedenti edizioni della gara in oggetto di valutazione si caratterizzano per una riduzione sempre più marcata dei partecipanti nel corso delle ultime edizioni (tre nella settima edizione e solo un partecipante nell'ottava e - al momento - ultima edizione). L'incremento della base d'asta, commisurata a un aumento e miglioramento dell'offerta, rappresentata da un numero maggiore di utenze e servizi offerti, appare idonea a favorire una maggiore partecipazione alla gara".]

⁸⁸ [Al riguardo si richiama il dettato normativo del comma 1 dell'articolo 22 della legge n. 287/1990: "[l]'Autorità può esprimere pareri sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato quando lo ritenga opportuno, o su richiesta di amministrazioni ed enti pubblici interessati".]

127. Preliminarmente, e in linea con gli orientamenti espressi dal CdS nella citata Ordinanza⁸⁹ (v. paragrafo 20), l'individuazione di una posizione dominante nel caso di specie non può prescindere anzitutto sull'analisi del mercato dei servizi di telecomunicazione mobile, che costituiscono l'oggetto della gara e in cui operano le imprese partecipanti alla gara, nonché, in secondo luogo, sulla verifica relativa a eventuali vantaggi conferiti all'operatore *incumbent*, ossia vincitore della precedente gara analoga, in termini di possesso di informazioni tali da fornire un significativo vantaggio competitivo rispetto ai concorrenti.

128. Per quanto riguarda il mercato dei servizi di telecomunicazione mobile, dagli ultimi dati disponibili risulta la seguente distribuzione di quote di mercato:

Tabella 1 - Spesa degli utenti finali per servizi di rete mobile

Volume d'affari: 9.986 mln. di €	2022 in %	Differenza vs 2021 (p.p.)
Tim	29.5	-0.2
WindTre	28.8	-0.3
Vodafone	26.1	-1.7
Iliad	7.5	1.4
MVNO	8.1	0.7
Totale	100.0	

Fonte: Relazione annuale AgCom 2023

129. Il mercato dei servizi di telecomunicazioni mobili al dettaglio, quindi, è sì caratterizzato da un elevato grado di concentrazione (l'indice C3 per il 2022 è pari a 84,4, come è possibile desumere dalla tabella sopra), ma i primi tre operatori registrano quote di mercato molto vicine tra loro. In particolare, il primo operatore (TI) non dispone di una quota di mercato notevolmente superiore a quello dei due principali concorrenti. Pertanto, nel mercato di servizi di telecomunicazione mobile preso in sé, allo stato non pare potersi presumere l'esistenza di una posizione dominante in capo a un singolo soggetto.

130. Nell'ambito poi della gara in esame, il meccanismo della stessa, come già rilevato, incide in profondità soprattutto sulle caratteristiche della domanda che mira ad aggregare, mentre lascia sostanzialmente intatto il potere di mercato e la capacità di produzione degli operatori presenti dal lato dell'offerta. In linea generale, quindi, quantomeno i primi quattro operatori e gli MVNO di maggiori dimensioni, analogamente a quanto predispongono per la generalità del mercato, sono nelle condizioni di presentare un'offerta competitiva, al di là di chi sia il fornitore uscente, tenuto conto della vastità della domanda da loro ordinariamente servita.

131. Per quanto riguarda l'eventuale esistenza di informazioni nella sola disponibilità dell'operatore uscente e tale da conferirgli un significativo vantaggio competitivo, appare in primo luogo opportuno rammentare le già descritte fasi di interlocuzione informativa tra la stazione appaltante e gli operatori economici interessati a partecipare. Si è, infatti, in precedenza descritto come, propedeuticamente alla stesura del bando, Consip abbia proceduto, conformemente alla normativa, a interpellare gli operatori di mercato tramite un'indagine di mercato a cui ha preso parte anche l'impresa segnalante e come Consip, in sede di pubblicazione di bando di gara, abbia recepito le osservazioni presenti nel parere dell'Autorità⁹⁰ (soprattutto in merito a un incremento della base d'asta che consentisse una maggiore partecipazione),

⁸⁹ [Il CdS ha rilevato quanto segue:

"Considerato, a un primo sommario esame, e limitatamente a quanto di rilievo ai fini del presente giudizio:

che l'ipotesi valutata in sede di avvio dell'istruttoria, ai fini dell'accertamento di una effettiva compromissione della concorrenza mediante un abuso di posizione dominante, contempla necessariamente un mercato «interessato» coincidente con la gara Consip nel quale l'incumbent TI potrebbe beneficiare di una posizione dominante determinata dall'essere gestore uscente del servizio appaltato da oltre un decennio (quindi, in possesso di informazioni essenziali ai fini della partecipazione), nonché, detentrica di una significativa quota di mercato e titolare di una infrastruttura di rete essenziale per accedere al mercato a valle;

che AGCM, si pronunziava in ordine alla questione sollevata da Fastweb prescindendo dalla preliminare definizione del mercato rilevante;

che tale accertamento non sembra allo stato definito potendo ipotizzarsi che rilevante sia tutto il mercato della telefonia o quello della telefonia mobile o il mercato istituito dalla lex specialis tutte ipotesi da approfondirsi nel prosieguo dell'azione amministrativa;

che, nell'ambito delle valutazioni richieste ad AGCM, potrebbe non essere allo stato pienamente comprovata, e verosimilmente non rilevante, l'esistenza della dedotta posizione dominante di TI sul mercato della telefonia mobile priva, in ogni caso, di effetti nell'ambito di una procedura concorsuale che la vedrebbe, in caso di partecipazione, concorrere su di un piano di parità con le altre concorrenti" (enfasi aggiunte).]

⁹⁰ [AS1864 - Consip/Bando di gara per l'appalto di servizi di telefonia mobile, cit. parere reso al Ministero dell'Economia e delle Finanze relativo alla pubblicazione del bando di gara "per l'affidamento dei servizi di telefonia mobile per le Pubbliche Amministrazioni ai sensi dell'art. 26 legge n. 488/1999 e s.m.i. e dell'art. 58 legge n. 388/2000 (ID SIGEF 2452)" del 25 luglio 2022 in Boll. n. 40/2022.]

e abbia indicato in uno specifico allegato tutte le informazioni ritenute di utilità ai fini della partecipazione⁹¹. La stazione appaltante ha inoltre provveduto a rispondere alle istanze conoscitive presentate dagli operatori, circostanza che ha richiesto in più occasioni la proroga del termine per la presentazione delle offerte, anche in ragione dell'ampia partecipazione a tale fase, tanto da richiedere anche il coinvolgimento dell'operatore *incumbent* TI (v. paragrafi da 58 a 62).

132. Questa complessa fase è stata svolta con gli strumenti istruttori più adeguati a garantire la corretta informazione ai partecipanti e il giusto utilizzo di tali informazioni (v. paragrafo 63).

133. A esito di tale attività, che Consip rivela non avere precedenti per ampiezza, diffusione e durata, non appare essere emerso in capo a TI un vantaggio informativo tale da porre l'operatore *incumbent* delle cinque edizioni precedenti della gara, in una posizione dominante rispetto alla nuova edizione della stessa.

134. In altri termini, la verifica della natura delle informazioni accumulate da TI specificatamente in virtù della sua posizione di *incumbent*, svolta nel corso dell'istruttoria, non ha consentito di rilevarne un carattere di essenzialità per la gara in esame, né per quanto riguarda la possibilità di presentare offerte competitive da parte di operatori concorrenti né per ciò che concerne un'asserita impossibilità a prendere parte alla procedura di gara. Peraltro, si tratta di informazioni che in larga parte sono state poste a disposizione degli altri operatori che le hanno richieste.

135. In particolare, per lo specifico punto riguardante l'asserita essenzialità delle mappe di copertura di TI, deve rilevarsi come la copertura dichiarata da FW sia superiore al 99% sull'intero territorio nazionale, in pratica a un livello prossimo al massimo di copertura raggiungibile (99,9%) da bando di gara, fatta eccezione per la sola copertura in tecnologia trasmissiva 5G rispetto al quale la copertura dichiarata da FW è inferiore. Anche se, pure in relazione al 5G, va osservato come la minore copertura di FW ponga l'operatore in ogni caso in una posizione di disponibilità di copertura migliore di TI⁹².

136. A riprova di tale circostanza, vi è il fatto che un operatore terzo, estraneo al presente procedimento e al contenzioso in essere, è risultato primo nella graduatoria relativa all'aggiudicazione non efficace, sia per ciò che concerne l'offerta tecnica che l'offerta economica, campi nei quali un *incumbent* in possesso di informazioni derivanti dall'esperienza pregressa nella fornitura avrebbe dovuto e potuto far valere la propria conoscenza.

Più in generale, la mera condizione di fornitore uscente, nello specifico contesto di gare come quella in esame, non appare sufficiente di per sé ad attribuire una posizione dominante in capo all'*incumbent*. A ciò va aggiunto che nel più ampio mercato dei servizi di telecomunicazioni mobili al dettaglio, a cui i servizi oggetto della gara si riferiscono, non appare allo stato riscontrabile l'esistenza di una posizione dominante in capo a un singolo soggetto. Solitamente, infatti, le maggiori criticità concorrenziali rilevate dall'Autorità in contesti di gare pubbliche, ricollegabili alla condizione di *incumbent* e a possibili abusi di posizione dominante, emergono in mercati nei quali l'*incumbent* è anche in posizione dominante nell'intero mercato, non soltanto nel contesto specifico di gara⁹³.

137. In ogni caso, viste le considerazioni sotto riportate in ordine alla condotta di TI, nel caso di specie non appare necessario addivenire a un giudizio conclusivo circa la sussistenza di una posizione dominante in capo a TIM.

VI.4 La condotta imputata a TI

138. Premesso che: i) la gara, in considerazione delle proprie caratteristiche intrinseche ha registrato la partecipazione di tre operatori (come preventivato da Consip), diversamente sia da quanto accaduto nell'edizione precedente della gara ma anche da quanto ipotizzato dal segnalante in sede cautelare; ii) le presunte condotte imputate a TI non hanno impedito ad altri partecipanti di classificarsi al primo posto della gara (Vodafone), né tantomeno di presentare la propria offerta (FW); iii) qualora il concorrente primo nella graduatoria ufficiosa (Vodafone) non riuscisse a superare tutte le condizioni poste dal bando di gara vi subentrerebbe il secondo classificato, il segnalante FW; iv) sulla base degli elementi disponibili, non appare necessario addivenire a un giudizio conclusivo circa la sussistenza di una posizione dominante in capo a TI nel mercato rilevante individuato, risulta opportuno svolgere alcune considerazioni in relazione alla condotta imputata a tale società e all'eventuale impatto che può aver avuto la mancata ostensione delle mappe in relazione alla presentazione di un offerta migliorativa da parte di FW.

139. Al riguardo, in primo luogo, appare utile osservare che l'ostensione delle mappe da parte di TI poteva al più interessare l'acquisizione di un totale di 6,1 punti dei 70 totali dell'offerta tecnica (v. figura 3 *supra*). Tali punteggi, tuttavia, non erano in grado di consentire a FW di imporre un'equivalente distanza tra la Società e gli altri concorrenti, in quanto non si trattava di punteggi di tipo "on-off", ovvero a esclusivo appannaggio, bensì punteggi che venivano assegnati tramite una formula matematica che genera un ordinamento continuo di punteggi da attribuire agli operatori, in funzione della copertura addizionale migliorativa rispetto al minimo di copertura previsto per potere

⁹¹ [Cfr. doc. n. 50_all. 1, dove si legge: "quando Consip ha inteso procedere alla nuova edizione della gara ha, in primo luogo, pubblicato un allegato al disciplinare di gara - il numero 15 - che già conteneva tutte le informazioni fondamentali per poter presentare una offerta completa, piena e consapevole. [...] le informazioni necessarie alla partecipazione per la gara erano già presenti nell'allegato 15".]

⁹² [Cfr. doc. n. 47_all. 2.]

⁹³ [Cit. tra gli altri: A516 - Gara affidamento servizi TPL Bolzano.; A540 - Condotte abusive Italgas/Atem Venezia 1; A536 Regione Toscana/Gara per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale.]

presentare offerta (v. paragrafi 46-47); di conseguenza, si tratta di punteggi a disposizione di tutti gli operatori dotati di una rete, propria o rappresentabile tramite accordi di *roaming*.

140. Sul tema, appare opportuno svolgere determinate considerazioni.

141. In primo luogo, FW lamenta dalla condotta di TI un danno alla propria offerta tecnica in un *range* tra gli 0,89 punti e, verosimilmente, i 2 punti (v. paragrafo 89) e al contempo sostiene che l'ostensione delle mappe le avrebbe fatto plausibilmente ottenere tutti i 6,1 punti dedicate ai livelli di copertura (v. paragrafo 90).

142. Al riguardo, appare opportuno rilevare che la differenza di punteggio reclamata da FW appare viepiù esigua ove comparata ai 70 punti dell'offerta tecnica. L'ipotesi relativa ai 2 punti persi in assenza di inviluppo delle mappe, invero quantomeno estrema e poco plausibile, non appare corroborata da nessuna informazione a supporto.

143. In relazione poi alla circostanza che l'inviluppo potesse consentire a FW di ottenere il valore massimo nelle tecnologie 2G, 4G e 4G+ e, tramite l'assenza di sovrapposizioni dirette, con una copertura dell'83% del 5G (quale somma del 75% dichiarato da FW e dell'8% dichiarato da TI), FW avrebbe comunque conseguito nella migliore delle ipotesi circa 5,9 punti. Tale ipotetico risultato le avrebbe consentito di recuperare la differenza di punteggio rispetto alla sola copertura, da Vodafone (che ha totalizzato 5 punti) e sopravanzarla, ma comunque non le avrebbe consentito di aggiudicarsi la gara, stante la distanza ampia di punteggio finale tra la società e il primo soggetto in graduatoria (v. paragrafo 75). In altri termini, anche nella più benevola delle ipotesi per FW, Vodafone si sarebbe aggiudicata la gara con circa 4 punti di distacco sul secondo in graduatoria.

144. Quanto poi all'ostensione delle mappe, cui WindTre, secondo FW, avrebbe prontamente ottemperato al contrario di TI (v. paragrafo 28), occorre sottolineare la differente tipologia di *partnership* tra le società. Infatti, oltre all'accordo storico di *roaming*, WindTre è parte di un accordo di investimento strutturale con FW, mentre TIM fornisce solamente i servizi di *roaming*. Da questo punto di vista, la condotta di TI attiene al più a questioni di natura contrattuale intercorse con la controparte che non appaiono implicare criticità di natura concorrenziale.

145. Sul punto il CdS nella propria Ordinanza (v. paragrafo 20) ha inoltre ricordato che *"le prassi negoziali invalse fra gli operatori in caso di accordi di accesso alle reti non prevedono obblighi contrattuali di ostensione delle citate mappe in ragione delle esigenze di tutela dei segreti commerciali"*. A riprova di questo, l'ostensione contrattuale dell'accordo di *roaming* tra le Parti non ha previsto clausole a riguardo (v. paragrafo 70), confermando quanto rilevato dal CdS.

146. Quanto poi al contesto di gara, appare opportuno ricordare che l'impianto di gara relativo alla copertura discende (in larghissima parte) da quello delle gare precedenti e che in passato non si è verificata una richiesta di ostensione delle mappe di copertura da parte di MVNO o operatori ibridi, pur in costanza di accordi di *roaming*, anche molto risalenti (v. paragrafo 52). Sul punto, rileva la circostanza che la possibilità per gli operatori virtuali o ibridi di partecipare alle gare per i servizi di telefonia mobile sia stata introdotta da tempo da Consip, quantomeno a partire dall'edizione TM4⁹⁴ del 2007. Soprattutto, appare interessante osservare che l'accordo FW/WindTre, che concerne anche la fornitura di servizi di *roaming*, risalgia al 2019, ossia sia successivo all'accordo stipulato nel 2015 con TI sempre per servizi di *roaming*. Quindi, al momento dello svolgimento della gara TM7, nel corso del 2017, FW disponeva esclusivamente della copertura di rete TI quale *roamer* e tuttavia non risultano agli atti richieste di FW di ostensione delle mappe di copertura. Al riguardo, appare opportuno segnalare che in sede dell'indagine pre-avviso di procedura di gara, FW abbia segnalato solamente un accordo di *roaming* in atto, che - secondo Consip - è riconducibile all'accordo con WindTre⁹⁵.

147. Infine, con riferimento alla Delibera AgCom, citata da FW, appare opportuno rilevare che essa è inerente alla possibilità del consumatore di conoscere il livello di copertura del proprio territorio e non attiene a obblighi di interscambio di informazioni tra operatori, ancorché legati da accordi contrattuali. Quanto poi agli aspetti tecnici va notato che *"[i]l dato sulla copertura è calcolato con una risoluzione di almeno 100 metri e visualizzato con scala almeno 1:10.000 al fine di permettere la visualizzazione a livello locale. La copertura dovrà essere specificata separatamente per ciascuna tecnologia di rete. L'operatore dovrà indicare il link ad una pagina, se del caso dell'operatore ospitante, dove vengono riportate le mappe di copertura"*. Si tratta perciò di mappe diverse anche per

⁹⁴ [Cfr. segnalazione AS415 - Bando di gara avente ad oggetto la fornitura di "servizi di telefonia mobile" per le pubbliche amministrazioni, cit., inerente allo schema di gara TM4. In quella occasione, l'Autorità aveva apprezzato "quanto previsto dal paragrafo 3.1 del capitolato tecnico, [ossia che, ndr] la copertura territoriale richiesta dal disciplinare di gara può essere comprovata non solo attraverso la disponibilità di una propria rete mobile, ma anche attraverso accordi di roaming stipulati con altri operatori. Tale previsione è condivisibile in quanto può consentire sia a operatori di rete mobile con una copertura del territorio altrimenti insufficiente sia a eventuali Mobile Virtual Network Operator (MVNO) di partecipare alla gara".]

⁹⁵ [V. doc. n. 47_all. 2: "Sul punto peraltro, sia anche consentito stigmatizzare il comportamento di FW, dal momento che durante la consultazione di mercato - ossia la fase che la SA dedica appositamente ad acquisire eventuali indicazioni degli operatori ai fini di una maggiore partecipazione degli stessi e che molto incidono sulla struttura definitiva della *lex specialis* di gara, i cui contenuti vengono calibrati proprio, ed anche, per recepire/risolvere eventuali problematiche segnalate dagli OE - la ricorrente, alla seguente domanda n.19 del questionario (rapportato ai contenuti della precedente edizione di gara TM8): "Vi invitiamo ad indicare eventuali ulteriori elementi o informazioni che ritenete possano essere utili allo sviluppo dell'iniziativa" non solo non ha segnalato alcunché, ma nel rispondere al quesito n.4, con cui si chiedeva di indicare "la percentuale di territorio nazionale in cui la vostra azienda garantisce ai propri utenti i servizi di fonia mobile e di trasmissione dati 2G, 3G, 4G e 5G", ha esposto tutte le percentuali di copertura, che evidentemente si basano sull'accordo di roaming che ha con WindTre (essendo FW operatore MVNO e solo per la tecnologia 5G è direttamente licenziatario) e non ha in alcun modo segnalato di avere ulteriori accordi (con TI) che avrebbero potuto implementare la copertura dichiarata, né segnalato problematiche riguardanti la disponibilità delle mappe di copertura, né tantomeno ha sollecitato Consip a fare/disporre alcunché".]

dettaglio da quelle che deve produrre l'operatore primo in graduatoria alla stazione appaltante all'interno della procedura di gara (v. paragrafo 53).

148. Sulla base delle informazioni che precedono, la condotta imputata a TIM non risulta in alcun modo di ostacolo alla partecipazione di FW. Da ultimo infatti, si rileva come l'operatore abbia - in maniera volontaria - previsto l'utilizzo esclusivo dei soli dati di copertura di WindTre, anche in situazioni nelle quali la copertura di TIM - in uno specifico Comune e con riferimento a una determinata tecnologia-- fosse risultata superiore⁹⁶, anche a fronte della dichiarata disponibilità di TI a fornire alla Consip le proprie mappe per i controlli a campione riservati al primo classificato in graduatoria (v. paragrafo 101).

149. Ciò appare di particolare rilievo nella valutazione della condotta di TIM, in ragione del fatto che FW ha rinunciato completamente all'utilizzo delle informazioni fornite da TI - e quindi del potenziale punteggio incrementale che avrebbe potuto conseguire utilizzandole - anche nell'ipotesi che per un solo un Comune la copertura TI fosse stata migliore di quella dell'altro *roamer* (ovvero WindTre), nonostante TI avesse fornito la propria disponibilità - già prima dell'avvio del procedimento - a produrre a Consip le mappe di copertura, nel caso il segnalante fosse risultato primo in graduatoria⁹⁷. D'altronde, gli esiti verso cui la gara appare dirigersi mostrerebbero come le informazioni relative alle mappe di copertura di TI non presentassero un carattere di essenzialità al fine della partecipazione alla gara, vista la copertura già a disposizione di FW in ragione dell'accordo in essere con WindTre.

150. Inoltre, è il caso di evidenziare che la mole e la granularità delle informazioni fornite nell'occasione della gara in esame sono state molto ampie: Consip ha pubblicato, a ridosso della terza e quinta data stabilita per la presentazione delle offerte, due documenti di risposta alle domande degli operatori, contenenti elementi di dettaglio concernenti le precedenti edizioni di gara. Tali dati sono stati richiesti in particolare a TI in qualità di fornitore uscente che, quindi, appare certamente aver mostrato disponibilità al rilascio di tali informazioni, relative anche ai profili di consumo prevalenti nel corso delle precedenti edizioni. In relazione perciò a eventuali deficienze informative in capo a TI, che possano aver condizionato la gara - come asserito da FW (v. paragrafo 92) - è sufficiente far notare che Vodafone e FW hanno avuto accesso alle stesse informazioni all'atto di presentare la propria offerta e che TI si è comunque classificata terza in graduatoria, dopo tali due partecipanti.

VII. IL PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

151. In data 25 ottobre 2023 è stato richiesto all'Autorità per le AgCom) ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249, recante "Istituzione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", di esprimere un parere relativamente al procedimento in oggetto, in vista dell'adozione del provvedimento finale.

152. In data 27 novembre 2023 è pervenuto il parere di AgCom. Preliminarmente, si osserva che l'AgCom ha condiviso in via generale le conclusioni sopra illustrate, secondo cui gli elementi raccolti nell'istruttoria non portano a ritenere che la condotta contestata a TI possa costituire un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 287/1990.

153. In relazione alla citata delibera AgCom n. 23/23/CONS (v. paragrafi 78-81), la predetta Autorità ritiene che le disposizioni della stessa siano poco rilevanti ai fini della definizione dell'accertamento delle eventuali condotte abusive di TI, tenuto conto che la risoluzione delle mappe richiesta ai fini della trasparenza informativa da garantire ai consumatori, in virtù della delibera suddetta, risulta inferiore, per i centri urbani, a quella richiesta da Consip per la verifica delle informazioni fornite dall'operatore risultato primo in graduatoria.

154. Al riguardo, l'AgCom ha condiviso la definizione del mercato rilevante, individuato nella nona edizione della gara della telefonia mobile per la PA, rispetto alla quale TI risulta essere il fornitore uscente, tenuto conto delle caratteristiche della domanda cui la gara intende soddisfare e delle peculiarità della gara stessa. Parimenti, l'AgCom ha condiviso e conclusioni circa l'assenza di necessità, nel caso in esame, di addivenire a un giudizio conclusivo circa la sussistenza di una posizione dominante in capo a TI nel mercato rilevante individuato, tenuto conto che la condotta imputata a TI non risulta di ostacolo alla partecipazione di FW alla gara sulla base di una serie di considerazioni: i) la gara, per le sue caratteristiche, ha visto la partecipazione di tre operatori, diversamente da quanto registrato nelle edizioni precedenti; ii) le presunte condotte imputate a TI non hanno impedito a FW di presentare la propria offerta; iii) FW è risultato secondo in graduatoria, in una posizione migliore di TI, e la presunta condotta imputata a TI non ha influito sul posizionamento del segnalante.

155. Alla luce di tali valutazioni, AgCom, per i profili di sua competenza, ha espresso parere adesivo allo schema di provvedimento finale relativo al procedimento in oggetto.

VIII. CONCLUSIONI

156. In virtù di quanto fin qui descritto, gli elementi raccolti in istruttoria non fanno ritenere che la condotta contestata a TI possa costituire un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 287/1990.

⁹⁶ [Cfr. doc. n. 65.]

⁹⁷ [Cfr. doc. n. PI_07.]

Tutto ciò premesso e considerato;

RITENUTO che, nel presente procedimento, non siano emersi evidenze o fatti sufficienti per accertare la sussistenza di abuso di posizione dominante in violazione dell'articolo 3 della legge n. 287/1990, in relazione ai comportamenti della società Telecom Italia S.p.A.;

DELIBERA

che non vi siano elementi sufficienti per accertare per un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 287/1990 da parte della società Telecom Italia S.p.A..

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato ai sensi di legge.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro il termine di sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Guido Stazi

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli