



AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Bollettino

Settimanale

Anno XXIX - n. 17

**Publicato sul sito www.agcm.it
29 aprile 2019**

SOMMARIO

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE	5
A514 - CONDOTTE FIBRA TELECOM ITALIA	
<i>Provvedimento n. 27634</i>	5
A516 - GARA AFFIDAMENTO SERVIZI TPL BOLZANO	
<i>Provvedimento n. 27635</i>	7
ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA	55
AS1579 - DECRETO DEL MINISTERO PER I BENI E LE ATTIVITÀ CULTURALI - 5 SETTEMBRE 2018 IN TEMA DI CRITERI DI RIPARTIZIONE DEI COMPENSI DOVUTI AGLI ARTISTI INTERPRETI ED ESECUTORI	55
PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE	58
IP316 - VIAGOGO-MERCATO SECONDARIO	
<i>Provvedimento n. 27604</i>	58
PS11175 - ZUAMI-VENDITA ON LINE	
<i>Provvedimento n. 27637</i>	63
PS11211 - GLADIATORI ROMA/BAZAZA.IT-LISTAPRO.IT-VENDITA ON LINE	
<i>Provvedimento n. 27638</i>	74
PS11261 - 66X100.COM-VENDITA ON LINE	
<i>Provvedimento n. 27639</i>	84
ACCESSIBILITÀ DEL PAGAMENTO-TUTELA DEL CONSUMATORE	95
PV2 - VODAFONE-DISCRIMINAZIONE IBAN ESTERI	
<i>Provvedimento n. 27642</i>	95
PV3 - WIND-DISCRIMINAZIONE IBAN ESTERI	
<i>Provvedimento n. 27643</i>	103
PV4 - TELECOM-DISCRIMINAZIONE IBAN ESTERI	
<i>Provvedimento n. 27644</i>	110
PV5 - FASTWEB-DISCRIMINAZIONE IBAN ESTERI	
<i>Provvedimento n. 27645</i>	115

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

A514 - CONDOTTE FIBRA TELECOM ITALIA

Provvedimento n. 27634

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 10 aprile 2019;

SENTITI i Relatori Professor Michele Ainis e Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO l'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE);

VISTO il Regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE (ora 101 e 102 TFUE);

VISTO il proprio provvedimento n. 26656 del 28 giugno 2017, con il quale è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, 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 102 del TFUE;

VISTO il proprio provvedimento n. 27034 del 14 febbraio 2018, con il quale è stata deliberata un'estensione dell'oggetto dell'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti della società Telecom Italia S.p.A. per accertare l'esistenza di ulteriori violazioni della normativa a tutela della concorrenza ai sensi dell'articolo 102 del TFUE;

VISTO il proprio provvedimento n. 27264 del 26 luglio 2018, con il quale è stata disposta la pubblicazione della proposta di impegni presentata dalla società Telecom Italia S.p.A. ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90, secondo le modalità indicate specificamente nell'apposito "*Formulario per la presentazione degli impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90*", consistenti, in sintesi, in misure comportamentali e strutturali riguardanti l'insieme delle condotte illecite ipotizzate nei provvedimenti di avvio e di estensione oggettiva dell'istruttoria in corso;

VISTO il proprio provvedimento n. 27291 dell'8 agosto 2018, con il quale, accogliendo le istanze di proroga pervenute da Open Fiber S.p.A., Fastweb S.p.A. (in data 31 luglio 2018) e da Vodafone Italia S.p.A. (in data 1° agosto 2018), ha fissato al 30 settembre 2018 il termine entro cui fare pervenire osservazioni sugli impegni presentati da Telecom Italia S.p.A.;

VISTO il proprio provvedimento n. 27418 del 20 novembre 2019, con il quale l'Autorità ha rigettato la proposta di impegni presentata da Telecom Italia S.p.A. ai sensi dell'art. 14-ter, della legge n. 287/90;

VISTE le istanze pervenute da Telecom Italia S.p.A., rispettivamente in data 14 febbraio 2019 e 4 marzo 2019, con le quali la Parte ha richiesto l'esercizio del proprio diritto di difesa e una proroga del termine di chiusura del procedimento;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO che l'accoglimento dell'istanza di Telecom Italia S.p.A. rende necessaria, ai fini dello svolgimento delle restanti fasi del procedimento, una proroga dell'attuale termine di chiusura del 31 maggio 2019;

RITENUTO che, al fine di garantire l'esercizio del diritto di difesa e il contraddittorio, si rende necessario disporre la proroga del termine di conclusione del procedimento;

DELIBERA

di differire la chiusura del procedimento A514 al 30 settembre 2019.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

A516 - GARA AFFIDAMENTO SERVIZI TPL BOLZANO*Provvedimento n. 27635*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 10 aprile 2019;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTI gli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE);

VISTO il Regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE (oggi articoli 101 e 102 TFUE);

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il proprio provvedimento n. 26940 del 17 gennaio 2018, con il quale è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, per accertare l'esistenza di una violazione dell'articolo 102 TFUE e/o dell'articolo 3 della legge n. 287/90, nei confronti di SAD – Trasporto Locale S.p.A., con riferimento a comportamenti da questa posti in essere nel mercato dei servizi di trasporto pubblico locale extraurbano su gomma nella Provincia di Bolzano e consistenti nell'aver ritardato e/o omesso l'invio alla Provincia Autonoma di Bolzano di informazioni indispensabili a completare gli elaborati di gara per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale extraurbano su gomma nel territorio della Provincia di Bolzano;

VISTO il provvedimento n. 27094 del 21 marzo 2018, con il quale è stato deliberato di non adottare le misure cautelari di cui all'articolo 14-bis della legge n. 287/90 nei confronti della Parte;

VISTO il proprio provvedimento n. 27203 del 13 giugno 2018, con il quale è stata disposta la pubblicazione, in data 18 giugno 2018, degli impegni proposti da SAD – Trasporto Locale S.p.A. sul sito dell'Autorità;

VISTO il proprio provvedimento n. 27314 del 13 settembre 2018, con il quale sono stati rigettati gli impegni definitivi proposti da SAD – Trasporto Locale S.p.A.;

VISTO il provvedimento n. 27508 del 23 gennaio 2019 con il quale è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento istruttorio al 10 aprile 2019;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, trasmessa alle Parti in data 28 gennaio 2019, ai sensi dell'articolo 14 del D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTE le memorie finali di SAD – Trasporto Locale S.p.A. e della Provincia Autonoma di Bolzano, pervenute, rispettivamente, in data 6 e 7 marzo 2019;

SENTITI in audizione finale i rappresentanti di SAD – Trasporto Locale S.p.A. e della Provincia Autonoma di Bolzano, in data 11 marzo 2019;

VISTA l'istanza istruttoria di SAD – Trasporto Locale S.p.A., presentata nel corso dell'audizione finale;

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

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

I.1 L'impresa denunciata

1. SAD – Trasporto Locale S.p.A. (di seguito, “SAD” o la “Parte”) è una società con sede a Bolzano la cui attività consiste nell’esercizio di autolinee in concessione per il trasporto di persone con autobus, il trasporto collettivo di persone mediante ferrovie e funivie, e nella gestione di tutti i servizi connessi alla mobilità di persone. Attualmente SAD è il principale concessionario tra quelli che gestiscono, ognuno per le linee ricevute in concessione, il trasporto pubblico di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano. Il capitale sociale di SAD è detenuto per il 44,44% da Suedtiroler Verkehrs und Service – S.V.S. – GmbH, per il 33,34% da Habitat S.p.A., per l’11,11% da S.IN.CO. S.r.l., per l’11,02% da Servizi S.T. S.r.l. e per lo 0,09% da una persona fisica.

Il fatturato di SAD nel 2017 è stato pari a circa 82,5 milioni di euro.

I.2 Il denunciante

2. La Provincia Autonoma di Bolzano (di seguito, “PAB” o la “Provincia”) è l’Ente territorialmente competente all’organizzazione del servizio di trasporto pubblico locale ai sensi dell’art. 4 della L.P. novembre 2015 n. 15, il quale individua la PAB come l’Ente che istituisce i servizi di trasporto pubblico di interesse provinciale e svolge le funzioni di pianificazione, gestione, programmazione, indirizzo, coordinamento, monitoraggio e vigilanza dei predetti servizi, che comprendono l’insieme delle reti e dei servizi di trasporto di linea e non di linea. La PAB è, pertanto, l’Ente di governo dell’unico bacino di mobilità che include tutto il territorio provinciale¹.

II. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

II.1 La denuncia

3. In data 14 novembre 2017 la Provincia inviava all’Autorità, e per conoscenza all’Autorità di Regolazione dei Trasporti (di seguito, “ART”), una segnalazione con la quale lamentava che SAD, nonostante i ripetuti solleciti, non aveva trasmesso entro i termini previsti tutte le informazioni relative ad alcuni beni strumentali allo svolgimento del servizio di trasporto pubblico locale (in ispecie, agli autobus e ai presidi logistici utilizzati) e al personale impiegato, necessarie per la predisposizione della documentazione di gara per il nuovo affidamento dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano (di seguito, la “Gara”)². La PAB integrava la propria denuncia con comunicazioni successive pervenute nelle date del 29 novembre 2017, dell’11, del 20 e del 21 dicembre 2017, del 9, del 10 e dell’11 gennaio 2018.

4. La Provincia riteneva che il comportamento non collaborativo da parte di SAD fosse impeditivo dell’azione amministrativa propedeutica al nuovo affidamento dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano e che esso avrebbe avuto un risvolto negativo sulla capacità dei potenziali concorrenti di SAD di presentare un’offerta effettivamente competitiva. Questi ultimi, infatti, si sarebbero trovati in una situazione di

¹ Già il D.P.R. n. 527/1987, la norma d’attuazione dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, assegna alla Provincia di Bolzano la competenza primaria in materia di comunicazioni e trasporti di interesse provinciale.

² In data 21 settembre 2017, l’impresa aveva già provveduto a segnalare la questione all’ART, la quale ha ritenuto opportuno che l’Autorità ne fosse messa a conoscenza, in quanto la fattispecie segnalata avrebbe potuto integrare un abuso di posizione dominante. V. i docc. 1, all. 7 e 8.

asimmetria informativa rispetto a SAD, in relazione ai dati che risultavano essenziali per la definizione della propria offerta economica e, dunque, per la partecipazione alla procedura di affidamento dei servizi. Il comportamento di SAD, dunque, avrebbe minato la concorrenzialità della procedura di aggiudicazione dei servizi che la PAB intendeva organizzare.

II.2 L'attività istruttoria

5. A seguito della denuncia della Provincia, in data 17 gennaio 2018 l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti di SAD, volto ad accertare eventuali violazioni dell'art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e dell'art. 3 della legge n. 287/90, consistenti nel rifiuto e nel ritardo a fornire le informazioni necessarie all'Ente affidante all'avvio della procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano. Contemporaneamente, ritenendo sussistenti i presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, l'Autorità ha avviato anche un procedimento cautelare ai sensi dell'art. 14-*bis* della legge n. 287/90³.

6. In data 25 gennaio 2018 sono stati svolti gli accertamenti ispettivi presso la sede di SAD⁴.

7. In data 8 febbraio 2018 SAD ha richiesto l'audizione cautelare dinanzi al Collegio e ha contestualmente fatto istanza di proroga del termine per la presentazione di memorie scritte e documenti⁵. Con delibera del 14 febbraio 2018 l'Autorità ha deciso di concedere la proroga di tale termine al 26 febbraio 2018⁶.

8. Il 21 febbraio 2018 SAD ha presentato una memoria con la quale ha anche inviato all'Autorità tutte le informazioni richieste dalla Provincia, ivi incluse quelle non ancora fornite al momento dell'avvio d'istruttoria (su cui v. meglio § 49 *infra*)⁷.

9. In data 23 febbraio 2018 SAD ha inviato direttamente alla Provincia di Bolzano una parte dei dati già trasmessi all'Autorità il 21 febbraio 2018⁸. Il 26 febbraio 2018 SAD ha trasmesso altri dati alla PAB⁹.

10. Il 9 e il 16 marzo u.s. SAD ha completato l'invio delle informazioni alla Provincia, trasmettendo a quest'ultima tutti i dati che aveva già fornito all'Autorità in data 21 febbraio 2018¹⁰.

11. A seguito dell'invio di tutte le informazioni richieste, e della soddisfazione espressa in merito dalla Provincia¹¹, essendo venuto meno il presupposto del *periculum in mora*, in data 21 marzo 2018 l'Autorità ha chiuso il procedimento cautelare senza applicare la misura¹².

³ V. i docc. 17 e 24.

⁴ V. i docc. 18-23 e relativi allegati.

⁵ V. il doc. 35.

⁶ V. i docc. 36-38.

⁷ V. il docc. 40 e relativi allegati.

⁸ V. i docc. 42 e relativi allegati, 44 e relativi allegati.

⁹ V. il doc. 45 e relativo allegato.

¹⁰ V. i docc. 50 e relativi allegati, 52 e relativi allegati.

¹¹ V. il doc. 53.

¹² V. i docc. 56-59.

12. Il 24 aprile 2018 SAD ha presentato impegni ai sensi dell'art. 14-ter della legge n. 287/90¹³. Con essi l'impresa si obbligava, anzitutto, a nominare, previa approvazione dell'Autorità, un *monitoring trustee* indipendente ed esperto di gare nel settore dei trasporti e a delegargli il potere di gestire il flusso di informazioni che si sarebbe sviluppato tra l'impresa e la Provincia nell'ambito della Gara, e specificamente di valutare sotto il profilo regolamentare e *antitrust* le richieste della Provincia medesima.

13. In data 6 giugno u.s. SAD ha integrato la propria proposta con due impegni aggiuntivi: uno consolidava il comportamento collaborativo assunto dall'impresa nell'ambito del sub-procedimento cautelare, consistente nella trasmissione di tutte le informazioni richieste dalla Provincia di Bolzano; l'altro impegnava l'impresa *i*) a ritirare le domande di misure interdittive e sospensive richieste ai giudici amministrativi nell'ambito del ricorso proposto avverso la Delibera di Giunta Provinciale del 17 aprile 2018 n. 358 (di seguito, la "Delibera 358") con la quale era stata autorizzata la pubblicazione del bando di gara (su cui v. il § 69 *infra*) e *ii*) ad astenersi dal domandare in futuro ai giudici analoghe misure in relazione ad altri provvedimenti relativi alla Gara¹⁴.

14. Tali impegni sono stati ritenuti non manifestamente infondati dall'Autorità con delibera del 13 giugno 2018 e pubblicati in data 18 giugno 2018.

15. Quattro soggetti hanno presentato osservazioni sugli impegni di SAD: due istituzioni, la PAB e l'ART, e due associazioni di categoria di imprese operanti nel settore del TPL, ASSTRA e Assoimprenditori Alto Adige.

Pur ritenendoli sbilanciati verso la tutela della concorrenza a discapito della tutela degli interessi commerciali dell'incumbent, ASSTRA ha complessivamente fornito una valutazione positiva degli impegni presentati da SAD, evidenziando come quest'ultima abbia trasmesso tutte le informazioni richieste dalla Provincia, consentendo all'Ente affidante di poter avviare la procedura di gara¹⁵. Assoimprenditori Alto Adige si è limitata ad affermare che le imprese associate, inclusa SAD, condividono i valori della concorrenza e delle politiche liberali, così che l'impresa interessata dal procedimento *de quo* avrebbe messo in atto seriamente gli impegni presentati¹⁶.

Viceversa, sia l'ART sia la PAB, quest'ultima in qualità di segnalante, hanno evidenziato delle criticità significative. In particolare, l'ART ha ritenuto che il contenuto degli obblighi informativi ai quali l'impresa intendeva vincolarsi fosse troppo generico e che il meccanismo di trasmissione delle informazioni fosse troppo incerto, in quanto lasciato alla discrezionalità di un soggetto terzo (il *monitoring trustee*)¹⁷. A tale ultimo riguardo l'Autorità di Regolazione ha, in particolare, osservato che nel presente contesto regolatorio solo gli Enti affidanti godono di discrezionalità nella definizione delle informazioni necessarie per bandire le procedure di affidamento dei servizi. La PAB ha, dal proprio canto, affermato che gli impegni non avessero alcuna utilità, dal momento che i dati forniti dall'impresa a marzo 2018 nel corso del sub-procedimento cautelare erano stati sufficienti per pubblicare il bando di gara a giugno 2018 e che essi lo sarebbero stati anche ai fini

¹³ V. il doc. 68.

¹⁴ V. il doc. 76 e 77.

¹⁵ V. il doc. 89.

¹⁶ V. il doc. 98.

¹⁷ V. il doc. 87.

dell'eventuale pubblicazione di un nuovo bando (come verrà descritto nei §§ 73 e ss. *infra* il bando pubblicato nel giugno 2018 è stato annullato nel luglio 2018)¹⁸.

16. Alla luce di tali contributi, l'Autorità ha ritenuto che gli impegni presentati da SAD fossero inidonei a rimuovere i profili anticoncorrenziali rilevati in sede di avvio del procedimento e, con provvedimento del 13 settembre 2018, li ha rigettati¹⁹.

17. Nel corso del procedimento, gli Uffici hanno formulato una richiesta di informazioni alla PAB²⁰.

18. Inoltre, allo scopo di ottenere informazioni rilevanti ai fini del procedimento, gli Uffici hanno sentito la Provincia in audizione²¹.

19. Durante l'istruttoria SAD ha più volte effettuato l'accesso agli atti²² ed è stata sentita in audizione dagli Uffici²³. Essa, inoltre, ha versato in atti due memorie²⁴.

20. Il termine di chiusura del procedimento istruttorio è stato prorogato dall'Autorità con provvedimento n. 27508 del 23 gennaio 2019²⁵.

21. In data 28 gennaio 2019 è stata notificata alle Parti la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie²⁶.

22. La Provincia e SAD hanno presentato le proprie memorie conclusive, rispettivamente, il 6 e il 7 marzo 2019²⁷.

23. Le Parti sono state sentite in audizione finale davanti al Collegio in data 11 marzo 2019²⁸.

24. In tale occasione, SAD ha presentato un'istanza, con la quale ha chiesto al Collegio di deliberare un supplemento istruttorio affinché gli Uffici verificassero in punto di fatto alcuni aspetti sollevati nel corso dell'audizione finale²⁹. SAD ha, inoltre, richiesto che venissero ammesse al fascicolo istruttorio due prove testimoniali per verificare due elementi di fatto indicati dalla Parte: in particolare se il Consorzio dei concessionari di linea della Provincia Autonoma di Bolzano Alto Adige (di seguito, il "Consorzio LiBUS") avesse firmato il verbale della procedura di consultazione bandita dalla PAB solo in data 2 maggio 2018 e se lo stesso avesse risposto alla richiesta di informazioni della Provincia solo in data 7 maggio 2018³⁰.

¹⁸ V. il doc. 88, 91 e 92.

¹⁹ V. i docc. n. 106 e 107.

²⁰ V. il doc. 69.

²¹ V. i doc. 48, 60 e 63.

²² In particolare nelle date del 1° febbraio 2018, del 6 marzo 2018, del 13 aprile 2018, del 13 giugno 2018, del 19 luglio 2018 e del 6 febbraio 2019.

²³ V. i doc. 61, 93 e 99.

²⁴ V. i docc. 40 e 103.

²⁵ V. i docc. 117-120.

²⁶ V. i docc. 121 e 122 e relativi allegati.

²⁷ V. i docc. 127 e 129.

²⁸ V. i docc. 132 e relativi allegati.

²⁹ V. il doc. 132.

³⁰ V. il doc. 132, all. 6. Nello specifico SAD ha richiesto che vengano fornite risposte alle seguenti domande, a suo dire non affrontate nel corso dell'istruttoria: "Vero che il Consorzio LiBUS rispose alla uguale richiesta di invio dei dati una prima volta in data 7 maggio 2018 dopo la quale PAB richiese a LIBUS ulteriori successive integrazioni dei dati che LiBUS evase nei mesi successivi[i] e complet[ò] con l'invio degli ultimi dati richiesti e mancanti [di] solo con la propria

III. IL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE DI PASSEGGERI SU GOMMA nella Provincia di Bolzano

III.1 L'attuale assetto dei servizi

25. I servizi di trasporto pubblico locale di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano sono attualmente eserciti da 21 diversi concessionari, tra i quali figurano SASA S.p.A. (di seguito, "SASA"), SAD e il Consorzio LiBUS, costituito da 19 imprese di trasporto pubblico locale attive nella Provincia³¹. Tali imprese sono affidatarie dirette di contratti di concessione stipulati nel 1985 - SAD addirittura già dal 1966³² - e rinnovati nel 2009 fino al 18 novembre 2018. Ciascuna concessione include un certo numero di linee di trasporto passeggeri che si snodano nel territorio dell'Alto Adige. SASA è attiva nel trasporto pubblico urbano e suburbano di passeggeri su gomma nell'area di Bolzano, Merano e Laives, mentre SAD e il Consorzio LiBUS svolgono attività di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma.

26. Nell'assetto attuale la produzione annuale dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri su gomma nel 2017 è stata pari a circa 33.603.006 km*anno, di cui 7.673.326 km*anno relativi a servizi urbani e suburbani nelle città di Merano e Bolzano e 25.929.680 km*anno relativi a servizi extraurbani. Nell'ambito del servizio extraurbano SAD ha prodotto 14.592.382 km*anno (di cui 1.854.681 di km*anno c.d. "a vuoto"³³); ad essa seguono le imprese del Consorzio LiBUS con circa 11.337.298 km*anno (di cui circa 1.549.452 km*anno c.d. "a vuoto")³⁴.

III.2 L'evoluzione: la suddivisione dei servizi in lotti da affidare tramite gara

27. Già dalla fine del 2015, in vista della summenzionata scadenza del novembre 2018, la PAB ha avviato un *inter* normativo che aveva lo scopo di modificare l'assetto dei servizi in esame nelle sue caratteristiche tecnico-economiche e territoriali.

In particolare, al fine di aumentare la qualità e l'efficienza della scala con la quale essi sono stati finora resi, la L.P. 23 novembre 2015 n. 15 ha suddiviso il territorio altoatesino in bacini territoriali ottimali (di seguito, "BTO" o "bacini") (v. in particolare, l'art. 7, comma 1, della L.P. che demanda al Piano Provinciale sulla Mobilità la definizione specifica dei bacini), così escludendo, con norma programmatica, che i servizi fossero organizzati sulla base di un unico bacino comprendente l'intero territorio provinciale³⁵.

nota del 7 maggio 2018"; "Vero che anche LiBUS venne convocata per la uguale consultazione prevista dalla Misura 2 della delibera ART 49/2015 nella medesima data dell'11 dicembre 2017 e che essa anche a seguito di precise sue contestazioni [a] riguardo la veridicità della verbalizzazione proposta da PAB, sottoscrisse il relativ[o] verbale solo in data 2 maggio 2018".

³¹ V. il doc. 109, all. 5.

³² V. il doc. 132.

³³ In gergo tecnico con l'espressione km*anno "a vuoto" si intendono i km percorsi all'anno per riportare i mezzi di trasporto dal capolinea al deposito, quando essi viaggiano vuoti, senza passeggeri.

³⁴ V. il doc. 109.

³⁵ La scelta di suddividere del territorio in vari bacini è stata ribadita dalla PAB nelle Delibere di Giunta Provinciale n. 140 del 7 febbraio 2017 e n. 1147 del 24 ottobre 2017, con le quali la Provincia ha rigettato, rispettivamente, la terza e la quarta proposta di affidamento dell'intero servizio provinciale extraurbano in project financing presentate da SAD. Nella prima Delibera, a sostegno della propria scelta, la Provincia richiama la Delibera dell'ART n. 83/2016 nella quale si afferma che ai fini del dimensionamento dei bacini le economie di scala sono solo uno degli elementi da tenere in considerazione, tra i quali rilevano in particolare quelli che incidono sulla contendibilità della gara e sul buon esito della stessa, in termini di efficienza ed efficacia, e il parere del 25 giugno 2015 n. AS1214 dell'Autorità, dove si afferma che lotti molto ampi

I commi 1 e 2 dell'art. 8, della medesima L.P., inoltre, definiscono i bacini come aree territoriali omogenee tra loro, che si differenziano dal punto di vista territoriale e socio-economico, nonché in base alla domanda di mobilità.

Infine, l'art. 11 di tale L.P. stabilisce che *“i servizi di trasporto pubblico di linea definiti nei bacini sono affidati secondo le procedure previste dall'Unione Europea, tenendo conto in particolare, se possibile, delle esigenze delle piccole e medie imprese locali”*.

28. Con detto atto normativo i competenti organi provinciali hanno, pertanto, avviato il processo che, alla scadenza delle concessioni, avrebbe dovuto condurre all'affidamento dei BTO come lotti distinti tramite uno degli strumenti previsti dall'ordinamento eurounitario per l'affidamento dei servizi pubblici locali.

IV. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

IV.1 La scelta della PAB di affidare i servizi di TPL con gara e la preferenza di SAD per un affidamento tramite project financing

29. L'attività istruttoria condotta ha evidenziato che la scelta intrapresa dalla PAB circa l'organizzazione territoriale dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma (su più bacini) e lo strumento giuridico da utilizzare per il loro nuovo affidamento (con la Gara) non ha incontrato il favore di SAD, la quale per oltre un anno ha fatto ricorso a tutti i mezzi dei quali disponeva per far mutare l'opinione della Provincia.

30. Manifestazioni della volontà di perseguire tale obiettivo si rinvennero in specie nelle quattro diverse proposte di *project financing* di servizi (di seguito anche, “PPP”) presentate alla PAB, tra l'inizio del 2016 e la prima metà del 2017, ai sensi dell'art. 183, comma 15, del Decreto Legislativo. n. 50/2016, e aventi ad oggetto, *inter alia*, l'affidamento della concessione per l'esercizio del servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma e su sede fissa per la durata di 15 anni da svolgersi in un unico bacino omogeneo corrispondente all'intero territorio della Provincia di Bolzano.

31. Il 16 febbraio 2016 SAD presentava una prima proposta di PPP. Tuttavia, l'impresa ritirava tale proposta e la sostituiva con una seconda il 15 aprile 2016³⁶. Il 2 agosto 2016, la seconda proposta veniva considerata dalla PAB non valutabile, in quanto prematura rispetto alle scelte che l'Ente stava compiendo in ordine al proprio Piano Provinciale sulla Mobilità, all'epoca in corso di approvazione³⁷. SAD, dunque, ritirava anche la seconda proposta di PPP. Ma ne presentava una terza il 19 ottobre 2016³⁸.

possono presentare delle criticità concorrenziali. Nella seconda Delibera la PAB motiva la propria decisione richiamando anche la Delibera dell'ART n. 48/2017 con la quale l'Autorità di regolazione ha, in maniera analoga, precisato che i c.d. maxi-lotti ostano al principio della concorrenzialità e alle possibilità per le piccole e medie imprese di partecipare alle procedure di aggiudicazione del servizio. Parimenti, la PAB cita l'art. 48 del D.L. n. 50/2017, il quale prevede l'obbligo per gli Enti affidanti di articolare i bacini di mobilità in più lotti, con l'obiettivo di promuovere la più ampia partecipazione alla procedura di scelta del contraente, nonché la delibera n. 566 del 31 maggio 2017 dell'ANAC, dove l'Autorità Anticorruzione ha affermato che l'istituto del *project financing* non è applicabile qualora l'affidamento di servizi pubblici di trasporto avvenga attraverso lo strumento della concessione di servizi.

³⁶ V. i docc. 20, all. 2_13 e 54.

³⁷ V. il doc. 54, all. 1.

³⁸ V. i docc. 20, all. 2_28, all. 2_29, all. 2_30, all. 2_37, all. 2_47, all. 2_48 e all.2_49. Un sunto della cronologia delle varie proposte di PPP è contenuto nel doc. 54.

- 32.** Il 27 dicembre 2016 la Giunta Provinciale della PAB approvava un promemoria con il quale rigettava anche il terzo PPP e autorizzava gli Uffici alla pubblicazione dell'avviso di preinformazione al mercato per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico extraurbano su gomma nella Provincia di Bolzano tramite una procedura ad evidenza pubblica ai sensi dell'art. 7, par. 2, del Reg. CE n. 1370/2007³⁹.
- 33.** In data 20 gennaio 2017 la PAB pubblicava il richiamato avviso⁴⁰. La documentazione acquisita agli atti mostra che era intenzione della Provincia pubblicare il bando di gara a partire dal 20 gennaio 2018 e procedere all'aggiudicazione in tempo affinché il/i nuovo/i gestore/i potesse dare effettivo avvio al servizio nel nuovo assetto organizzativo in concomitanza con la scadenza delle concessioni (novembre 2018)⁴¹.
- 34.** Ciò nonostante, SAD continuava a ritenere che la propria proposta potesse ancora suscitare l'interesse dell'Ente affidante, specie dopo che, nelle more della determinazione ufficiale della PAB sulla terza proposta di PPP, anche il Consorzio LiBUS era stato coinvolto nel progetto presentato in qualità di soggetto promotore insieme a SAD. Secondo SAD, infatti, *"l'integrazione al PPP con la quale si comunica che il Proponente non è più SAD ma la futura ATI SAD-LiBUS"* sarebbe stato *"un atto importante che [avrebbe potuto] ancora creare un po' di scompiglio"*⁴².
- 35.** Tuttavia, con Delibera della Giunta Provinciale n. 140 del 7 febbraio 2017 la PAB rigettava anche la terza proposta di PPP, considerandola inammissibile dato che essa si poneva in contrasto con le summenzionate scelte organizzative e di programmazione del servizio nel frattempo operate dall'Ente affidante (cfr. il § 27 *supra*)⁴³.
- 36.** Nonostante il diniego, SAD continuava a ritenere che l'ipotesi del *project financing* non fosse da accantonare. Per tale motivo, ancorché gli orientamenti della PAB sembrassero chiaramente definiti, in occasione dell'assemblea del 20 febbraio 2017 i soci dell'impresa deliberavano di presentare una quarta proposta di PPP. Le ragioni di tale ostinazione emergono dal verbale di tale assemblea, acquisito agli atti nel corso degli accertamenti ispettivi, ove si legge che per SAD *"la presentazione del PPP [fosse] un obbligo per SAD, perché la società [aveva] bisogno di continuità"*⁴⁴.
- 37.** In attuazione di tale decisione assembleare SAD, insieme al Consorzio LiBUS, presentava una quarta proposta di PPP in data 10 aprile 2017⁴⁵.
- 38.** Successivamente, con la Delibera di Giunta n. 502 del 9 maggio 2017, la Provincia adottava la summenzionata proposta del Piano Provinciale sulla Mobilità, il quale prevedeva la costituzione

³⁹ V. il doc. 20, all. 2_125.

⁴⁰ V. GUCE 2017/S 014-022205 del 20 gennaio 2017.

⁴¹ V. il doc. 2.

⁴² V. doc. 20, all. 2_116. Pertanto, come emerge dalla Delibera di Giunta Provinciale n. 1147 del 24 ottobre 2017, di rigetto della quarta proposta di PPP, in data 3 febbraio 2017 SAD ed il Consorzio LiBUS comunicavano formalmente alla PAB che il soggetto promotore iniziale della proposta di PPP del 19 ottobre 2016 (SAD) veniva sostituito da un RTI tra SAD e il Consorzio LiBUS.

⁴³ V. la Delibera di Giunta Provinciale n. 1147 del 24 ottobre 2017. Tale provvedimento è stato impugnato da SAD, insieme al Consorzio LiBUS. Il ricorso è stato, tuttavia, considerato improcedibile dai giudici amministrativi con la sentenza del TAR Bolzano n. 314/2018.

⁴⁴ V. il doc. 20, all. 2_13.

⁴⁵ V. il doc. 20, all. 2_56, all. 2_64, all. 2_72 e all. 2_73.

di cinque BTO, di cui quattro relativi al servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma (BTO1: Bolzano e dintorni - Oltradige – Bassa Atesina; BTO2: Val Venosta – Burgraviato; BTO3: Valle d'Isarco – Alta Valle d'Isarco; BTO4: Val Pusteria) e uno relativo al servizio di trasporto pubblico urbano e suburbano delle città di Bolzano e Merano: quest'ultimo da affidarsi *in house* ai sensi dell'art. 5, par. 2, del Reg. (CE) n. 1370/2007, mentre i primi quattro tramite procedura ad evidenza pubblica⁴⁶.

39. Tale Piano riceveva le critiche di SAD, la quale con lettera del 14 settembre 2017 indirizzata alla Provincia, contestava, *inter alia*, la suddivisione del territorio provinciale in quattro bacini extraurbani da affidare con gara e in un bacino urbano da affidare *in house*, scelta ritenuta da SAD come peggiorativa rispetto all'organizzazione dei servizi di trasporto pubblico locale in un unico bacino⁴⁷.

40. Tuttavia, in coerenza con l'indirizzo programmatico già adottato, oltre che per la ritenuta incompatibilità del *project financing* con la disciplina del servizio di trasporto pubblico locale, la PAB rigettava anche la quarta proposta di PPP con Delibera di Giunta n. 1147 del 24 ottobre 2017⁴⁸ e confermava le scelte operate nella proposta di Piano Provinciale sulla Mobilità con la Delibera della Giunta Provinciale n. 20 del 9 gennaio 2018, recante il testo definitivo del suddetto Piano.

IV.2 Il rifiuto di fornire tutte le informazioni indispensabili richieste dalla PAB ai fini della gara

41. Dopo il rigetto della terza proposta di PPP presentata da SAD, e dopo un incontro informale tenutosi il 13 febbraio 2017⁴⁹, il 20 febbraio 2017 l'ufficio Ripartizione Mobilità della PAB richiedeva a SAD, così come al Consorzio LiBUS, di trasmettere i dati aggiornati relativi ad alcuni fattori di produzione utilizzati per lo svolgimento del servizio e al personale impiegato. In particolare, la Provincia chiedeva l'invio de: *i*) l'elenco del personale, assegnato per tipologia, inquadramento e costi, *ii*) l'elenco degli autobus, con l'indicazione delle relative caratteristiche tecniche, *iii*) l'elenco dei presidi logistici, quali officine, depositi e parcheggi, nonché *iv*) l'elenco degli altri immobili strumentali allo svolgimento del servizio⁵⁰. La comunicazione poneva un termine di trenta giorni per l'invio delle informazioni (20 marzo 2017).

42. Nella propria comunicazione la PAB precisava che la richiesta di informazioni rientrava nell'ambito del processo di ricognizione della situazione attuale del servizio ed era funzionale alla corretta attribuzione dei beni e del personale ai diversi lotti di Gara, alla conseguente strutturazione

⁴⁶ Cfr. il Piano Provinciale sulla Mobilità allegato alla Delibera di Giunta Provinciale n. 502/2017, pp. 664-666. Per quanto riguarda il BTO urbano e suburbano, in particolare, v. la Delibera n. 1256 del 21 novembre 2017 con la quale la PAB ha deciso di aumentare la propria partecipazione al capitale sociale di SASA per un ammontare pari al 17,79% (pari a euro 499.972,00) e di approvare il nuovo statuto della società che le conferisce lo status di società *in house* sottoposta al controllo congiunto della stessa PAB e dei Comuni di Bolzano, Merano e Laives. L'impresa era, dunque, il soggetto prescelto come affidatario di tale BTO.

⁴⁷ Cfr. il doc. 20, all. 2_14.

⁴⁸ Anche questo provvedimento di rigetto, insieme alla proposta del Piano Provinciale sulla Mobilità (e poi al Piano definitivo, citato *infra* nel testo), era oggetto del ricorso dell'impresa (v. i docc. 4, 2, e 109, all. 1), da ultimo respinto dai giudici con la sentenza del TAR di Bolzano n. 23 del 5 febbraio 2019.

⁴⁹ V. i docc. 1, all. 1 e 132, all. 3.

⁵⁰ V. il doc. 1, all. 1.

e valorizzazione degli stessi⁵¹. Tale richiesta di informazioni veniva, peraltro, accompagnata dall'impegno dell'Ente affidante a garantire la riservatezza delle informazioni sensibili dal punto di vista organizzativo e commerciale.

43. In data 14 marzo 2017 SAD rispondeva chiedendo alla Provincia di “*conoscere i propri eventuali esatti obblighi [...] per evitare di rendere alla P.A. notizie e dati che potrebbero rivelare le proprie specificità organizzative*”, e osservando come, a suo modo di vedere, l'Amministrazione fosse già in possesso delle informazioni necessarie ai fini della predisposizione del bando di gara⁵².

44. In data 27 marzo 2017 la PAB ribadiva che la richiesta di informazioni era finalizzata ad attribuire in maniera corretta i beni e il personale a ciascun lotto di gara e a strutturare adeguatamente il servizio per ciascuno di essi. Pertanto, tali informazioni risultavano indispensabili ai fini della redazione degli elaborati di gara.

La Provincia, peraltro, affermava che i dati già in suo possesso richiedevano un aggiornamento. Essa, pertanto, sollecitava l'impresa a fornire le informazioni richieste, accompagnando nuovamente la comunicazione con l'impegno a non diffondere eventuali informazioni riservate⁵³.

45. Dato il mancato riscontro al primo sollecito, la PAB ne inviava un secondo il 2 maggio 2017⁵⁴. Il 5 maggio 2017 SAD rispondeva trasmettendo parte delle informazioni richieste: a) l'elenco dei propri autisti, aggiornato al 31 dicembre 2016, assegnato per tipologia, inquadramento e costi, e b) l'elenco del parco rotabile, con le relative caratteristiche tecniche dei mezzi⁵⁵. Per contro, l'impresa si rifiutava esplicitamente di fornire informazioni sui presidi logistici utilizzati, ritenendo che tali informazioni inerissero all'organizzazione aziendale e fossero quindi riservate⁵⁶.

46. Il 7 luglio la PAB reiterava la propria richiesta nel tentativo di ottenere le informazioni mancanti – i dati relativi al personale diverso dagli autisti, quelli sui presidi logistici (residenze dei bus, depositi e officine) - facendo presente ancora una volta che esse erano indispensabili per la predisposizione degli elaborati di Gara⁵⁷. In assenza di riscontro, l'8 agosto e, da ultimo, il 27 ottobre 2017 l'Ente affidante cercava, invano, di ricontattare SAD, ribadendo, in tali occasioni, la propria disponibilità a tutelare la riservatezza dei dati ritenuti commercialmente sensibili dall'impresa⁵⁸.

47. A tale ultimo sollecito SAD dava riscontro in data 8 novembre 2017 con una comunicazione nella quale, da un lato, essa riconosceva l'esistenza di un obbligo, ai sensi della Misura 9 della Delibera ART n. 49/2015 e dell'art. 48 del D.L. n. 50/2017, di fornire i dati classificati dall'Ente affidante come rilevanti, ma dall'altro lato, ribadiva ancora una volta che i dati richiesti dalla PAB avrebbero già dovuto essere in possesso della stessa. Senza questi, infatti, la Provincia non avrebbe potuto determinare negli anni precedenti il costo standard annuale dei servizi svolti dai

⁵¹ V. il doc. 132.

⁵² V. il doc. 1, all. 2.

⁵³ V. il doc. 1, all. 3.

⁵⁴ V. il doc. 1, all. 4.

⁵⁵ V. i docc. 10, all. 2 e 27, all. 1 e i docc. 10, all. 5 e 27, all. 3.

⁵⁶ V. il doc. 10, all. 1 e 27, all. 4.

⁵⁷ V. i docc. 1, all. 5 e 20, all. 2_17.

⁵⁸ V. i docc. 1, all. 6 e 26, all. 2.

cessionari e il derivante corrispettivo da corrispondere loro per la compensazione degli oneri di servizio pubblico. Il presunto possesso di tali dati da parte della Provincia rendeva, secondo l'impresa, illegittima la richiesta degli stessi a SAD, ai sensi dell'art. 42 del D.P.R. n. 445/2000 che prevede che una Pubblica Amministrazione “*non può richiedere ai privati atti o certificati relativi a stati, qualità personali e fatti attestati in documenti già in possesso della stessa o di altra Amministrazione*”⁵⁹.

48. Nonostante l'assenza di riscontro da parte di SAD, nel frattempo, il 25 settembre 2017 la Provincia pubblicava l'avviso relativo alla procedura di consultazione pubblica prevista dalla Delibera dell'ART n. 49/2015 e il 4 dicembre 2017 invitava SAD ad un incontro previsto per l'11 dicembre 2017, in occasione del quale si sarebbe tenuta la summenzionata consultazione degli *stakeholder* interessati⁶⁰. A seguito di tale incontro la PAB provvedeva a stilare un verbale, inviato a SAD il 27 dicembre 2017, nel quale si reiterava di fatto la richiesta di informazioni a suo tempo inviata (dando come termine per la risposta il 20 gennaio 2018)⁶¹. L'Ente affidante provvedeva ad inviare un verbale analogo al Consorzio LiBUS, contenente anch'esso una richiesta di informazioni la quale consisteva, per contro, in una richiesta di integrazione delle informazioni già fornite dal Consorzio (da trasmettere entro il medesimo termine suindicato)⁶². In data 31 gennaio 2018 SAD restituiva il testo del verbale firmato⁶³. L'impresa aveva, tuttavia, apportato delle modifiche per dare conto del fatto che essa avrebbe fornito le informazioni relative al personale e agli immobili utilizzati solo laddove avesse deciso di rinunciare agli stessi e su esplicita richiesta della PAB. Poiché non vi era accordo tra le parti sul testo modificato, non si addiveniva ad una firma definitiva nei tempi richiesti dall'Ente affidante⁶⁴.

49. La documentazione acquisita agli atti mostra che nella prima metà del 2017 il Consorzio LiBUS aveva fornito le informazioni richieste dalla Provincia ritenute indispensabili ai fini della predisposizione dei documenti di gara e che quanto era stato trasmesso dal Consorzio era stato ritenuto allora sufficiente⁶⁵. Viceversa, all'atto dell'avvio del presente procedimento istruttorio – gennaio 2018 - l'Ente affidante non disponeva di tutte le informazioni, relative a SAD, ritenute indispensabili al medesimo fine. In particolare, le informazioni mancanti erano relative *a)* al personale diverso dagli autisti, *b)* ai presidi logistici utilizzati da SAD, e ai relativi mezzi ivi ricoverati, nonché *c)* alle residenze degli autisti corrispondentemente assegnati⁶⁶.

50. Già nel corso dell'attività preistruttoria svolta dagli Uffici era emerso che l'indispensabilità delle informazioni mancanti di SAD derivava, in particolare, da due elementi che caratterizzano il caso di specie: *i)* la suddivisione, operata dal nuovo Piano sulla Mobilità provinciale, del territorio

⁵⁹ V. i docc. 6, all.1 e 2, e 26, all.4.

⁶⁰ V. il doc. 129.

⁶¹ V. i docc. 10, all. 4 e 27, all.5.

⁶² V. i docc. 10, all.3, 27, all.2. In particolare, la PAB chiedeva che venisse specificato quali di queste informazioni erano da considerarsi riservate, che venisse verificata la coerenza tra numero e caratteristiche dei presidi sul territorio e la consistenza del parco rotabile e che venissero forniti alcuni dati di dettaglio indicati e i dati sui beni immobili di due imprese consorziate, del tutto mancanti.

⁶³ V. il doc. 31 e i relativi allegati.

⁶⁴ V. i docc. 88 e 132, all. 5.

⁶⁵ V. i docc. 2, 9.

⁶⁶ V. i docc. 2, 9.

dell'Alto Adige in bacini (BTO) il cui perimetro non coincide con le attuali concessioni riferibili alle imprese consorziate in LiBUS e a SAD; *ii*) conseguentemente, il fatto che SAD, a differenza delle imprese consorziate in LiBUS, operi su porzioni di territorio che afferiscono a più di un BTO⁶⁷.

51. Da qui la necessità, espressa sin da subito dall'Ente affidante a SAD, di avere una conoscenza dettagliata dei presidi logistici utilizzati, del personale e dei mezzi attribuiti a questi ultimi dall'impresa *incumbent* nello svolgimento dei servizi. Ciò avrebbe, infatti, consentito di attribuire in modo corretto i fattori di produzione a ciascuno dei quattro nuovi bacini/lotti extra-urbani definiti dal Piano Provinciale sulla Mobilità, di giungere ad un adeguato dimensionamento tecnico-trasportistico ed economico-gestionale degli stessi, e di formulare ipotesi accurate sul fabbisogno di esercizio e sul costo del servizio per ciascuno di essi⁶⁸.

52. Di conseguenza, le informazioni mancanti di SAD erano indispensabili per procedere alla corretta redazione da parte della PAB di alcuni documenti di Gara, e in particolare del Piano Economico Finanziario (PEF) simulato, recante la base d'asta calcolata a partire dal prefigurato costo del servizio, da allegare al bando per ciascun lotto⁶⁹.

53. La documentazione acquisita al fascicolo mostra che a tal fine la PAB possedeva informazioni di SAD di scarsa utilità.

Essa, infatti, possedeva le informazioni fornite dall'impresa *incumbent* il 5 maggio 2017, le quali non includevano parte del personale e, soprattutto, non indicavano affatto i presidi logistici e le relative dislocazione e caratteristiche; peraltro, in assenza di quest'ultima informazione, e in particolare di dati sulla dislocazione di tali presidi e sui fattori di produzione ad essi assegnati (personale e mezzi), la PAB non aveva alcuna indicazione sulla loro attribuzione territoriale ai quattro BTO.

Inoltre, l'Ente affidante era a conoscenza del costo standard del servizio, da sempre calcolato ai fini delle corrisposizioni degli oneri di servizio pubblico sulla base del costo effettivo unitario del servizio (ovvero un costo storico aggregato)⁷⁰; tuttavia, tale dato non poteva essere utilizzato come parametro di riferimento a fini della Gara poiché la modifica radicale dell'organizzazione territoriale dei servizi stabilito dal Piano Provinciale sulla Mobilità avrebbe determinato anche una nuova struttura dei costi degli stessi bacino per bacino⁷¹. In particolare, il costo del servizio veniva determinato sulla base di informazioni che SAD aveva sempre fornito in forma aggregata e a consuntivo, dato che in passato si era opposta a un invio di dati in forma disaggregata o comunque

⁶⁷ V. i docc. 2, 9 e 11, all. 4.

⁶⁸ V. i docc. 2, 9, 11, all. 4 e 132.

⁶⁹ V. i docc. 2,9 e 11, all. 4.

⁷⁰ V. il doc. 8, dove la PAB ha descritto il sistema con il quale è stato da sempre definito il costo standard dei servizi di TPL nella Provincia Autonoma di Bolzano e le relative compensazioni per oneri di servizio pubblico: il costo standard si basa sul costo effettivo unitario del servizio (ovvero un costo storico aggregato), aumentato del tasso di inflazione, moltiplicato per le vetture-chilometro; la compensazione per gli oneri di servizio pubblico è stata da sempre definita attraverso il metodo del *subsidy cap*, ovvero comparando il costo standard a quello effettivo e riconoscendo la differenza tra i due costi nell'importo non superiore all'1% qualora il primo fosse superiore al secondo.

⁷¹ V. il doc. 11, all. 4.

con un grado di dettaglio analogo a quello successivamente richiesto dall'Ente affidante ai fini della Gara⁷².

IV.3 La non tempestiva trasmissione da parte di SAD delle informazioni mancanti dopo l'avvio del procedimento istruttorio

54. Dopo l'avvio del procedimento istruttorio, con due *e-mail* inviate il 27 e il 30 gennaio 2018 al Presidente della Provincia, a diversi funzionari dell'Ente e alla stampa locale, SAD ribadiva le argomentazioni già opposte in passato per giustificare il proprio rifiuto, circa l'asserito possesso da parte della PAB dei dati necessari alla determinazione del costo dei servizi (pena la scorretta applicazione della disciplina sugli oneri di servizio pubblico), che avrebbero potuto essere utilizzati anche ai fini della pubblicazione del bando per il nuovo affidamento di detti servizi⁷³.

55. In tali occasioni l'impresa reiterava anche l'altra giustificazione precedentemente addotta, ovvero che la richiesta della Provincia relativa ai beni asseritamente "non essenziali"⁷⁴ – quali, a parere di SAD, i presidi logistici, il personale e gli autobus – era illegittima perché avente ad oggetto beni che non erano oggetto di trasferimento obbligatorio e informazioni riservate relative alla specifica organizzazione aziendale di uno dei soggetti partecipanti alla procedura di affidamento. Nella documentazione di gara non avrebbe, infatti, dovuto confluire alcun dato di tal sorta, poiché ciò avrebbe potuto falsare la procedura di affidamento sotto il profilo del rispetto del principio della trasparenza e della non discriminazione e avrebbe comportato un'alterazione dei meccanismi di gara a favore degli *incumbent*⁷⁵.

56. Successivamente, il 18 e il 19 febbraio SAD inviava al Presidente della Provincia e ad alcuni funzionari dell'Ente affidante altre due *e-mail* con le quali l'impresa riteneva di non essere soggetta ad alcun obbligo informativo nei confronti dell'Ente affidante poiché né la legge né il contratto di servizio, nel caso di specie, lo imponevano. Inoltre, SAD confermava nuovamente che né le rimesse né i posteggi utilizzati dall'impresa sarebbero stati trasferiti al gestore subentrante e che, pertanto, la richiesta di disponibilità di tali beni da parte della Provincia – eventualmente ipotizzabile solo ai sensi della normativa *antitrust* ove si fosse trattato di *essential facilities* – era inammissibile⁷⁶.

57. Le affermazioni circa la non obbligatorietà per SAD di fornire tutti i dati richiesti dalla Provincia venivano ribadite in una memoria presentata in data 21 febbraio 2018, con la quale essa forniva all'Autorità tutte le informazioni richieste dalla PAB, e in particolare: *i*) l'elenco relativo al personale diverso dagli autisti, aggiornato al 31 dicembre 2016, assegnato per tipologia, inquadramento e costi, *ii*) l'elenco aggiornato al 31 dicembre 2017 relativo ai presidi logistici e al

⁷² V. i docc. 26 e 26, all. 1

⁷³ V. i docc. 26 e 33, all. 1 e 2, dai quali peraltro emergono toni aggressivi.

⁷⁴ Ai sensi della Misura 2 della Delibera ART n. 49/2015 sono "beni essenziali" i beni strumentali allo svolgimento del servizio di trasporto pubblico locale, caratterizzati da condivisibilità, non sostituibilità, non duplicabilità a costi socialmente sostenibili e dominanza; e sono "beni indispensabili" i beni" i beni strumentali allo svolgimento del servizio di trasporto pubblico locale, caratterizzati da condivisibilità, non sostituibilità e non duplicabilità a costi socialmente sostenibili.

⁷⁵ V. i docc. 26 e 33, all. 1 e 2.

⁷⁶ V. il doc. 41 e i relativi allegati.

numero di bus ivi ricoverati, e *iii*) l'elenco relativo alle residenze degli autisti di SAD e di terzi sub affidatari corrispondentemente assegnati⁷⁷.

58. SAD si dichiarava disponibile a trasmettere immediatamente alla Provincia tutte le informazioni ritenute dall'Autorità utili a rispondere alle preoccupazioni concorrenziali sollevate in avvio. Allo stesso tempo, tuttavia, essa chiedeva all'Autorità che i dati relativi alla esatta ubicazione, utilizzo e gestione degli autobus, alle aree di sosta, ai depositi e al personale impiegato fossero tenuti riservati e non divulgati ai terzi e alla Provincia, poiché essi non erano pertinenti né indispensabili né essenziali né necessari per i fini istituzionali dell'Ente affidante⁷⁸.

59. In seguito, in data 23 febbraio 2018, SAD mutava parzialmente il proprio orientamento e inviava alla Provincia un *set* di informazioni maggiormente completo, che includeva: *i*) l'elenco del personale diverso dagli autisti, aggiornato al 2016, assegnato per tipologia, inquadramento e costi, *ii*) l'elenco dei presidi logistici utilizzati aggiornato al 31 dicembre 2017 e (nuovamente) *iii*) l'elenco degli autobus adoperati, anch'esso aggiornato al 31 dicembre 2017. Tuttavia, essa forniva i dati relativi alle residenze degli autisti meramente in *range* di valori e non trasmetteva i dati relativi al numero di mezzi ricoverati in ciascun presidio logistico⁷⁹.

60. Inoltre, in data 26 febbraio 2018 SAD inviava all'Autorità e alla Provincia di Bolzano un elenco più dettagliato dei beni immobili utilizzati per lo svolgimento del servizio, aggiornato al 31 dicembre 2017⁸⁰.

61. La Provincia di Bolzano esprimeva la propria opinione in relazione ai dati ricevuti da SAD in due occasioni: attraverso una comunicazione scritta via *email*, il 27 febbraio 2018, e nell'ambito di un'audizione con gli Uffici, il 5 marzo 2018⁸¹.

In entrambe le occasioni la Provincia sottolineava come i dati forniti da SAD fossero ancora incompleti e mancassero delle informazioni indispensabili ai fini della predisposizione del PEF simulato per ciascun lotto. Nello specifico, la Provincia riteneva che i *range* di valori forniti da SAD in relazione alle residenze degli autisti fossero troppo ampi. L'Ente affidante, pertanto, chiedeva nuovamente che fossero forniti: un elenco degli autisti messi a disposizione del subentrante, aggiornato al 31 dicembre 2017, i dati puntuali relativi alle residenze degli autisti e il numero di mezzi assegnato a ciascun presidio logistico.

62. Nell'ambito dell'audizione del 5 marzo 2018, in particolare, la Provincia ribadiva quanto già affermato in passato, ovvero che i dati già forniti da SAD e quelli ancora mancanti sarebbero stati tenuti riservati nei confronti di terzi. Essi sarebbero stati utilizzati esclusivamente al fine di predisporre il PEF simulato e non sarebbero stati messi a disposizione degli altri partecipanti nella successiva fase di presentazione delle offerte. I dati afferenti alla concreta modalità con cui SAD svolgeva i servizi, infatti, avrebbero rappresentato soltanto un supporto per la quantificazione del costo effettivo del servizio per singolo lotto di gara; tale dato non sarebbe necessariamente coinciso con quello che la Provincia avrebbe poi ritenuto il costo efficiente, che a sua volta

⁷⁷ V. il doc. 40 e i relativi allegati.

⁷⁸ V. il doc. 40.

⁷⁹ V. il doc. 42 e i relativi allegati. Per un errore tecnico la prima comunicazione non è stata ricevuta dalla Provincia. SAD ha perciò provveduto ad un nuovo invio in data 26 febbraio 2018 (v. il doc. 44 e i relativi allegati).

⁸⁰ V. il doc. 45 e il relativo allegato.

⁸¹ V. i docc. 46 e 48.

avrebbe costituito la base d'asta da mettere a gara. La Provincia, pertanto, garantiva che le esigenze di riservatezza dei segreti commerciali attinenti all'organizzazione aziendale di SAD avrebbero trovato adeguata e piena tutela nell'azione amministrativa⁸².

63. Il 9 marzo 2018, SAD inviava alla Provincia le informazioni relative al personale diverso dagli autisti aggiornato al 2016, ai presidi logistici utilizzati, al numero di autobus per presidio logistico e alle residenze degli autisti corrispondentemente assegnati (indicando il numero di autisti per ciascun Comune interessato)⁸³.

64. Il 15 marzo 2018 la Provincia dichiarava, tuttavia, che i dati forniti non erano ancora completi, in quanto l'impresa aveva ommesso di indicare la tipologia di autobus, limitandosi a fornire il dato numerico; in ogni caso la PAB riteneva di essere in grado di colmare in via autonoma questa lacuna e di attribuire i singoli autobus a ciascun lotto per elaborare il PEF. Per ciò che concerneva l'assegnazione del personale alle singole residenze, invece, la Provincia segnalava che SAD si era parimenti limitata a fornire il dato numerico senza indicare il numero di matricola e l'assegnazione a ciascuna residenza; l'Ente affidante riteneva di non essere in grado di sopperire a questa carenza informativa e per questo motivo chiedeva che SAD indicasse almeno il Comune di residenza di ciascun autista⁸⁴.

65. In data 16 marzo 2018 SAD inviava alla Provincia *i)* un elenco più completo delle informazioni relative agli autisti, aggiornato al 31 dicembre 2016, *ii)* l'elenco del personale diverso dagli autisti, aggiornato al 31 dicembre 2016, assegnato per tipologia, inquadramento e costi, *iii)* l'elenco, l'ubicazione e la tipologia dei presidi logistici utilizzati, aggiornato al 31 dicembre 2017, con indicazione del numero e della tipologia di autobus ivi ricoverati, e *iv)* l'elenco degli autobus utilizzati, aggiornato al 31 dicembre 2017, con le relative caratteristiche tecniche⁸⁵.

66. Il 19 marzo 2018 la Provincia dichiarava agli Uffici che i dati da ultimo ricevuti risultavano sufficienti ai fini della corretta strutturazione dei lotti di gara⁸⁶. Tale valutazione, ribadita anche successivamente⁸⁷, ha condotto alla chiusura del sub-procedimento cautelare il 21 marzo 2018 senza applicazione di alcuna misura da parte dell'Autorità⁸⁸.

67. L'analisi istruttoria ha condotto ad appurare che l'ottenimento da parte della PAB, solo il 16 marzo 2018, di tutte le informazioni richieste a SAD nel febbraio 2017 ha causato un ritardo alla procedura di gara. Posto che l'intenzione della stazione appaltante era, infatti, quella di pubblicare il bando di gara a gennaio 2018 al più tardi, e che tale pubblicazione è poi avvenuta soltanto a giugno 2018, la Provincia ha quantificato tale ritardo come pari a quattro mesi circa. Tale slittamento in avanti del cronoprogramma inizialmente stabilito aveva anche fatto prefigurare, già

⁸² V. il doc. 48.

⁸³ V. il doc. 50 e i relativi allegati.

⁸⁴ V. il doc. 51

⁸⁵ V. il doc. 52 e i relativi allegati.

⁸⁶ V. il doc. 53.

⁸⁷ V. il doc. 63, 91 e 92.

⁸⁸ V. i docc. 56-59.

nell'aprile 2018, la necessità del ricorso a una proroga delle concessioni (che erano in scadenza a novembre 2018) *ex art. 5, par. 5, del Reg. n. 1370/2007*⁸⁹.

IV.4 I rapporti tra la PAB e SAD dopo la trasmissione delle informazioni indispensabili da parte dell'impresa, l'avvio della gara e il suo successivo annullamento

68. Dopo la trasmissione delle informazioni richieste dalla Provincia, SAD ribadiva con diverse comunicazioni del 19, 20 e 21 marzo 2018, anche pubbliche, la propria interpretazione della regolazione settoriale applicabile, secondo la quale i mezzi e i presidi logistici utilizzati per lo svolgimento del servizio non sarebbero "beni essenziali" da trasferire obbligatoriamente e gratuitamente al nuovo gestore in caso di subentro a esito di una gara⁹⁰.

69. Successivamente, con la Delibera 358 la PAB indicava la Gara per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico extraurbano nei quattro lotti nei quali era stato articolato il territorio della Provincia per una durata di dieci anni ai sensi dell'art. 61, comma 1, Decreto Legislativo 50/2016, e autorizzava la pubblicazione del bando di gara⁹¹.

70. Contestualmente all'indizione della Gara la Provincia, inoltre, concludeva la procedura di consultazione, dopo aver ottenuto la firma del verbale da parte di SAD in data 17 aprile 2018⁹² e da parte del Consorzio LiBUS il 2 maggio 2018⁹³.

71. In aggiunta alle informazioni già richieste e fornite un anno prima all'Ente affidante, il consorzio LiBUS, il 7 maggio 2018, trasmetteva un documento contenente alcune specifiche circa il materiale rotabile e gli immobili strumentali⁹⁴.

72. Poco prima dell'indizione della Gara, il 4 giugno 2018, SAD continuava a muovere alla PAB la medesima contestazione circa la non aderenza dell'operato della Provincia alla Delibera ART n. 49/2015 e ai principi concorrenziali laddove l'Ente affidante pretendeva che i concessionari, tra i quali SAD, dovessero gratuitamente mettere a disposizione del soggetto subentrante i mezzi, le rimesse e gli altri immobili utilizzati⁹⁵.

73. La Provincia bandiva la Gara il 6 giugno 2018⁹⁶. Tuttavia, il 5 luglio 2018 soggetti terzi rendevano pubblica della corrispondenza interna alla Provincia⁹⁷, avente ad oggetto, in particolare, la correttezza giuridica di un chiarimento al disciplinare di gara che imponeva come requisito di partecipazione alla Gara l'obbligo per i consorzi, oltre che per le imprese consorziate, di possedere l'autorizzazione per esercitare l'attività di trasportatore su strada di cui al Reg. CE n. 1071/2009 e l'iscrizione al Registro Elettronico Nazionale delle imprese che esercitano la

⁸⁹ V. il doc. 48.

⁹⁰ V. i docc. 55 e 55, all. 4, 5, 7 e 9.

⁹¹ Detta Delibera veniva impugnata da SAD. V. il doc. 72.

⁹² V. il doc. 88.

⁹³ V. il doc. 132, all. 5.

⁹⁴ V. il doc. 132, all. 5.

⁹⁵ V. il doc. 73, all. 1 e 2, 96, all. 7 e 8, 9 e 10.

⁹⁶ Tale bando, unitamente al medesimo disciplinare di gara e ad alcuni chiarimenti allo stesso, è stato impugnato da SAD tramite la proposizione di motivi aggiunti nell'ambito del ricorso già instaurato dinanzi al TAR Bolzano per l'annullamento della Delibera 358. V. il doc. 109.

⁹⁷ V. il doc. 96, all. 1 e 2.

professione di trasportatore su strada (REN) o equivalente registro in altro Stato membro dell'Unione Europea⁹⁸.

74. La Provincia riteneva che tale divulgazione fosse suscettibile di turbare gravemente il sereno andamento della Gara, in quanto rendeva noto il fatto che alcuni operatori avrebbero potuto non essere in possesso dei requisiti richiesti, così influenzando le scelte degli altri partecipanti alla Gara. Pertanto, reputando necessario tutelare la *par condicio* dei concorrenti nonché la legittimità, l'integrità e la legalità della Gara, con Delibera di Giunta Provinciale n. 660 del 6 luglio 2018 la Provincia decideva di annullare in autotutela il bando di gara ai sensi dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241/90⁹⁹.

75. Successivamente, con le Delibere della Giunta Provinciale del 23 ottobre 2018, n. 1097 e del 13 novembre 2018, n. 1153, la PAB disponeva, inoltre, la proroga al 31 dicembre 2019, ai sensi dell'art. 5, par. 5, del Reg. CE n. 1370/2007, delle concessioni per l'esercizio dei servizi di trasporto pubblico extraurbano e urbano e suburbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano¹⁰⁰.

76. Infine, allo scopo di avviare una nuova procedura di gara, con comunicazione del 4 dicembre 2018 la Provincia richiedeva a SAD e al Consorzio LiBUS un aggiornamento dei dati relativi al personale al 31 dicembre 2017, ponendo il termine per l'invio dei dati al 3 gennaio 2019¹⁰¹. A seguito di una richiesta del Consorzio LiBUS del 5 dicembre 2018, tale termine veniva posticipato al 14 gennaio 2019¹⁰². Dopo una richiesta di chiarimenti di SAD del 7 dicembre 2018, alla quale la PAB rispondeva in data 11 dicembre 2018¹⁰³, SAD (così come il Consorzio LiBUS) forniva le informazioni richieste entro il termine indicato¹⁰⁴.

V. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

77. Le Parti hanno avuto modo di esporre le proprie posizioni sia nel corso delle audizioni sia presentando memorie scritte, nell'ambito dell'istruttoria, e in occasione dell'audizione finale. Nel prosieguo si dà conto dei principali temi oggetto del contraddittorio avuto con esse, raggruppati per tematiche.

⁹⁸ V. il doc. 96, all. 1. Dal chiarimento derivava che due imprese operanti in Alto Adige, il Consorzio LiBUS e il C.A.A. (un consorzio di autonoleggiatori), sprovvisti di tale requisito di idoneità tecnica (posseduto invece dalle imprese consorziate), perché non esercitanti direttamente l'attività di trasporto, non avrebbero potuto partecipare alla Gara. Per questo motivo, il C.A.A. e il Consorzio LiBUS inviavano delle diffide con le quali contestavano la legittimità del chiarimento, mentre, dall'altro lato, SAD, con altrettante diffide, ne sosteneva la correttezza. V. i docc. 96, all. 3, 4, 5 e 6.

⁹⁹ V. il doc. 96, all. 1. Tale provvedimento amministrativo veniva impugnato da SAD il 20 luglio 2018 con motivi aggiunti proposti nell'ambito del richiamato giudizio instaurato per l'annullamento della Delibera 358. V. il doc. 109.

¹⁰⁰ Tali delibere erano oggetto di ricorso con motivi aggiunti presentati da parte di SAD anch'essi nell'ambito del contenzioso giudiziale instaurato per l'annullamento della Delibera 358. V. il doc. 109.

¹⁰¹ V. il doc. 109, all. 4.

¹⁰² V. il doc. 109.

¹⁰³ V. il doc. 109, all. 2 e 3.

¹⁰⁴ V. il doc. 111.

V.1 Le eccezioni procedurali

V.1.1 Il rigetto illegittimo degli impegni

78. Innanzitutto, si osserva che SAD ha sollevato principalmente questioni di carattere procedurale muovendo le seguenti eccezioni.

La Parte ritiene che il rigetto da parte dell’Autorità degli impegni presentati dopo la loro pubblicazione sia illegittimo per un duplice motivo: *in primis*, come già espresso nelle proprie osservazioni inviate il 17 agosto 2018¹⁰⁵, essa reputa che non vi sia stato un vero e proprio *market test* dato che gli operatori terzi non sono stati sollecitati e comunque non sono intervenuti; in secondo luogo, le uniche critiche giunte agli impegni, quelle della PAB e dell’ART risulterebbero astratte, se non addirittura prive di senso logico e caratterizzate da pregiudizio, mentre si registra il commento positivo dell’Associazione di categoria ASSTRA.

Secondo SAD, dunque, gli impegni sarebbero stati rigettati senza alcuna valida motivazione, ma sulla base di un “*un supposto esito “negativo” del market test, assolutamente non vero*” e di un interesse a procedere all’accertamento dell’infrazione, la cui eventuale novità non potrebbe derivare da attività istruttorie svolte dopo la chiusura del sub-procedimento cautelare, poiché non ve ne sono state¹⁰⁶.

V.1.2 La carenza istruttoria

79. Secondo SAD, inoltre, l’istruttoria condotta dagli Uffici sarebbe carente perché inficiata da alcune lacune importanti. In particolare, l’impresa ritiene che gli Uffici abbiano acriticamente aderito alle tesi della PAB, senza valutarne la legittimità e senza considerare il contesto nel quale la condotta oggetto di esame ha avuto luogo. Tale contesto è caratterizzato dalla presenza di altre 20 imprese (SASA più le 19 aderenti al Consorzio LiBUS), alle quali gli Uffici non hanno mai inviato una richiesta di informazioni né un invito ad essere sentite in audizione.

80. Perciò gli Uffici non avrebbero verificato le ragioni per le quali anche gli altri concessionari hanno notificato i medesimi ricorsi di SAD, avverso le medesime determinazioni della PAB, né avrebbero verificato se gli altri concessionari avessero risposto alle richieste di informazioni dell’Ente affidante. Al riguardo, nel corso dell’audizione finale dell’11 marzo 2019, SAD ha sostenuto che il Consorzio LiBUS avrebbe risposto alla richiesta di informazioni inviata dalla PAB molto tempo dopo SAD, ovvero solo in data 7 maggio 2018, come dimostrerebbe un documento di cui essa ha chiesto l’acquisizione al fascicolo istruttorio¹⁰⁷.

81. Di conseguenza, l’istruttoria non avrebbe provato adeguatamente se il ritardo nell’avvio della Gara sia stato effettivamente causato da SAD ovvero se questo sia dovuto alla condotta degli altri operatori¹⁰⁸.

V.2 La definizione del mercato rilevante

82. Nella propria memoria finale SAD ha criticato la definizione di mercato rilevante fornita dagli Uffici nel caso di specie. In particolare, secondo l’impresa, nel definire il mercato sotto il

¹⁰⁵ V. il doc. 103.

¹⁰⁶ V. il doc. 129.

¹⁰⁷ V. il doc. 132, all. 5

¹⁰⁸ V. il doc. 129.

profilo merceologico gli Uffici svilupperebbero un ragionamento fallace sotto il profilo logico, in quanto essi distinguono il mercato del servizio di trasporto pubblico urbano di passeggeri su gomma da quello extra-urbano facendo leva sul fatto che solo quest'ultimo è oggetto di gara ma poi non arrivano a individuare il mercato rilevante del prodotto come quello della Gara¹⁰⁹.

83. Inoltre, a detta di SAD, gli Uffici non chiarirebbero se dal punto di vista geografico il mercato rilevante è definito sulla base dell'attuale assetto dei servizi ovvero sulla base dei quattro lotti inclusi nella Gara futura, e, nel primo caso, se sulla base delle singole concessioni per tratta attualmente in esercizio ovvero sulla base dell'insieme dei km percorsi¹¹⁰.

84. L'impresa ha affermato, peraltro, che se il mercato rilevante fosse quello corrispondente alla concessione detenuta da SAD, si arriverebbe al paradosso che nel mercato vi sono 20 imprese dominanti tutte in posizione di monopolio legale sulle rispettive linee assegnate in concessione e tutte detentrici di informazioni indispensabili sulle loro tratte che potrebbero essere messe a gara. Peraltro, alla Parte risulta assurdo che chiunque possieda delle informazioni rilevanti ai fini di una gara sia dominante e che un ritardo nel rilascio di tali informazioni costituisca un abuso di tale posizione ai sensi dell'art. 102 TFUE. Al massimo, in caso di rifiuto di informazioni indispensabili, esse potrebbero essere considerate responsabili di un illecito amministrativo ma non di uno *antitrust*. Se tuttavia si dovesse giungere a questa conclusione, sarebbe stato in ogni caso necessario dimostrare quale tra i vari operatori dominanti ha commesso la condotta abusiva causando un ritardo alla Gara¹¹¹.

85. L'impresa ha suggerito, infine, che il mercato rilevante dovrebbe essere definito in uno dei due seguenti modi: come corrispondente alla singola tratta origine-destinazione che consente al passeggero di andare da un punto A ad un punto B in tempi e modi sostituibili ovvero come coincidente con i lotti messi a gara. Nel mercato da ultimo proposto, gli Uffici non avrebbero verificato, secondo l'impresa, se SAD è ivi dominante o comunque se essa è in una posizione di preminenza rispetto agli altri concorrenti¹¹².

V.3 La sussistenza della fattispecie

V.3.1 Il rifiuto e il ritardo nella trasmissione delle informazioni indispensabili

V.3.1.1 Le argomentazioni della PAB

86. La Provincia ha affermato che la richiesta di informazioni si è inserita in un contesto di assoluto rispetto della procedura prevista dalla Delibera ART n. 49/2015, ribadendo quanto già versato in atti, ovvero che, in ossequio alla Misura 2, punto 6, di detta Delibera, dopo la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione al mercato è seguito a stretto giro un incontro informale con tutti i concessionari interessati (13 febbraio 2017) e la richiesta di informazioni (20 febbraio 2017), atti con i quali è stata di fatto avviata la procedura di consultazione pubblica¹¹³.

87. La PAB ritiene che SAD, con il rifiuto, e poi il ritardo, a fornire informazioni indispensabili per la predisposizione degli elaborati di gara, opposto a partire dal marzo 2017, nonostante le

¹⁰⁹ V. il doc. 129 e 132, all. 4.

¹¹⁰ V. il doc. 129 e 132, all. 4.

¹¹¹ V. il doc. 129 e 132, all. 4.

¹¹² V. i docc. 127 e 132, all. 4.

¹¹³ V. il doc. 132, all. 3.

numerose richieste e i solleciti, abbia tenuto un comportamento dilatorio e ostruzionistico nei confronti dell'azione amministrativa propedeutica all'avvio della procedura di affidamento¹¹⁴.

88. La Provincia ritiene che tale comportamento si sia protratto anche nel corso del sub-procedimento cautelare¹¹⁵. In particolare, la PAB reputa che le informazioni non sarebbero state inviate subito e in maniera completa, ma a più riprese, nell'arco di un mese, e con un grado di completezza che solo dopo diverse interlocuzioni è corrisposto a quanto ritenuto adeguato¹¹⁶.

V.3.1.2 Le contro-argomentazioni di SAD

89. Alla contestazione circa il rifiuto e il ritardo nella trasmissione delle informazioni, SAD ha contrapposto un'asserita violazione da parte della PAB di tutta la procedura prevista dalla Delibera ART n. 49/2015. In particolare, l'Ente affidante avrebbe richiesto le informazioni che in base alla Misura 9 di detta Delibera devono essere inserite nell'avviso di pre-informazione (e quindi al solo fine di consentire tale pubblicazione), ancorché tale avviso fosse già stato pubblicato un mese prima. Inoltre, la PAB avrebbe iniziato la procedura di consultazione pubblica di cui alla Misura 6, punto 2, della summenzionata Delibera (il 4 dicembre 2017), dopo nove mesi dall'invio della richiesta di informazioni e dopo la segnalazione all'Autorità, laddove la medesima Delibera prevede che la procedura di consultazione debba essere avviata prima o in concomitanza con la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione al mercato¹¹⁷. Mettendo in luce tale discrasia temporale SAD sembrerebbe derivarne implicitamente l'illegittimità della richiesta di informazioni della PAB e una speculare correttezza del rifiuto opposto dall'impresa alla stessa.

90. SAD ha, inoltre, contestato la ricostruzione proposta dagli Uffici rigettando la tesi secondo la quale il ritardo a fornire le informazioni richieste sia proseguito anche dopo l'avvio del procedimento istruttorio (ed in particolare sino al 16 marzo 2018).

In particolare, SAD ha ribadito di aver rilasciato immediatamente dopo l'avvio di istruttoria tutti i dati rilevanti all'Autorità in versione riservata e aver trasmesso pochi giorni dopo i medesimi dati anche alla Provincia di Bolzano, con la sola esclusione dei segreti commerciali, in ossequio al disposto della Delibera n. 49/2015 dell'ART. Sarebbe poi seguito a strettissimo giro un invio completo, anche dei dati commerciali riservati, che l'impresa ritiene non essenziali e non indispensabili, esclusivamente in ragione del rispetto della procedura e per assicurare una piena collaborazione con l'Autorità. Su questa base SAD ha sottolineato che l'Autorità ha archiviato il sub-procedimento cautelare senza adozione di alcuna misura¹¹⁸.

V.3.2 L'indispensabilità delle informazioni di SAD

91. In audizione finale la PAB ha specificato che le informazioni possedute da SAD erano di particolare importanza ai fini della Gara, in quanto "*... nessuno dei concessionari appartenenti a*

¹¹⁴ V. il doc. 132, all. 3.

¹¹⁵ V. il doc. 88.

¹¹⁶ V. il doc. 88.

¹¹⁷ V. il doc. 129 e il doc. 132, all. 4.

¹¹⁸ V. il doc. 103, 129 e 132, all. 4.

LiBUS, diversamente da SAD, opera su due differenti bacini e quindi non è necessario associare nel medesimo bacino dati nella disponibilità di operatori di diversi”¹¹⁹.

V.3.3 L’esistenza di giustificazioni oggettive al rifiuto

92. Sia nel corso dell’istruttoria sia in sede di memoria finale e di audizione finale, SAD ha adottato una serie di giustificazioni al rifiuto di fornire informazioni all’Ente affidante.

93. Anzitutto, in sede di ispezione, la Parte ha ribadito ai funzionari dell’Autorità che tali dati erano già in possesso della Provincia e che richiederli nuovamente a SAD avrebbe costituito esclusivamente un pretesto per celare il fatto che, in vigenza dei contratti di concessione, la PAB non aveva mai calcolato il costo standard per la fornitura del servizio. Peraltro, SAD si è dichiarata disponibile a fornire tutti i dati richiesti dalla Provincia solo qualora quest’ultima avesse dichiarato di non esserne in possesso¹²⁰.

94. Sempre nel corso dell’ispezione SAD ha dichiarato anche che le informazioni sulle residenze degli autisti, in particolare, non erano state fornite alla Provincia di Bolzano perché esse erano in corso di modifica. Parimenti, le informazioni sul personale non erano state trasmesse perché l’impresa non intendeva trasferire i propri dipendenti all’eventuale nuovo aggiudicatario e perché pendeva ancora il giudizio relativo alla legittimità della disdetta dei contratti interaziendali loro comunicata da SAD. L’impresa in tale sede ha dichiarato che solo dopo che il giudice avesse deciso sul punto sarebbe stato possibile fornire informazioni corrette relative al personale¹²¹.

95. Peraltro, nella propria memoria del 21 febbraio 2018 SAD ha svolto delle considerazioni sulla tipologia dei dati che un Ente affidante è autorizzato a chiedere ai gestori di un servizio di trasporto pubblico locale che il medesimo Ente intende mettere a gara. In particolare, a tal fine, per l’impresa, occorrerebbe operare una differenza tra i dati c.d. “di *input*” e i dati c.d. “di *output*”. I primi sono i dati relativi alle caratteristiche oggettive del servizio, come il numero degli autisti, dell’altro personale dipendente, e i relativi costi, il numero e la dislocazione delle strutture di sosta, il numero dei mezzi, elementi che contribuiscono alla definizione del costo del servizio. I secondi sarebbero, invece, i dati afferenti al modello gestionale costruito dal singolo gestore, come la concreta, determinata e specifica assegnazione di ogni specifico mezzo alle singole rimesse e ai luoghi di sosta, così come l’esatta turnazione del personale a essi afferente.

Le informazioni che, secondo il vigente quadro normativo e regolamentare, gli *incumbent* devono fornire agli Enti affidanti sarebbero esclusivamente le prime (*input*), e non le seconde (*output*). Solo i dati relativi alle caratteristiche oggettive del servizio, infatti, sarebbero necessari per la costruzione del PEF simulato e per la determinazione del costo standard. Viceversa, secondo SAD, i dati afferenti al modello gestionale messo in opera dalla singola impresa non sarebbero necessari a tal fine e, perciò, non avrebbero potuto essere richiesti né tantomeno essi, avendo natura intrinsecamente riservata e commerciale, avrebbero potuto essere utilizzati nella documentazione di gara¹²².

¹¹⁹ V. il doc. 132.

¹²⁰ V. il doc. 20, all.3.

¹²¹ V. il doc. 20, all.3.

¹²² V. il doc. 40.

96. In occasione dell'audizione finale SAD ha, inoltre, specificato che i dati che gli *incumbent* devono fornire agli Enti affidanti avrebbero meramente un valore descrittivo e sono funzionali solo alla pubblicazione dell'avviso di pre-informazione al mercato. Essi non dovrebbero essere inseriti nel PEF simulato poiché questo deve essere basato su un modello gestionale generale e astratto. L'impresa ha, peraltro, affermato che la propria comunicazione interlocutoria inviata alla PAB del 14 marzo 2017 era volta proprio a porre questo tema all'Ente affidante e a evitare che le proprie specificità organizzative del servizio entrassero nella formulazione del PEF¹²³.

97. L'utilizzo di tali dati da parte della Provincia nei documenti della procedura di gara, infatti, secondo SAD, avrebbe prodotto effetti anticoncorrenziali. In primo luogo, ciò avrebbe consentito alla Provincia di adattare il PEF simulato e lo schema della procedura di affidamento su un modello gestionale esistente. Ciò, a detta di SAD, avrebbe rappresentato un indebito vantaggio in capo all'incumbent (e, dunque, di SAD stessa).

98. Infine, citando a proprio sostegno alcune segnalazioni dell'Autorità sull'essenzialità (basata sulla non duplicabilità) dei beni utilizzati per svolgere i servizi ferroviari¹²⁴, SAD ha ribadito nella propria memoria finale e nel corso dell'audizione finale, i propri dubbi circa la legittimità della scelta della PAB di considerare il personale, i presidi logistici e i mezzi come beni essenziali da trasferire a un eventuale gestore subentrante. Tale divergenza nell'interpretazione degli obblighi regolamentari, secondo l'impresa, avrebbe dovuto essere chiarita nell'ambito della procedura di consultazione pubblica che, anziché precedere la richiesta di informazioni, come più sopra descritto, ha seguito la stessa¹²⁵.

V.3.4 L'attribuzione a SAD del ritardo nella procedura di gara

V.3.4.1 Le argomentazioni della PAB

99. La Provincia ha affermato che l'aver ottenuto con ritardo le informazioni richieste a SAD nel febbraio 2017 ha causato un ostacolo alla procedura di affidamento¹²⁶.

100. Inoltre, la Provincia ha ribadito quanto già versato in atti, ovvero che le informazioni fornite dal Consorzio LiBUS nella prima metà del 2017 erano per la Provincia sufficienti ai fini della pubblicazione del bando di gara¹²⁷.

V.3.4.2 Le contro-argomentazioni di SAD

101. Di contro, SAD ha affermato che non è possibile imputarle l'eventuale ritardo nella procedura di Gara né che tale ritardo possa essere causalmente correlato con le condotte oggetto del presente procedimento istruttorio. A sostegno di tale tesi l'impresa ha ricordato che la PAB ha indetto la Gara il 17 aprile 2018 con la Delibera 358, dunque in linea con le tempistiche dichiarate (di cui al Reg. CE n. 1370/2007), e che in data 19 marzo 2018 essa ha dichiarato che il *set*

¹²³ V. il doc. 132, all. 6.

¹²⁴ Segnalazione AS262 - Reperimento del materiale rotabile ferroviario necessario per l'espletamento delle gare per l'aggiudicazione dei servizi ferroviari di competenza regionale, Boll. AGCM n. 26/2003, Segnalazione AS 658 - Regione Piemonte - gare per l'affidamento di servizi ferroviari regionali del 3 febbraio 2010, Boll. AGCM 3/2010, e Segnalazione AS 1117- Regione Umbria - Bandi di gara per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico di interesse regionale e locale, dell'11 marzo 2014, Boll. AGCM 13/2014.

¹²⁵ V. i docc. 129 e 132, all. 4.

¹²⁶ V. il doc. 132, all. 3.

¹²⁷ V. il doc. 132.

informativo in suo possesso era coerente e soddisfacente e che la pubblicazione del bando di Gara era “*imminente*”¹²⁸.

102. Il ritardo nella procedura di Gara sarebbe semmai addebitabile interamente alla Provincia, la quale avrebbe iniziato molto tardi, a dicembre 2017, e concluso altrettanto tardi, ad aprile 2018, la procedura di consultazione pubblica prevista dalla Misura 2, punto 6, della Delibera dell’ART n. 49/2015. La PAB avrebbe, dunque, iniziato le consultazioni con quasi un anno di ritardo rispetto ai tempi dettati dal Reg. CE n. 1370/2007¹²⁹.

Sulla base di tali considerazioni, SAD ritiene che, specialmente dopo che l’impresa ha trasmesso le informazioni richieste e che tale invio è stato positivamente riconosciuto dall’Autorità nel provvedimento di chiusura del sub-procedimento cautelare, il proprio comportamento non possa essere considerato come la causa di un eventuale ritardo nella procedura¹³⁰.

103. Inoltre, nella propria memoria finale SAD ha affermato che non è corretto addebitarle il ritardo di una procedura che ha subito ben maggiori ostacoli derivanti da vicende più ampie e non correlate al proprio comportamento e che hanno condotto addirittura all’annullamento del bando di gara. In tale contesto più esteso, l’abuso asseritamente commesso da SAD sarebbe, infatti, irrilevante¹³¹.

104. Infine, SAD ha contestato l’esistenza di un nesso causale tra la propria condotta e il ritardo subito dalla procedura di gara adducendo anche che il Consorzio LiBUS ha parimenti firmato il verbale della procedura di consultazione pubblica in ritardo (2 maggio 2018) e risposto in maniera completa alla richiesta di informazioni solo dopo molti mesi dall’invio della stessa (il 7 maggio 2018)¹³².

V.4 La gravità della condotta e la sanzione

105. L’impresa ritiene che la condotta addebitatale non possa essere considerata molto grave e meritevole di una sanzione pecuniaria, poiché ciò contrasterebbe con la sottoposizione degli impegni a *market test*¹³³.

106. La condotta non potrebbe nemmeno essere considerata grave, secondo SAD, perché l’impresa ha risolto le preoccupazioni dell’Autorità in fase cautelare con la trasmissione di tutte le informazioni. Infatti, gli addebiti cristallizzerebbero le critiche a comportamenti e periodi passati, avvenuti prima dell’ammissione a *market test* degli impegni presentati dall’impresa¹³⁴.

107. La condotta di SAD non sarebbe grave anche perché essa non avrebbe prodotto alcun effetto, dato che la PAB ha annullato la Gara il 6 luglio 2018. Pertanto, il supposto ritardo di quattro mesi dichiarato dalla PAB sarebbe manifestamente irrilevante e di fatto azzerato¹³⁵.

¹²⁸ V. il doc. 76 e 77.

¹²⁹ V. anche il doc. 129.

¹³⁰ V. il doc. 76 e 77.

¹³¹ V. il doc. 129.

¹³² V. il doc. 129, 132, all. 4, 5 e 6.

¹³³ V. i docc. 129 e 132, all. 4.

¹³⁴ V. i docc. 129 e 132, all. 4.

¹³⁵ V. i docc. 129 e 132, all. 4.

108. Infine, data la novità delle questioni poste e del particolare contesto nel quale le condotte contestate si inseriscono, l'applicazione della sanzione sarebbe per SAD ingiusta, considerato peraltro che l'impresa in qualità di concessionario di pubblico servizio ha un ritorno sugli investimenti limitato *ex lege* (art. 17, comma 2, della L.P. n. 16/1985) pari ad un massimo dell'1%¹³⁶.

VI. VALUTAZIONI

VI.1 *Questioni preliminari: le eccezioni procedurali*

109. Prima di procedere all'analisi della condotta posta in essere da SAD, si ritiene opportuno fare alcune precisazioni in merito alle argomentazioni della Parte relative all'asserita lacuna istruttoria che avrebbe inficiato l'intero procedimento.

110. Contrariamente a quanto afferma SAD, si ritiene che la decisione con la quale l'Autorità ha rigettato gli impegni presentati da SAD si sia basata sulla corretta considerazione di tutti gli elementi acquisiti nel corso del sub-procedimento per impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90. Innanzitutto, il fatto che non siano intervenuti con proprie osservazioni operatori terzi non inficia la validità del *market test*; anzi, ciò appare piuttosto fisiologico e prevedibile nel caso in esame, dato che gli impegni riguardavano questioni estremamente specifiche, legate alla situazione di SAD (l'attribuzione del proprio potere di interazione con la PAB ad un *monitoring trustee*; il consolidamento di uno specifico comportamento posto in essere nel sub-procedimento cautelare – il rilascio completo delle informazioni - in un impegno; la rinuncia alle misure cautelari e interdittive richieste ai giudici nell'ambito del giudizio instaurato dall'impresa avverso i provvedimenti della PAB) e perciò estranee alle vicende che eventualmente riguardano altri operatori del settore del TPL.

111. Né i contributi della PAB e dell'ART sono qualificabili, come vorrebbe dimostrare la Parte, quali mere critiche astratte. Al contrario, come emerge chiaramente dal provvedimento di rigetto, essi sono più che pertinenti e rilevanti, in quanto provenienti, in un caso, dall'Ente affidante direttamente interessato dagli obblighi ai quali l'impresa si voleva vincolare, poiché essi avrebbero inciso sulla sua azione amministrativa¹³⁷; e nell'altro caso, dall'Autorità di regolazione del mercato interessato dal caso in esame, che lungi dall'aver espresso giudizi teorici, ha per contro concretamente valutato (in via negativa) la compatibilità di siffatti impegni (in specie il primo tra quelli summenzionati) con la regolazione applicabile, in base alla quale la scelta delle informazioni da fornire spetta all'Ente affidante e non all'impresa *incumbent*, neanche per interposta persona¹³⁸.

112. Per questi motivi, si ritiene che il rigetto degli impegni dopo la loro pubblicazione sia legittimo; tale atto, invero, non genera alcun affidamento circa la loro accettazione finale, che dipende anche dal *market test*, il quale, come visto, nel caso di specie, ha avuto nei fatti, e non “*suppostamente*”, come vorrebbe la Parte, un esito negativo. Peraltro, secondo consolidata

¹³⁶ V. i docc. 129 e 132, all. 4.

¹³⁷ V. i docc. 88, 91 e 92.

¹³⁸ V. il doc. 87.

giurisprudenza¹³⁹, l'Autorità dispone di un'ampia discrezionalità nella valutazione degli impegni e nella decisione sul loro accoglimento o rigetto.

113. Quanto alla supposta carenza istruttoria e alla necessità di integrare l'attività di indagine compiuta dagli Uffici, ai fini della verifica della legittimità del comportamento posto in essere da SAD, si ritiene che non fosse necessario condurre ulteriori attività istruttorie circa il comportamento degli altri operatori del TPL attivi nella Provincia di Bolzano.

Come emerge dalle risultanze istruttorie, già in fase preistruttoria il fascicolo conteneva informazioni chiare e sufficienti¹⁴⁰, peraltro confermate dalla Provincia in audizione finale¹⁴¹, circa l'adempimento da parte del Consorzio LiBUS, nella prima metà del 2017, alla richiesta di informazioni inoltrata dalla PAB e riguardo all'adeguatezza, già allora, di tali informazioni rispetto ai fini perseguiti dalla PAB (cfr. § 49 *supra*). A quest'ultimo proposito, si osserva che le richiamate dichiarazioni rese dalla Provincia nel corso dell'audizione finale dimostrano che la valutazione di adeguatezza delle informazioni fornite dal Consorzio LiBUS nel maggio 2017 si fondava sul fatto che ciascuna delle imprese consorziate opera su una porzione di territorio afferente ad un solo bacino, mentre SAD, come più volte affermato, gestisce linee di trasporto che afferiscono a tutti i bacini¹⁴². In altre parole, l'onere informativo gravante sulle imprese del Consorzio LiBUS, in termini di dettaglio delle informazioni da rendere, era più limitato rispetto a quello richiesto a SAD. Ciò spiega perché la PAB era soddisfatta delle informazioni fornite dal Consorzio LiBUS, mentre essa non lo era di quelle fornite da SAD, la quale in ogni caso aveva fornito informazioni più lacunose¹⁴³.

Parimenti, non era rilevante nel caso in esame verificare se anche il Consorzio LiBUS avesse proposto dei ricorsi avverso i provvedimenti della PAB, in quanto tali azioni non rientravano tra le condotte contestate a SAD.

114. Inoltre, sempre in relazione al supposto tardivo adempimento da parte del Consorzio LiBUS alla richiesta di informazioni della Provincia e al documento depositato dalla Parte nel corso dell'audizione finale dell'11 marzo 2019, che dimostrerebbe come tale adempimento sia avvenuto solo il 7 maggio 2018, si osserva come, dagli elementi acquisiti a fascicolo, emerge chiaramente che il Consorzio LiBUS aveva già fornito nella prima metà del 2017 le informazioni ritenute sufficienti dalla PAB per bandire la gara¹⁴⁴. Di conseguenza, sono infondate le argomentazioni di Parte circa l'inadeguatezza probatoria dell'istruttoria riguardo al nesso tra le condotte degli altri operatori, in luogo di quelle di SAD, e il ritardo nell'avvio della Gara.

115. Per questi motivi, non si ritiene necessario concedere il supplemento istruttorio chiesto dalla Parte.

¹³⁹ Cfr. Corte Giust., 29 giugno 2010, in causa C-441/07, Commissione c. Alrosa; nella giurisprudenza nazionale v., *ex multis*, Cons. Stato, 15 maggio 2015, n. 2479; Cons. Stato, 22 settembre 2014, n. 4773.

¹⁴⁰ V. i docc. 2 e 9.

¹⁴¹ V. il doc. 132.

¹⁴² V. il doc. 132.

¹⁴³ Cfr. i docc. 10, all. 1 e 10, all. 3, dal cui confronto emerge che, tranne che per due piccole imprese consorziate, il Consorzio LiBUS aveva fornito le informazioni relative ai presidi logistici, mentre SAD si era rifiutata di farlo.

¹⁴⁴ V. i docc. 2, 9 e 132.

VI.2 Il mercato rilevante e la posizione dominante di SAD

116. Sotto il profilo merceologico, l'ambito in cui individuare il mercato rilevante ai fini del presente procedimento può essere individuato con riferimento ai servizi di trasporto pubblico locale nel territorio della Provincia Autonoma di Bolzano attualmente oggetto di concessione e in futuro messi a gara, ovvero esclusivamente i servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma.

117. Dal lato dell'offerta, tali servizi sono svolti in condizioni di monopolio legale dalle imprese titolari della concessione. L'unica forma di concorrenza possibile è, infatti, nel caso di specie, quella relativa alla partecipazione alla Gara per l'affidamento dell'insieme delle concessioni venute a scadenza (c.d. concorrenza *per* il mercato).

118. Questi servizi sono svolti in mercati aventi dimensione geografica locale, attualmente coincidente con le porzioni del territorio altoatesino nel quale si snodano le linee di trasporto incluse in ciascuna concessione esclusiva, mentre successivamente all'espletamento della Gara, essi avranno dimensioni maggiori, coincidenti con i territori afferenti a ciascuno dei quattro lotti.

119. Sui mercati dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri della Provincia Autonoma di Bolzano, operano 20 imprese, tra le quali SAD, in regime di esclusiva. Esse, e dunque anche SAD, godono di una posizione di monopolio legale stabile e duratura, perché mai contesa (per SAD, quantomeno dal 1966) fino ad oggi.

120. Alla luce di ciò, il mercato rilevante nel caso di specie non può coincidere, come invece vorrebbe SAD, con la Gara; ai fini della verifica della sussistenza del presupposto per l'applicazione dell'art. 102 TFUE al caso di specie, ciò che conta non è, infatti, la valutazione della forza competitiva (*rectius* della c.d. *incumbency*) dei diversi partecipanti, e in particolare di SAD, nella futura procedura di affidamento, quanto piuttosto, in una fase precedente alla stessa, la valutazione del potere di un concessionario in esclusiva, di condizionare l'avvio stesso della Gara.

121. Così come neanche l'altra possibile definizione di mercato proposta dalla Parte è adeguata a tal fine. L'impresa ha suggerito che il mercato rilevante avrebbe potuto, infatti, essere definito come corrispondente alla singola tratta origine-destinazione che consente al passeggero di andare da un punto A ad un punto B in tempi e modi sostituibili. Tuttavia, questa definizione avrebbe potuto essere eventualmente considerata laddove SAD non avesse operato in regime di esclusiva e, dunque, se altri operatori avessero potuto offrire servizi sostituibili con quelli operati dall'impresa dominante (ovvero in condizioni di concorrenza *nel* mercato, che nel caso di specie non ricorrono). Pertanto, la proposta di SAD non merita di essere considerata perché non coglie adeguatamente le dinamiche né la struttura di mercato del caso di specie.

122. Nella prospettiva assunta, dunque, il mercato rilevante è definito sulla base dell'attuale assetto dei servizi.

123. Ciò non porta assolutamente, come ha affermato l'impresa, al paradosso che nel medesimo mercato vi siano molte imprese dominanti (tante quante sono i concessionari). Non esiste, infatti, un solo mercato rilevante all'interno del territorio della PAB ma diversi mercati sui quali ciascuna impresa concessionaria, in quanto monopolista legale sulle linee assegnate, è dominante.

124. In conclusione, pertanto, nell'insieme delle linee incluse nella propria concessione SAD, operando in regime di esclusiva, possiede una posizione di monopolio legale. Pertanto, essa è per definizione in posizione dominante.

VI.3 Le condotte abusive di SAD

VI.3.1 Premessa

125. La fattispecie oggetto del presente procedimento riguarda i comportamenti anticoncorrenziali posti in essere da SAD, concessionario in posizione dominante nel mercato del servizio di trasporto di passeggeri extraurbano nella Provincia Autonoma di Bolzano.

126. Le evidenze acquisite agli atti mostrano in modo chiaro che SAD ha scientemente posto in essere una condotta volta ad impedire che la Provincia potesse tempestivamente dare avvio alle procedure amministrative propedeutiche all'organizzazione della Gara per l'affidamento di tali servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano.

127. In particolare, dal 20 marzo 2017 al 16 marzo 2018 l'impresa dominante, a differenza degli altri concessionari, ha rifiutato di fornire, e ha poi fornito con ritardo, e inizialmente anche in maniera incompleta, le informazioni circa le caratteristiche di tali servizi, indispensabili ai fini della predisposizione degli elaborati di gara da parte della Provincia di Bolzano, di cui solo essa disponeva in virtù della condizione di monopolista legale operante in esclusiva nelle linee di trasporto incluse nella propria concessione.

128. In particolare, le risultanze istruttorie hanno dimostrato che SAD ha fornito con ritardo alla Provincia le informazioni indispensabili ai fini della predisposizione degli elaborati di gara, e in particolare quelle relative a:

- tutto il personale impiegato, assegnato per tipologia, inquadramento e costi;
- i depositi, le officine e gli altri presidi logistici utilizzati dall'impresa dominante;
- il numero e le caratteristiche dei mezzi ricoverati nei depositi;
- le residenze del personale corrispondentemente assegnato.

129. La cronologia e la sequenza delle giustificazioni adottate per motivare tale rifiuto/ritardo già di per sé mostrano che le ragioni addotte dall'impresa dominante per rifiutare l'invio di tutte le informazioni richieste dall'Ente affidante sono pretestuose. SAD ha, infatti, fornito, come prima motivazione del rifiuto, nel marzo 2017, una richiesta di chiarimenti sugli obblighi gravanti sull'operatore *incumbent* che aveva palesemente uno scopo dilatorio e anticipava implicitamente i comportamenti successivi¹⁴⁵. Nel maggio del 2017, invero, essa ha attuato ciò che già aveva in animo, ovvero di selezionare unilateralmente le informazioni da fornire alla PAB invocando giustificazioni basate sulla necessità di tutelare la riservatezza della propria organizzazione industriale, nonostante le rassicurazioni ricevute a più riprese sul punto dalla PAB¹⁴⁶. Poi, dopo ben sei mesi di silenzio, nel novembre 2017, SAD ha affermato che la Provincia avrebbe richiesto dati di cui essa avrebbe dovuto già essere in possesso, in quanto necessari a determinare il costo standard annuale del servizio e definire il correlato corrispettivo dovuto ai soggetti concessionari dello stesso, al fine di evitare di corrispondere sovra-compensazioni per oneri di servizio pubblico¹⁴⁷.

¹⁴⁵ V. il doc. 1, all. 2.

¹⁴⁶ V. il doc. 10, all. 1.

¹⁴⁷ V. 1 docc. 6, all. 1, 6, all. 2, 20, all. 3, 26.

130. Dagli accertamenti istruttori è emerso, inoltre, che anche le argomentazioni successivamente addotte da SAD circa le ragioni che giustificerebbero il rifiuto di, e poi il ritardo nel, fornire le informazioni indispensabili mancanti richieste dalla Provincia sono infondate e prive di pregio.

131. Al contrario, l'attività istruttoria ha evidenziato in maniera univoca le ragioni della tattica dilatoria adottata da SAD: l'impresa dominante temeva, infatti, di perdere continuità nella propria attività, sia in termini di eventuale riduzione del perimetro dei servizi svolti sia in termini di eventuale perdita dei fattori di produzione di detti servizi, ad esito della Gara.

132. Il non voler fornire alla PAB tutte le informazioni indispensabili, dunque, aveva il precipuo scopo di ostacolare l'avvio delle procedure amministrative propedeutiche all'organizzazione della procedura di affidamento del servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano.

133. La valutazione della natura anticoncorrenziale di tale comportamento deve essere effettuata alla luce della circostanza che il mercato rilevante in esame, caratterizzato da condizioni di monopolio legale sulla base di concessioni in esclusiva, era in procinto di essere reso per la prima volta – dopo oltre cinquanta anni - contendibile grazie all'espletamento di una gara in lotti per l'aggiudicazione del servizio. Si consideri, infatti, che, come già affermato *supra*, l'unica forma di concorrenza possibile in questi contesti è rappresentata da quella “*per*” il mercato in sede di gara. A ciò si aggiunga che il comportamento in esame interessa quasi l'intera Provincia Autonoma di Bolzano (quattro bacini su cinque); la Gara riveste un'importanza significativa in termini economici sia per gli attuali concessionari sia per gli operatori concorrenti (la previsione dei costi del contratto di servizio era di circa 960 milioni di euro¹⁴⁸). È peraltro ragionevole ipotizzare che a tale affidamento siano interessate grandi imprese italiane e straniere.

134. La predisposizione delle gare secondo modalità idonee a favorire la più ampia partecipazione possibile, a parità di condizioni tra concorrenti, è un fattore di primaria importanza per consentire al meccanismo della concorrenza “*per*” il mercato di far sprigionare la massima efficienza possibile in sede di gara a vantaggio degli utenti finali del servizio di trasporto pubblico locale.

135. Come noto, infatti, la generalità degli studi empirici concorda nell'associare alle gare per l'affidamento dei servizi di TPL¹⁴⁹ una serie di effetti positivi consistenti in:

- un significativo aumento dell'efficienza nella gestione dei servizi, che genera importanti risparmi di costi, che si traducono in minori sussidi (con possibilità di reimpiego delle risorse pubbliche in investimenti). La riduzione dei costi, inoltre, è particolarmente marcata quando le gare, come nel caso di specie, sono svolte per la prima volta, in un contesto precedentemente chiuso alla concorrenza;
- una maggiore innovazione e il miglioramento della qualità e della disponibilità dei servizi che fanno aumentare il grado di soddisfazione dei passeggeri;
- un apprezzabile aumento della domanda.

136. Poiché l'effettiva contendibilità del mercato in sede di gara è strettamente legata alle modalità di predisposizione del relativo bando, quest'ultimo dovrebbe poter essere formulato in

¹⁴⁸ V. la Delibera di Giunta Provinciale del 17 aprile 2018 n. 358.

¹⁴⁹ Tali argomentazioni sono ampiamente sviluppate nel provv. dell'Autorità n. 26061 del 1 giugno 2016 - Indagine IC47 - CONDIZIONI CONCORRENZIALI NEI MERCATI DEL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE, cap. 3.

modo tale da evitare ogni indebito vantaggio concorrenziale a favore dell'incumbent tale da scoraggiare e pregiudicare i potenziali concorrenti. Detto vantaggio può consistere anche nel possesso di informazioni necessarie alla corretta formulazione dell'offerta, che non sono necessariamente nella disponibilità dell'Ente affidante e degli altri partecipanti.

137. Per queste ragioni, la condotta di SAD, ostacolando l'effettuazione della Gara, ovvero la concorrenza "per" il mercato del servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano, costituisce una fattispecie di abuso di posizione dominante, posta in essere in violazione dell'art. 102 TFUE. Peraltro, tale condotta ha concretamente prodotto effetti anticoncorrenziali, nella misura in cui ha ritardato di oltre quattro mesi la pubblicazione del bando di gara, a seguito del quale la PAB sarebbe stata costretta a prorogare gli affidamenti vigenti.

VI.3.2 Il contesto all'origine della condotta di SAD: la preferenza di SAD per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale tramite project financing in luogo della Gara

138. L'attività istruttoria ha evidenziato che SAD ha abusato della posizione dominante detenuta in qualità di operatore in monopolio legale, in quanto si è rifiutata di fornire informazioni che la Provincia riteneva indispensabili per dare avvio alle procedure amministrative propedeutiche all'organizzazione della Gara. Ciò trova la propria origine nella non condivisione da parte di SAD delle scelte della PAB circa l'organizzazione del servizio di trasporto pubblico di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano.

139. In particolare, SAD non gradiva la decisione di suddividere il territorio altoatesino in bacini e di affidare quelli relativi al trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma tramite una procedura competitiva.

140. Per tale ragione, per più di un anno SAD ha cercato in maniera ostinata di fare in modo che le norme programmatiche emanate dalla Provincia non trovassero concreta applicazione in provvedimenti amministrativi funzionali alla realizzazione della Gara per lotti.

141. Per tentare di indurre la Provincia a mutare la propria opinione circa le modalità di affidamento del servizio, in particolare, SAD ha presentato tra febbraio 2016 e aprile 2017 quattro diverse proposte di *project financing*, ai sensi dell'art. 183, comma 15, del Decreto Legislativo. n. 50/2016, come modalità di affidamento dei servizi alternativa alla Gara¹⁵⁰. Ma, al netto del ritiro della prima proposta, tutte le altre sono state considerate non valutabili o rigettate dalla Provincia poiché esse confliggevano con l'organizzazione dei servizi scelta in via programmatica.

142. Nonostante ciò e ancorché le diverse determinazioni nel frattempo assunte dall'Ente affidante si fossero già orientate in una direzione opposta a quella auspicata dall'impresa dominante, SAD si è comportata come se queste ultime fossero trascurabili¹⁵¹, continuando a perseguire i propri obiettivi nella speranza che, se essa fosse riuscita a "creare un po' di

¹⁵⁰ V. i docc. 20, all. 2_13, all. 2_28, all. 2_29, all. 2_30, all. 2_37, all. 2_47, all. 2_48, all. 2_49; il doc. 54 e relativo allegato.

¹⁵¹ In particolare, il 3 gennaio 2017 la Provincia ha approvato un promemoria di rigetto della terza proposta di PPP e il 20 gennaio 2017 ha pubblicato l'avviso di pre-informazione al mercato; ciononostante, il 3 febbraio SAD integrava la terza proposta di PPP con la modifica dell'identità soggettiva del proponente, tramite il coinvolgimento del Consorzio LiBUS. A febbraio 2017 la PAB ha avviato la procedura di consultazione degli stakeholder ai sensi della Delibera n. 49/2015 con la convocazione delle imprese concessionarie e l'invio della richiesta di informazioni sulle caratteristiche del servizio da affidare; eppure nell'aprile 2017 SAD e il Consorzio LiBUS presentavano l'ennesima, quarta, proposta di PPP (cfr. i §§ 32-37 supra).

*scompioglio*¹⁵² con il coinvolgimento del Consorzio LiBUS nel *project financing*, la Provincia sarebbe tornata sui propri passi.

143. L'insistenza con la quale SAD ha tentato di ottenere l'approvazione delle proprie proposte di PPP trova la propria ragion d'essere nel fatto che l'affidamento tramite gara avrebbe potuto minacciare la sua continuità nell'offerta di servizi di trasporto pubblico extraurbano.

144. Viceversa, il PPP l'avrebbe garantita, come il medesimo Direttore Generale di SAD, commentando il rigetto della terza proposta di PPP e proponendo la presentazione della quarta proposta, ha riconosciuto ("*la presentazione del PPP era un obbligo per SAD, perché la società ha bisogno di continuità*")¹⁵³.

145. Vale evidenziare che detta assemblea ha avuto luogo il 20 febbraio 2017, ovvero nel medesimo giorno in cui SAD riceveva la richiesta di informazioni della Provincia oggetto del presente procedimento. Ne discende che quando SAD ha ricevuto tale richiesta essa aveva già pianificato di presentare la quarta proposta di PPP.

146. Ciò spiega perché SAD si è successivamente rifiutata di fornire i dati richiesti dalla PAB: la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione al mercato e la richiesta di informazioni erano, infatti, *step* procedurali che preludevano all'effettivo concretizzarsi della Gara; adempiere alla richiesta entro il termine posto dalla Provincia avrebbe, invero, contribuito al compimento della procedura e avrebbe fornito a quest'ultima un motivo in più per rigettare anche la futura quarta proposta di *project financing*. Viceversa, il rifiuto avrebbe consentito all'impresa dominante di guadagnare tempo per poter presentare un nuovo progetto di PPP in un contesto in cui la Gara era ancora lungi dall'essere una prospettiva concreta.

VI.3.3 La strategia abusiva di SAD in relazione alla Gara

147. Le evidenze acquisite a fascicolo mostrano che SAD ha posto in essere un comportamento che, con l'avanzare della procedura amministrativa che avrebbe dato il via alla Gara, dal tentativo di convincere la PAB ad approvare il PPP, a partire da marzo 2017 si è trasformato in un illecito ostruzionismo nei confronti della procedura competitiva, sostanziatosi in un rifiuto a fornire le informazioni richieste dalla Provincia.

VI.3.3.1 Il rifiuto a trasmettere le informazioni prima dell'avvio del procedimento istruttorio

148. Come emerge dalle risultanze istruttorie, il 20 febbraio 2017 la Provincia ha inviato una comunicazione a SAD con la quale chiedeva di trasmettere, entro un mese dal ricevimento, le informazioni ritenute indispensabili ai fini della predisposizione dei documenti di gara, e in particolare del PEF simulato da allegare al bando¹⁵⁴. L'impresa dominante rispondeva il 14 marzo 2017, non inviando i dati richiesti, bensì chiedendo un chiarimento in merito agli obblighi informativi che graverebbero sull'impresa e osservando come, a suo modo di vedere, l'Ente affidante fosse già in possesso delle informazioni necessarie ai fini della predisposizione del bando di gara¹⁵⁵.

¹⁵² V. doc. 20, all. 2_116.

¹⁵³ V. il doc. 20, all. 2_13.

¹⁵⁴ V. il doc. 1.1.

¹⁵⁵ V. il doc. 1, all. 2.

149. Tale risposta interlocutoria risulta, tuttavia, palesemente dilatoria per un duplice motivo: *in primis*, sia la normativa primaria nazionale in tema di servizi pubblici locali (il D.L. n. 1/2012¹⁵⁶) sia la regolazione secondaria di settore (la Delibera dell'ART n. 49/2015¹⁵⁷) già all'epoca delineavano in maniera chiara il contorno degli obblighi informativi specifici esistenti a carico dei concessionari uscenti in caso di gara.

150. In secondo luogo, si osserva che nella comunicazione alla PAB del 14 marzo 2017 l'impresa dominante chiedeva di “*conoscere i propri eventuali esatti obblighi [...] per evitare di rendere alla P.A. notizie e dati che potrebbero rivelare le proprie specificità organizzative*”; che lo scopo della comunicazione fosse questo è stato, peraltro, confermato dalla medesima SAD in audizione finale, quando l'impresa ha affermato che la richiamata comunicazione era volta ad avvisare l'Ente affidante che le proprie specificità non sarebbero dovute entrare nel PEF simulato¹⁵⁸.

151. Ciò significa che l'impresa dominante non nutriva dubbi genuini sul perimetro delle informazioni da fornire all'Ente affidante, bensì essa aveva già allora intenzione di opporre al riguardo la propria personale interpretazione di tali obblighi informativi, la quale non risultava affatto coincidente con, ed era, anzi, molto più ristretta di, quella della PAB.

152. Questa volontà è emersa, d'altronde, in maniera evidente nella comunicazione del 5 maggio 2017, con la quale l'impresa dominante ha, sì, fornito alcune delle informazioni richieste dalla Provincia¹⁵⁹, ma lo ha fatto selezionando in maniera unilaterale il novero di informazioni da fornire alla PAB e omettendo ciò che riteneva di non dover comunicare (in particolare, le informazioni relative ai presidi logistici), perché afferente, secondo SAD, all'organizzazione aziendale e quindi soggetto a segretezza¹⁶⁰.

153. Tuttavia, il motivo alla base del parziale rifiuto di fornire tutte le informazioni richieste risultava già allora pretestuoso, dal momento che, come l'attività istruttoria ha evidenziato, la Provincia aveva più volte rassicurato l'impresa, anche per iscritto, circa la propria volontà di fornire adeguata tutela all'esigenza di riservatezza espressa da SAD¹⁶¹.

154. La documentazione versata in atti, dunque, mostra che le argomentazioni addotte da SAD per non soddisfare la richiesta della Provincia sono sempre state meramente strumentali e volte semplicemente a celare la reale intenzione di SAD di opporre un rifiuto a fornire tutte le informazioni richieste. Tale intenzione è poi emersa in tutta la propria evidenza nel momento in cui l'impresa dominante ha completamente cessato di rispondere alle diverse comunicazioni di sollecito inviate dalla Provincia di Bolzano.

¹⁵⁶ V. l'art. 26, comma 4, del D.L. n. 1/2012, il quale prevede che “I concessionari e gli affidatari di servizi pubblici locali, a seguito di specifica richiesta, sono tenuti a fornire agli enti locali che decidono di bandire la gara per l'affidamento del relativo servizio i dati concernenti le caratteristiche tecniche degli impianti e delle infrastrutture, il loro valore contabile di inizio esercizio, secondo parametri di mercato, le rivalutazioni e gli ammortamenti e ogni altra informazione necessaria per definire i bandi”.

¹⁵⁷ V. la Misura 9 della Delibera dell'ART n. 49/2015, la quale prevede che “[g]li enti affidanti rendono noto, nelle diverse fasi della procedura di gara e nell'ambito dei pertinenti documenti di gara, tutte le informazioni elencate nel Prospetto 1, costituenti il set informativo minimo per le procedure di gara”. Gli enti affidanti necessariamente traggono tali informazioni dai concessionari del servizio da affidare tramite gara.

¹⁵⁸ V. il doc. 132, all. 6.

¹⁵⁹ V. il doc. 10, all. 1.

¹⁶⁰ V. il doc. 10, all. 1.

¹⁶¹ V. i docc. 1, 1, all. 1, 1, all. 3, 1, all. 5, 20, all. 2_17, 26, all. 2 e 48.2.

155. Per ben sei mesi dal maggio 2017 SAD ha opposto un silenzio che è poi culminato in una comunicazione del novembre 2017 con la quale essa, pur riconoscendo l'esistenza di un obbligo informativo a proprio carico derivante dalla regolazione, ha manifestato un espresso diniego circa la propria intenzione di fornire i dati mancanti¹⁶².

156. In quell'occasione, peraltro, SAD ha reiterato l'osservazione già avanzata nella comunicazione del 14 marzo 2017 in ordine alla circostanza che la Provincia fosse già in possesso dei dati di cui essa dichiarava di aver bisogno. Secondo l'impresa, la Provincia avrebbe, infatti, dovuto utilizzare tali informazioni per stabilire i costi standard annuali del servizio, al fine di evitare di corrispondere sovra-compensazioni per oneri di servizio pubblico¹⁶³. L'eventuale non conoscenza di tali dati da parte della PAB avrebbe, pertanto, significato che l'Ente aveva fino ad allora violato la disciplina sulla compensazione degli oneri di servizio pubblico.

157. Ciò, tuttavia, non appare un motivo valido né sufficiente per opporre legittimamente un rifiuto a fornire i dati mancanti, dal momento che, a prescindere dal rispetto da parte della PAB della disciplina sulla compensazione degli oneri di servizio pubblico, l'adempimento alla richiesta della Provincia non avrebbe arrecato a SAD alcun aggravio, dato che l'impresa era senz'altro in grado di reperire le informazioni mancanti senza alcuna difficoltà. L'obiezione sollevata dall'impresa dominante risulta perciò meramente pretestuosa ed è un chiaro indice, per contro, della volontà di SAD di frapporre degli intralci all'azione amministrativa.

158. Peraltro, l'analisi istruttoria dimostra che la Provincia, viceversa, aveva calcolato in passato i corrispettivi per oneri di servizio pubblico sulla base del costo storico dei servizi e che i dati che essa aveva richiesto erano di diversa natura (cfr. § 53 *supra*); perciò, l'obiezione sollevata da SAD era del tutto infondata e costituiva solamente un modo per insinuare che l'Ente affidante avesse violato la disciplina sulle compensazioni per oneri di servizio pubblico. Le affermazioni di Parte al riguardo, pertanto, si qualificano meramente come un'iniziativa intimidatoria volta a mettere in difficoltà l'Ente affidante e a farlo desistere dall'intenzione di aprire il mercato alla concorrenza.

159. In conclusione, la documentazione acquisita agli atti mostra, dunque, in maniera inequivocabile che l'impresa dominante ha opposto, senza valide ragioni, un rifiuto alla trasmissione di tutte le informazioni richieste dal marzo 2017 all'avvio del procedimento istruttorio.

VI.3.3.2 Il rifiuto a trasmettere le informazioni dopo l'avvio del procedimento istruttorio

160. Contrariamente a quanto afferma SAD, il descritto atteggiamento ostativo è proseguito, peraltro, anche dopo l'avvio del procedimento istruttorio e, in particolare, nel corso del sub-procedimento cautelare.

161. Ciò, in particolare, appare dimostrato dal fatto che nel gennaio e nel febbraio 2018 l'impresa ha inviato alla Provincia e al mercato diverse comunicazioni con le quali ha continuato ad opporre resistenza ad un rilascio completo delle informazioni richieste.

162. Come tali sono, infatti, qualificabili le comunicazioni del 27 e del 30 gennaio 2018: con esse SAD ha reiterato sulla stampa locale le proprie affermazioni circa l'asserito possesso da parte dell'Ente affidante dei dati necessari per la definizione del PEF simulato, nonché circa

¹⁶² V. il doc. 6, all. 1 e 2.

¹⁶³ V. il doc. 6, all. 1 e 2.

l'inesistenza di un obbligo informativo relativo alle caratteristiche delle rimesse, del personale addetto al servizio e degli autobus, la cui divulgazione, peraltro, secondo SAD, avrebbe potuto condurre a distorcere la concorrenza nell'ambito della procedura di affidamento¹⁶⁴.

163. Ancora, con le comunicazioni del 18 e 19 febbraio 2018 alla Provincia, SAD ha addirittura compiuto un passo indietro rispetto a quanto aveva affermato nella propria comunicazione del novembre 2017: mentre allora essa aveva riconosciuto l'esistenza di tale obbligo informativo ai sensi della Misura 9 della Delibera dell'ART n. 49/2015¹⁶⁵, con le più recenti comunicazioni, per contro, essa negava, così contraddicendosi, l'esistenza di un obbligo dell'impresa *incumbent* di fornire i dati richiesti dall'Ente affidante, a meno che questo non fosse previsto dalla legge o dal contratto di servizio ovvero i beni non fossero qualificati come *essential facilities* in senso *antitrust*¹⁶⁶.

164. Nel ribadire la propria volontà di non fornire le informazioni mancanti, nella propria memoria del 21 febbraio 2018, l'impresa dominante ha poi fatto leva su una presunta dicotomia tra i dati c.d. "di *output*" e i dati c.d. "di *input*", laddove per tali si intendono, rispettivamente, i dati afferenti al modello gestionale costruito dal singolo gestore e i dati relativi alle caratteristiche oggettive del servizio. Secondo SAD, gli unici dati che l'Ente affidante sarebbe titolato a chiedere sarebbero questi ultimi; tra di essi l'impresa dominante stessa include il numero del personale dipendente, e i relativi costi, il numero e la dislocazione delle strutture di sosta e il numero degli automezzi¹⁶⁷.

165. Orbene, in disparte l'insussistenza nell'ordinamento della bipartizione configurata dalla Parte (su cui v. meglio il § 187 *infra*), al riguardo si osserva anzitutto che l'impresa dominante il 21 febbraio 2018 non ha voluto fornire neanche quanto essa stessa aveva classificato come dati "di *input*" suscettibili di essere richiesti dall'Ente affidante: SAD, infatti, ha esplicitamente affermato di non voler tenere riservati l'elenco del personale diverso dagli autisti, il numero e la dislocazione dei presidi logistici¹⁶⁸. Tale contraddizione già di per sé vale a dimostrare che l'impresa dominante ha continuato, nonostante il presente procedimento, ad addurre argomentazioni pretestuose e a nutrire una volontà dilatoria nei confronti dell'azione amministrativa della PAB.

166. Inoltre, anche quando SAD ha finalmente desistito dal porre in essere un comportamento ostruzionistico e ha iniziato man mano a prestare la propria collaborazione alla Provincia dal 23 febbraio 2018, essa non ha comunque prontamente e tempestivamente trasmesso le informazioni mancanti, ma le ha fornite poco per volta¹⁶⁹.

I dati inviati da SAD il 23 febbraio 2018 erano, infatti, un po' più completi di quelli forniti il 5 maggio 2017, in quanto rispetto a questi ultimi l'impresa dominante ha fornito anche l'elenco delle rimesse e la loro dislocazione geografica e l'elenco del personale diverso dagli autisti; essi, tuttavia, non contenevano l'associazione, neanche in termini numerici, degli autisti a ciascuna residenza e del numero di mezzi per ciascun presidio logistico. Parimenti, i dati forniti il 9 marzo

¹⁶⁴ V. i docc. 26 e 33, all. 1 e 2.

¹⁶⁵ Cfr. i docc. 6, all.1 e 26, all. 4.

¹⁶⁶ V. il doc. 41, all. 1, nel quale peraltro SAD si esprime con un linguaggio aggressivo.

¹⁶⁷ V. il doc. 40.

¹⁶⁸ V. il doc. 40.

¹⁶⁹ Cfr. tra loro gli allegati ai docc. 40, 42, 44, 45, 50 e 52.

2018 continuavano ad essere carenti, data l'impossibilità di associare il singolo autista a ciascuna residenza e il singolo autobus a ciascun presidio logistico. Solo i dati forniti il 16 marzo 2018 sono finalmente risultati sufficienti a colmare la lacuna evidenziata dall'Ente affidante e a consentirgli di redigere gli elaborati di gara¹⁷⁰.

167. In altre parole, pur avendo dichiarato di voler assumere un atteggiamento collaborativo, SAD ha di fatto reiterato nel corso del sub-procedimento cautelare il medesimo comportamento ostativo assunto nelle precedenti interlocuzioni avute con la PAB, ritenendo di poter decidere quali fossero le informazioni che l'Ente affidante aveva facoltà di richiedere e ottenere e quali no.

168. L'insieme delle condotte descritte complessivamente integra, pertanto, un comportamento che costituisce chiaramente una prosecuzione delle pratiche di ostruzione alla Gara che l'impresa dominante ha perseguito sin dal marzo 2017, con lo scopo di impedire che la procedura potesse effettivamente avere luogo, e che si è protratto sino a quando SAD non ha effettivamente trasmesso tutti i dati richiesti dalla Provincia il 16 marzo 2018¹⁷¹.

VI.3.4 L'indispensabilità delle informazioni ai fini della Gara

169. L'attività istruttoria (cfr. § 49 *supra*) ha mostrato che, al momento dell'avvio del presente procedimento istruttorio (17 gennaio 2018), non erano ancora pervenute alla PAB le informazioni relative *i)* al personale di SAD diverso dagli autisti, *ii)* ai presidi logistici utilizzati da SAD, e ai relativi mezzi ivi ricoverati, nonché *iii)* alle residenze del personale corrispondentemente assegnato.

170. Inoltre, la documentazione acquisita agli atti del fascicolo evidenzia in maniera univoca che le informazioni relative all'operatività di SAD non ancora fornite a quella data fossero indispensabili per determinare il costo del servizio per ciascun lotto extraurbano da affidare con gara e per procedere alla corretta redazione del PEF simulato per ciascuno di essi; dunque, in ultima analisi, tali dati erano essenziali per definire la base d'asta che avrebbe dovuto essere pubblicata per ciascun lotto unitamente al bando di gara, e quindi per completare la prima fase della procedura di affidamento¹⁷².

171. La necessità di tali dati per la redazione del PEF si apprezza in particolar modo se si considera anzitutto che la conoscenza da parte dell'Ente affidante delle informazioni sulla tipologia, l'inquadramento e i costi di tutto il personale aveva senz'altro un'incidenza diretta sulla possibilità di definire correttamente il costo del servizio¹⁷³. La non disponibilità dei dati sul personale diverso dagli autisti, perciò, impediva alla PAB di prefigurare in maniera completa tale voce di costo.

172. In secondo luogo, e soprattutto, occorre considerare che, come è emerso dall'analisi istruttoria, il perimetro dei futuri bacini nei quali verranno svolti i servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma non coincide con le attuali concessioni di cui sono titolari SAD e le imprese consorziate in LiBUS. La suddivisione del territorio altoatesino secondo una diversa struttura geografica implica, infatti, che i BTO, da un lato, aggregino le diverse

¹⁷⁰ V. il doc. 53.

¹⁷¹ V. il doc. 52 e i relativi allegati.

¹⁷² V. il doc. 2 e il doc. 11, all. 4.

¹⁷³ V. il doc. 2 e il doc. 11, all. 4.

concessioni riferibili a diversi operatori, e dall'altro lato, siano tutti interessati dalle linee attualmente operate da SAD¹⁷⁴.

173. Ciò significa che le informazioni possedute da SAD erano necessarie per la corretta attribuzione dei mezzi di produzione del servizio in ciascuno dei quattro nuovi bacini extra-urbani. Pertanto, solo informazioni specifiche sui presidi logistici utilizzati dall'impresa *incumbent*, sui mezzi ivi ricoverati e sul personale corrispondentemente assegnato, per ciascuna porzione del territorio altoatesino nel quale è attiva SAD, infatti, avrebbero consentito alla PAB di definire in maniera adeguata i costi del servizio per ciascun lotto. La conoscenza della dislocazione dei presidi logistici, del numero di mezzi ivi ricoverati e delle residenze degli autisti avrebbe, infatti, consentito di definire i turni del servizio, e dunque il costo dello stesso¹⁷⁵. Ciò non era necessario evidentemente per gli altri concessionari, i quali operano su una porzione di territorio che afferisce ad un unico bacino (come ha ribadito la PAB nel corso dell'audizione finale, "... *nessuno dei concessionari appartenenti a LiBUS, diversamente da SAD, opera su due differenti bacini e quindi non è necessario associare nel medesimo bacino dati nella disponibilità di operatori di diversi*")¹⁷⁶.

174. In sostanza, alla luce di ciò, l'attività istruttoria ha dimostrato che la Provincia, in assenza di tutte le informazioni relative ai servizi svolti da SAD, non poteva procedere a un adeguato dimensionamento tecnico-transportistico ed economico-gestionale di nessuno dei lotti, né determinare correttamente il costo standard del servizio né la base d'asta per ciascun di essi¹⁷⁷.

175. L'analisi istruttoria ha, inoltre, evidenziato che la PAB non era in grado di rimediare autonomamente a detta carenza. In altre parole, dette informazioni non erano altrimenti reperibili.

176. Infatti, l'Ente affidante non poteva utilizzare i dati di costo forniti da ciascun concessionario¹⁷⁸ o prendere come parametro i corrispettivi corrisposti ad essi dalla Provincia¹⁷⁹. Ciò in quanto la nuova organizzazione dei servizi di trasporto pubblico locale scelta dalla PAB – ovvero la strutturazione di bacini il cui perimetro non corrisponde alle attuali concessioni riferibili alle imprese consorziate in LiBUS e a SAD - avrebbe anzitutto determinato anche una nuova struttura dei costi degli stessi¹⁸⁰. Inoltre, nella richiamata suddivisione territoriale le linee di trasporto operate da SAD erano incluse in tutti i bacini. A fronte di ciò si osserva che la PAB era, sì, in possesso di informazioni sul costo del servizio per come era stato svolto da SAD fino ad allora, ma queste includevano di fatto soltanto *dati in forma aggregata* relativi ai servizi complessivamente svolti in base alla concessione vigente, mentre ai fini della redazione del PEF simulato per ciascun bacino essa avrebbe avuto bisogno di *dati disaggregati*, o comunque con un grado di dettaglio analogo a quello successivamente richiesto dall'Ente affidante ai fini della Gara, da attribuire correttamente a ciascun bacino (dati che peraltro in passato, e in altri contesti, SAD si

¹⁷⁴ V. i docc. 2, 9 e 11, all. 4.

¹⁷⁵ V. il doc. 2 e il doc. 11, all. 4.

¹⁷⁶ V. il doc. 132.

¹⁷⁷ V. il doc. 2 e il doc. 11, all. 4.

¹⁷⁸ V. il doc. 26, all. 1

¹⁷⁹ V. il doc. 11, all. 4.

¹⁸⁰ V. il doc. 11, all. 4.

era rifiutata di fornire alla PAB¹⁸¹). In altre parole, dunque, i dati di cui la Provincia era già in possesso erano di fatto privi di utilità pratica nel nuovo contesto.

177. Ne discende che le informazioni richieste erano indispensabili per redigere correttamente gli elaborati di gara, e in particolare il PEF simulato per ciascun lotto di gara, e così garantire, tramite la giusta base d'asta, che lo svolgimento della Gara fosse effettivamente concorrenziale (ovvero che fosse effettivamente consentito ai partecipanti la presentazione di offerte economiche adeguate), e che esse erano solo ed esclusivamente nella disponibilità di SAD, la quale le possiede in virtù della propria qualità di concessionario in esclusiva dei servizi.

VI.3.5 L'assenza di giustificazioni oggettive al rifiuto e al ritardo nella trasmissione delle informazioni

178. Le evidenze acquisite agli atti mostrano che le giustificazioni addotte da SAD al proprio comportamento sono prive di pregio. Ciò per le ragioni che seguono.

179. Secondo la giurisprudenza amministrativa, dati gli obblighi connessi alla propria posizione di operatore dominante, il concessionario in via esclusiva di un servizio pubblico locale è tenuto, ai sensi dell'art. 102 TFUE, a fornire tutte le informazioni richieste dall'Ente che intende mettere a gara detto servizio¹⁸².

180. Ciò vale, innanzitutto, a destituire di fondamento l'argomentazione di Parte in base alla quale un ritardo nell'invio da parte di un operatore dominante di informazioni indispensabili richieste dall'Ente affidante ai fini di una gara non può costituire un abuso di tale posizione ai sensi dell'art. 102 TFUE, ma al massimo, un illecito amministrativo. Tale affermazione è, infatti, smentita in radice dai principi giurisprudenziali summenzionati che fondano la qualificazione delle condotte poste in essere da SAD nel caso di specie.

181. La medesima giurisprudenza ha stabilito che a tale obbligo *antitrust* il concessionario si può sottrarre solo in caso di estraneità dell'oggetto della richiesta rispetto al servizio prestato o di esistenza di uno specifico divieto alla divulgazione delle informazioni richieste o, ancora, di pericolo di lesione dei diritti del detentore di tali informazioni come conseguenza dalla divulgazione¹⁸³.

182. L'applicazione di tale principio al caso di specie conduce a rilevare quanto segue.

In relazione all'esistenza di un divieto alla divulgazione, oltre che alla pertinenza della richiesta di informazioni al servizio svolto, si osserva che l'ordinamento, non solo non prevede un tale divieto, ma addirittura sancisce un obbligo per i concessionari di servizi pubblici locali, e in particolare dei servizi di trasporto pubblico locale, di fornire le informazioni richieste dagli Enti affidanti sul servizio prestato ai fini del futuro affidamento dello stesso.

183. Anzitutto, l'art. 25, comma 4, del D.L. n. 1/2012 citato *supra*, già da tempo stabilisce che “[i] concessionari e gli affidatari di servizi pubblici locali, a seguito di specifica richiesta, sono tenuti a fornire agli enti locali che decidono di bandire la gara per l'affidamento del relativo servizio i dati concernenti le caratteristiche tecniche degli impianti e delle infrastrutture, il loro valore contabile di inizio esercizio, secondo parametri di mercato, le rivalutazioni e gli ammortamenti e ogni altra informazione necessaria per definire i bandi”.

¹⁸¹ V. i docc. 26 e 26, all. 1

¹⁸² V. TAR Lazio, sent. n. 8752 del 10 ottobre 2013.

¹⁸³ V. TAR Lazio, sent. n. 8752/2013, cit.

In secondo luogo, l'art. 48, comma 3, secondo periodo, del D.L. n. 50/2017 prevede che “[g]li operatori già attivi nel bacino sono tenuti a fornire le informazioni e i dati rilevanti in relazione ai servizi effettuati entro e non oltre sessanta giorni dalla richiesta di regioni ed enti locali, che adottano adeguate garanzie di tutela e riservatezza dei dati commerciali sensibili”.

184. Inoltre, come emerge con estrema chiarezza dal contributo dell'ART al *market test* sugli impegni presentati da SAD, anche la regolazione applicabile, e specificamente la Delibera ART n. 49/2015, stabilisce che le imprese *incumbent* non godono di alcun potere discrezionale nella scelta delle informazioni da fornire, la cui individuazione spetta solamente agli Enti affidanti¹⁸⁴.

185. Né è possibile derivare un eventuale divieto alla divulgazione dall'interpretazione proposta dalla Parte circa l'utilizzo dei dati che gli *incumbent* forniscono agli Enti affidanti, i quali in base alla Delibera ART n. 49/2015 avrebbero meramente un valore descrittivo e sarebbero funzionali solo alla pubblicazione dell'avviso di pre-informazione al mercato¹⁸⁵ e non dovrebbero essere inseriti nel PEF simulato poiché questo deve essere basato su un modello gestionale generale e astratto. Al riguardo, infatti, si osserva che siffatta interpretazione delle disposizioni regolamentari è assolutamente smentita dalla Misura 9, punto 1, della Delibera ART n. 49/2015 che prevede che gli Enti affidanti rendano noto “nelle diverse fasi della procedura di gara e nell'ambito dei pertinenti documenti di gara, tutte le informazioni elencate nel Prospetto 1, costituenti il set informativo minimo per le procedure di gara”.

186. Quanto alla possibilità che la richiesta di informazioni potesse cagionare un danno a SAD e, ad esempio, potesse, come asserito dalla Parte, ledere il suo diritto a tenere riservati i dati commercialmente sensibili, in quanto espressione di una specifica organizzazione aziendale, si ritiene che in base al quadro normativo-regolamentare più sopra esposto, i concessionari soggiacciono inderogabilmente all'obbligo di fornire tutti i dati richiesti dagli Enti affidanti, fermo il dovere per questi ultimi di tutelare la riservatezza dei dati, tra quelli richiesti, ritenuti sensibili sotto il profilo commerciale dalle imprese.

187. Ciò significa che l'esercizio del diritto alla riservatezza non legittima l'opposizione di un rifiuto alla trasmissione delle informazioni richieste o la selezione arbitraria delle informazioni da fornire da parte delle imprese, ad esempio, come argomenta SAD, sulla base di una supposta dicotomia tra dati c.d. “di *input*” e dati c.d. “di *output*”. Come emerge dal descritto quadro normativo-regolamentare, infatti, tale bipartizione non è in alcun modo supportata dall'ordinamento.

188. Tali considerazioni valgono tanto più se si considera che, come già affermato *supra*, la Provincia ha più volte fornito, anche in corso di procedimento, la garanzia che la riservatezza dei dati sensibili riferibili a SAD avrebbe trovato adeguata tutela nell'azione amministrativa (cfr. il § 153 *supra*).

189. Il che rende le argomentazioni addotte da SAD circa la legittimità del rifiuto a fornire i dati richiesti e ancora mancanti al momento dell'avvio del presente procedimento, che fanno leva sulla riservatezza e sulla segretezza commerciale delle informazioni pretese dall'Ente affidante, non condivisibili.

¹⁸⁴ V. il doc. 87.

¹⁸⁵ V. il doc. 132, all. 6.

190. Assolutamente prive di pregio, poi, sono anche le altre argomentazioni addotte da SAD per giustificare la propria condotta.

191. Anzitutto, le argomentazioni a specifica difesa della mancata trasmissione delle informazioni sulle residenze degli autisti e sul personale diverso dagli autisti, appaiono inconsistenti. Il fatto che tali informazioni fossero in corso di modifica, nel primo caso, o pertenessero a fattori produttivi che l'impresa non intendeva trasferire all'eventuale nuovo aggiudicatario, o ancora pendesse il giudizio relativo alla legittimità della disdetta dei contratti interaziendali loro comunicata da SAD, nel secondo caso¹⁸⁶, non vale ad esimere l'impresa dominante dall'obbligo informativo su di essa gravante come più sopra configurato.

192. Quanto poi all'asserita illegittimità dell'obbligo di trasferimento del personale, dei presidi logistici e dei mezzi, in quanto beni non "essenziali" e non "indispensabili" secondo la regolazione applicabile, come giustificazione al rifiuto di fornire le informazioni ad essi relative, si osserva che la Parte confonde gli obblighi informativi esistenti in capo ai concessionari uscenti, cui essa si è sottratta, con la legittima pretesa di poter discutere con l'Ente affidante il perimetro dei beni e del personale utilizzati per lo svolgimento del servizio che dovranno essere trasferiti al soggetto subentrante ad esito della Gara. Ogni divergenza di opinioni a quest'ultimo riguardo, infatti, è di norma affrontata nell'ambito della procedura di consultazione pubblica, senza che essa legittimi un rifiuto a fornire le informazioni richieste dall'Ente affidante.

193. Così, ad esempio, ha scelto di comportarsi il Consorzio LiBUS, il quale, diversamente da SAD, si è premurato di specificare che il proprio adempimento alla richiesta di informazioni non doveva essere inteso quale dichiarazione di messa a disposizione all'eventuale subentrante dei beni ai quali tali informazioni afferivano¹⁸⁷. Viceversa, SAD ha esplicitamente e illegittimamente subordinato la trasmissione delle informazioni afferenti al personale e agli immobili utilizzati per lo svolgimento del servizio alla sua eventuale scelta di rinunciarvi¹⁸⁸.

194. Al riguardo preme ribadire che l'eventuale violazione della PAB delle disposizioni contenute nella Delibera ART n. 49/2015 in relazione alla procedura di consultazione degli *stakeholder* interessati alla Gara, evidenziata da SAD, non vale ad escludere l'illiceità ai sensi dell'art. 102 TFUE della mancata fornitura delle informazioni richieste. Infatti, l'eventualità che la scansione temporale seguita dalla PAB nella propria azione amministrativa non sia stata aderente alle prescrizioni regolamentari, questione che l'incumbent ha pieno diritto di rappresentare presso le opportune sedi, non è suscettibile di rendere illegittima la richiesta di informazioni dell'Ente affidante, la cui legittimazione in tal senso deriva, come detto, in primo luogo dalla normativa primaria, né può rappresentare un motivo di liceità della condotta posta in essere da SAD. L'argomentazione di Parte è, dunque, del tutto inconferente rispetto alla contestazione mossa. E in ogni caso, lo si ribadisce, l'eventuale ritardo nello svolgimento della Consultazione da parte della PAB avrebbe potuto semmai ingenerare dubbi circa il perimetro dei beni strumentali al servizio e dunque suscettibili di trasferimento al gestore sub-entrante, ma in alcun modo avrebbe esentato SAD dall'obbligo di fornire le informazioni richieste dalla PAB.

¹⁸⁶ V. il doc. 20, all. 3.

¹⁸⁷ V. il doc. 132, all. 5.

¹⁸⁸ V. il doc. 31, all. 1.

195. Infine, in relazione alla tesi che vorrebbe individuare potenziali effetti anticoncorrenziali nella richiesta di informazioni della PAB, quali un non meglio specificato vantaggio competitivo conferito a SAD rispetto agli altri concorrenti o un indeterminato esito di gara sub-ottimale, si osserva che, come emerge dall'analisi istruttoria, i dati richiesti a SAD avrebbero rappresentato soltanto un riferimento per la quantificazione del costo effettivo del servizio, che non necessariamente sarebbe coinciso con quello che la Provincia avrebbe ritenuto essere il costo efficiente sul quale costruire la base d'asta per ciascun lotto. Di nessun particolare privilegio avrebbe, quindi, beneficiato SAD.

196. Al contrario, l'oggetto della richiesta di informazioni della Provincia trova il proprio fondamento esattamente nella volontà di neutralizzare eventuali vantaggi competitivi detenuti dall'incumbent e di garantire un *level playing field* tra i partecipanti alla gara (*ratio* condivisa anche dalle norme e dalle previsioni regolamentari richiamate *supra*). La condotta posta in essere da SAD, viceversa, palesemente contraddice questo spirito pro-concorrenziale e risulta idonea, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, a distorcere la concorrenza *per* il mercato che si sarebbe esplicata nell'ambito della Gara, poiché consentiva all'impresa di mantenere per sé informazioni che, dovevano, per contro, essere nella disponibilità di tutti i partecipanti, ancorché in forma aggregata.

197. In definitiva, dunque, tutte le argomentazioni addotte da SAD circa la legittimità del rifiuto a fornire i dati richiesti e ancora mancanti al momento dell'avvio del presente procedimento sono evidentemente infondate.

198. Perciò SAD, in quanto unico detentore di informazioni relative al servizio svolto in regime di monopolio legale, indispensabili all'avvio della procedura di gara, era tenuto ai sensi dell'art. 102 TFUE a fornire tutte le informazioni richieste dalla PAB.

VI.3.6 L'intenzionalità e le modalità di attuazione della condotta

199. La pretestuosità delle argomentazioni invocate da SAD rivela anche che le stesse erano volte a celare il reale intento di ostacolare la Gara. Lo scopo anticoncorrenziale emerge ancor più chiaramente, peraltro, se si esamina la condotta tenuta dall'impresa dominante alla luce degli elementi istruttori che documentano le iniziative intraprese da SAD sia prima della vera e propria opposizione del rifiuto a fornire le informazioni indispensabili richieste dalla Provincia sia dopo aver assunto finalmente un atteggiamento collaborativo nell'ambito del sub-procedimento cautelare.

200. Come è emerso nella sez. IV.1 *supra*, infatti, l'insistente presentazione del progetto di PPP, che a differenza di quanto ha inteso SAD, equivocando il contenuto della Comunicazione delle Risultanze Istruttoria¹⁸⁹, nel presente contesto non rappresenta di per sé una condotta anticoncorrenziale addebitata all'impresa dominante (così come non lo sono i ricorsi promossi avverso i provvedimenti della PAB), è un indice del fatto che SAD voleva evitare che il servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma fosse affidato con gara per conservare la continuità della propria attività.

201. In maniera analoga, le quattro comunicazioni inviate alla Provincia e al mercato da SAD il 19, il 20, il 21 marzo 2018 (cfr. il § 68 *supra*) e il 4 giugno 2018 (cfr. il § 72 *supra*), volte ad evidenziare la ritenuta illegittimità dell'azione della PAB in relazione ai beni che avrebbero dovuto essere messi a disposizione dei futuri aggiudicatari, lungi dal rappresentare condotte

¹⁸⁹ V. il doc. 132, all. 6.

anticoncorrenziali ulteriori, indicano comunque che SAD temeva di perdere il possesso dei fattori di produzione per lo svolgimento della propria attività economica (personale, presidi logistici, immobili, etc.) ad esito della Gara.

202. Esse rappresentano, dunque, nient'altro che una manifestazione della contrarietà dell'impresa dominante alla Gara e rivelano le ragioni per le quali SAD ha coltivato un intento dilatorio e ostruzionistico nei confronti dell'azione amministrativa della PAB in relazione alla Gara.

203. La considerazione complessiva di tali elementi, invero, conferma che il rifiuto opposto dall'impresa dominante alla trasmissione completa dei dati richiesti dalla PAB è stato motivato solo ed esclusivamente dalla volontà di evitare che il mercato dei servizi di TPL extraurbano nella provincia di Bolzano venisse aperto alla concorrenza.

204. Infine, le modalità con le quali SAD ha intrapreso tali iniziative e manifestato (anche pubblicamente) le proprie esternazioni dimostrano che la condotta di ostacolo alla Gara oggetto del presente procedimento sia stata accompagnata, non solo da intenzionalità, ma anche da modalità aggressive¹⁹⁰.

VI.3.7 Gli effetti della condotta: il ritardo nella procedura di gara come conseguenza del rifiuto e del ritardo a fornire le informazioni da parte di SAD

205. La documentazione agli atti mostra inequivocabilmente che i comportamenti descritti hanno avuto l'effetto di ritardare l'apertura del mercato al confronto competitivo *per* l'individuazione del soggetto più efficiente per l'offerta dei servizi di TPL nella Provincia di Bolzano.

206. Ciò appare dimostrato dal fatto che la PAB aveva richiesto le informazioni necessarie alla redazione del PEF simulato nel febbraio 2017, chiedendo che le stesse fossero trasmesse entro marzo 2017, ma è stata in grado di ottenerle completamente solo nel marzo del 2018, peraltro solo dopo l'avvio del presente procedimento istruttorio da parte dell'Autorità e solo quando, in pendenza del sub-procedimento cautelare, SAD si è finalmente risolta a fornire i dati mancanti e a porre rimedio a tale lacuna. SAD ha, in altre parole, rifiutato di fornire informazioni che erano nella sua disponibilità per ben quasi dodici mesi, adducendo argomentazioni che, come hanno dimostrato le evidenze agli atti, non valgono a giustificare questo comportamento.

207. Ma l'analisi istruttoria condotta mostra anche che il mancato possesso delle informazioni necessarie alla redazione del PEF ha effettivamente "paralizzato" per diversi mesi l'attività della Provincia. Ciò si spiega in quanto le informazioni che mancavano all'Ente affidante nel gennaio 2018, non solo erano, come argomentato *supra*, indispensabili per la redazione del PEF simulato per tutti i lotti messi a gara, ma riguardavano anche una porzione significativa dei servizi da svolgersi nei quattro bacini territoriali. SAD è, infatti, il principale soggetto *incumbent* attivo nell'offerta del servizio di trasporto di passeggeri extraurbano nella Provincia di Bolzano oggetto della Gara. Dalle informazioni acquisite emerge, infatti, che nel 2017 l'impresa dominante ha prodotto circa il 56% dei 25.929.680 km*anno complessivamente prodotti nella Provincia di Bolzano nell'ambito del servizio di trasporto extraurbano di passeggeri su gomma (pari in valore assoluto a 14.592.382 km*anno). I restanti 11.337.298 km*anno (pari al 43% dei km*anno del

¹⁹⁰ V. i docc. 33, all. 1 e 2, 41, all. 2, relative a comunicazioni che si caratterizzano per i toni aggressivi.

2017)¹⁹¹ sono stati prodotti dalle 19 delle imprese appartenenti al Consorzio LiBUS, ciascuna delle quali dispone, pertanto, di un *asset* informativo circoscritto, non solo in termini assoluti ma anche in considerazione del fatto che, come ribadito più volte, le linee di trasporto gestite da ciascuna imprese aderente a LiBUS non afferiscono mai a più di un lotto.

208. SAD era in possesso, quindi, della maggioranza delle informazioni relative alle caratteristiche tecniche ed economico-organizzative del servizio nei quattro BTO extraurbani. Il rifiuto, e poi il ritardo, di SAD nel fornire tali informazioni ha generato, pertanto, una lacuna significativa che non consentiva l'avvio della procedura di gara nei tempi previsti.

209. E infatti il significativo ritardo nell'ottenimento dell'input necessario perché la PAB potesse effettivamente redigere gli elaborati di gara - ottenimento avvenuto peraltro solo grazie all'intervento dell'Autorità - si è inevitabilmente riverberato sull'intera procedura: la documentazione agli atti, infatti, dimostra che era intenzione della stazione appaltante pubblicare il bando di gara a gennaio 2018 (e precisamente a partire dal 20 gennaio 2018, data dalla quale sarebbe scaduto l'anno di tempo che ai sensi dell'art. 7, par. 2, del Reg. CE n. 1370/2007 deve intercorrere tra la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione al mercato e la pubblicazione del bando), mentre tale pubblicazione è avvenuta soltanto il 6 giugno del medesimo anno, quindi con un ritardo pari a quattro mesi e 17 giorni, che, secondo quanto dichiarato dalla Provincia, non avrebbe consentito di concludere la procedura di aggiudicazione in tempo affinché il nuovo affidatario potesse dare avvio al servizio in concomitanza con la scadenza delle vigenti concessioni (novembre 2018) e già di per sé avrebbe reso necessario il ricorso alla proroga ex art. 5, par. 5, del Reg. n. 1370/2007 delle concessioni vigenti¹⁹².

210. Al riguardo appaiono inconsistenti le argomentazioni di Parte che vorrebbero far credere che la procedura di gara si sia svolta nei tempi fisiologici previsti dal Reg. CE n. 1370/2007 e che l'eventuale ritardo sia addebitabile anzitutto alla Provincia, la quale avrebbe avviato in ritardo la procedura di consultazione¹⁹³. Le evidenze agli atti mostrano, infatti, che la Provincia ha dato avvio, seppur in via informale, alla procedura di consultazione il 13 febbraio 2017, tramite un incontro al quale sono stati invitati sia SAD sia il Consorzio LiBUS¹⁹⁴. Rilevano in questa sede, inoltre, le argomentazioni già svolte in merito alla sussistenza di un obbligo informativo del gestore *incumbent* nei confronti dell'Ente affidante a prescindere della eventuale correttezza formale della procedura amministrativa seguita.

211. Né il fatto che a marzo 2018 la Provincia fosse in possesso delle informazioni richieste può valere a compensare, come vorrebbe SAD, l'effetto dilatorio causato dalle condotte ostative poste in essere da SAD per un anno. L'effettiva disponibilità delle informazioni si è, infatti, concretizzata dopo il termine che la PAB si era inizialmente data per la pubblicazione del bando (gennaio 2018). Tale circostanza, dunque, conferma che quando la Provincia ha ottenuto i dati da SAD il ritardo si era già prodotto.

212. Parimenti, l'avvenuto annullamento del bando in autotutela da parte della Provincia – assolutamente non addebitato a SAD nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, come

¹⁹¹ V. il § 26 supra.

¹⁹² V. il doc. 48.

¹⁹³ V. il doc. 76, 77 e 129.

¹⁹⁴ V. i docc. 1, all. 1 e 132, all. 3.

invece afferma erroneamente l'impresa dominante¹⁹⁵ - non vale rendere irrilevanti le condotte poste in essere dall'impresa dominante¹⁹⁶, ai fini dell'accertamento del ritardo causato dalle stesse. Invero, a prescindere da questo evento, gli elementi istruttori acquisiti mostrano che la procedura è stata indetta dall'Ente affidante in ritardo rispetto ai tempi previsti (giugno 2018) e si sarebbe giocoforza conclusa in ritardo rispetto alla scadenza delle vigenti concessioni (novembre 2018). L'annullamento della Gara è, in altre parole, avvenuto per questioni insorte dopo che l'abuso aveva già esplicato i suoi effetti, e rappresenta, dunque, una circostanza ininfluenza ai fini della valutazione degli effetti delle condotte di SAD.

213. Né, infine, l'esistenza di un nesso causale tra la condotta di SAD e il ritardo subito dalla procedura di gara può essere esclusa dal fatto che il Consorzio LiBUS ha, come SAD medesima, firmato il verbale della procedura di consultazione pubblica in ritardo (2 maggio 2018) e fornito delle specificazioni alle informazioni già trasmesse un anno prima il 7 maggio 2018¹⁹⁷. Al riguardo, invero, si ribadisce che i fatti accertati mostrano che le informazioni considerate indispensabili dalla Provincia e afferenti ai servizi svolti dalle imprese aderenti al Consorzio erano già state fornite nella prima metà del 2017 e che esse erano state considerate sufficienti (cfr. § 49 *supra*).

214. Pertanto, si ritiene che il ritardo dell'iter amministrativo relativo alla Gara sia stato certamente causato dalle condotte di SAD e si sia senza ombra di dubbio tradotto in un ritardo nell'apertura alla concorrenza *per* il mercato del servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano, risultando così idoneo ad arrecare un danno sia ai potenziali concorrenti di SAD sia ai consumatori finali in termini di minore efficienza del servizio.

VII. CONCLUSIONI

215. Tutto ciò premesso, si ritiene che le evidenze a fascicolo dimostrino in maniera univoca come SAD abbia deliberatamente posto in essere una strategia di ostacolo alla Gara attuata dall'impresa *incumbent* consistita nel rifiuto, e poi nel ritardo, a fornire informazioni, acquisite in virtù della posizione di attuale concessionario dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma, che erano solo nella sua disponibilità e che risultavano indispensabili ai fini della predisposizione della documentazione di gara.

216. L'analisi istruttoria ha evidenziato, altresì, che tutte le argomentazioni addotte da SAD per giustificare la propria condotta sono infondate e meramente pretestuose e non valgono a giustificare la mancata o parziale fornitura dei dati richiesti dall'Ente affidante, ovvero il ritardo con il quale gli stessi sono stati poi finalmente trasmessi.

217. Non solo non sussistono giustificazioni tali da poter esimere il comportamento dell'impresa dominante da una valutazione di illegittimità sotto il profilo *antitrust*, ma tale comportamento appare, altresì, motivato dall'intento di assicurarsi il servizio sull'intero bacino provinciale per il tramite di un progetto di PPP, che essa ha insistentemente tentato di far approvare alla PAB tra il febbraio 2016 e l'aprile 2017, o quantomeno di prolungare nel tempo la propria posizione di

¹⁹⁵ V. il doc. 129.

¹⁹⁶ V. il doc. 129.

¹⁹⁷ V. il doc. 129 e 132, all. 4 e 6.

concessionario in esclusiva, e così di scongiurare una gara che avrebbe potuto condurla a perdere o ridurre la sua attuale posizione nel mercato del servizio di TPL extraurbano di passeggeri nella Provincia di Bolzano e a sacrificare gli attuali profitti.

218. Tale condotta ha prodotto i propri effetti: essa ha, infatti, determinato un ritardo di oltre quattro mesi nella pubblicazione del bando di gara, a seguito del quale la PAB sarebbe stata costretta a prorogare gli affidamenti vigenti.

219. Dato il peso che SAD occupa nell'offerta del servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri nella Provincia di Bolzano oggetto della Gara, in quanto concessionario in esclusiva del maggior numero di linee, e la suddivisione delle stesse nei futuri quattro bacini a causa della nuova articolazione geografica del servizio, la condotta di SAD ha condotto al blocco della procedura amministrativa. Tale comportamento non ha consentito il tempestivo avvio delle procedure amministrative propedeutiche all'organizzazione della stessa e ha causato un ritardo di oltre quattro mesi nella apertura nel mercato alla concorrenza.

220. Per tali ragioni, la condotta di SAD integra un abuso di posizione dominante di natura escludente ai sensi dell'art. 102 TFUE, idoneo ad ostacolare la concorrenza *per* il mercato nell'ambito della Gara.

VIII. IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO INTRACOMUNITARIO

221. Il pregiudizio al commercio intracomunitario costituisce uno dei presupposti ai fini dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE. La sussistenza del pregiudizio al commercio fra Stati membri dipende, più in particolare, da un complesso di fattori che, tra l'altro, includono la natura dei prodotti o servizi e la posizione delle imprese interessate¹⁹⁸.

222. Tanto considerato, l'abuso in oggetto riguarda la mancata e ritardata trasmissione di informazioni indispensabili per l'espletamento della gara europea per l'affidamento dei servizi di TPL extraurbano su gomma nella Provincia di Bolzano e conseguentemente appare idoneo a ostacolare la concorrenza *per* il mercato che si sarebbe potuta sviluppare nell'ambito della Gara tra qualificati operatori sia nazionali sia stranieri attivi nell'offerta di servizi di trasporto pubblico locale.

223. Di conseguenza, la fattispecie oggetto del presente procedimento, risultando idonea ad arrecare pregiudizio al commercio tra Stati membri, deve essere valutata ai sensi dell'articolo 102 del TFUE.

IX. GRAVITÀ E DURATA DELL'INFRAZIONE

224. L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, prevede che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della loro gravità e durata, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato dall'impresa responsabile dell'infrazione nell'ultimo esercizio, considerate la gravità e la durata della stessa infrazione.

225. Alla luce dei principi della giurisprudenza comunitaria e nazionale, ai fini della valutazione della gravità dell'infrazione contestata, occorre tenere conto di una pluralità di elementi, tra i quali:

¹⁹⁸ Cfr. Corte di giustizia UE, sent. 11 luglio 2005, C-42/84, Remia BV ed altri c. Commissione; Comunicazione della Commissione UE sulla nozione del pregiudizio al commercio fra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 Trattato CE (2004/C 101/07, in GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004).

la natura delle condotte, l'importanza delle imprese ed il contesto nel quale i comportamenti sono stati posti in essere¹⁹⁹.

226. Per quanto riguarda la gravità dell'abuso contestato, si rileva che il comportamento posto in essere da SAD, consistente nel rifiuto e nel ritardo di fornire informazioni indispensabili ai fini dell'indizione di gare competitive da parte della PAB e ai fini della partecipazione e della predisposizione di offerte concorrenziali da parte dei concorrenti, integrano fattispecie di abuso suscettibili di causare un pregiudizio significativo alle dinamiche competitive che si esplicano nell'ambito delle procedure di affidamento gara.

227. Infatti, il comportamento di SAD è risultato idoneo ad ostacolare e ritardare la realizzazione della Gara e ha consentito alla società di estendere nel tempo la propria posizione di monopolio. Inoltre, le condotte sono risultate idonee a produrre effetti di natura escludente, alterando le dinamiche competitive delle gare e pregiudicando la partecipazione degli altri concorrenti nonché la possibilità degli stessi di competere efficacemente per l'aggiudicazione del servizio che non può prescindere dalla disponibilità di un *set* informativo completo al pari dell'incumbent.

228. Al fine di valutare la gravità dell'infrazione, rileva altresì la circostanza che SAD è monopolista legale nel mercato rilevante dal 1966²⁰⁰, in forza di affidamenti diretti, e che tali mercati sono per la prima volta saranno resi contendibili grazie all'espletamento di una gara per l'aggiudicazione del servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma. L'unica forma di concorrenza possibile è, infatti, come più volte affermato, rappresentata da quella *per* il mercato in sede di gara.

229. Il comportamento ha, poi, interessato un'intera Provincia, quale quella di Bolzano, la cui gara riveste un'importanza assoluta in termini economici e strategici sia per gli attuali concessionari sia per gli operatori concorrenti, italiani e stranieri.

230. Si deve considerare che per costante giurisprudenza, perché una violazione delle norme poste a presidio della concorrenza si possa considerare intenzionale, non è necessario che l'impresa che la pone in essere sia stata conscia di trasgredire tali norme, ma è sufficiente che essa non potesse ignorare che il suo comportamento aveva come scopo la restrizione della concorrenza²⁰¹.

231. Nel caso di specie, non solo SAD non poteva ignorare il carattere illegittimo della propria condotta e le conseguenze che ne derivano dal punto di vista della concorrenza, ma l'attività istruttoria ha dimostrato che essa ha scientemente posto in essere il proprio comportamento.

232. Peraltro, contrariamente a quanto sostiene SAD²⁰², il procedimento in esame non tratta di questioni nuove, dato che esistono altri precedenti dell'Autorità i quali, ancorché in altri settori, le

¹⁹⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 15 luglio 1970, C-45/69, Boehringer Mannheim GmbH v. Commission, punto 53, in Raccolta 1970, p. 769; ripresa e precisata nella sentenza 7 giugno 1983, cause riunite C-100-103/80, Musique Diffusion Française, in Raccolta 1983, p. 1825; e nella sentenza 9 novembre 1983, C-322/81, Michelin, in Raccolta 1983, p. 3461.

²⁰⁰ V. il doc. 132.

²⁰¹ Cfr. Corte di giustizia CE 8 novembre 1983, IAZ punto 35; Tribunale CE 6 aprile 1995 causa T-141/89, Trefileurope, punto 176 e 14 maggio 1998, causa T310/94 Gruber + Weber, punto 259; 12 luglio 2001, British Sugar, punto 127.

²⁰² V. i docc. 129 e 132, all. 4.

hanno già affrontate e le hanno risolte con l'applicazione di una sanzione data la gravità della condotta²⁰³.

233. L'obiettivo anticoncorrenziale è stato peraltro pienamente raggiunto, posto che la Provincia ha bandito la Gara con ritardo e la condotta ha condotto al blocco di una procedura pubblica deputata all'affidamento di un servizio pubblico essenziale. Da questo punto di vista, come già esposto *supra*, l'annullamento della Gara il 6 luglio 2018 non ha azzerato il ritardo subito dalla procedura, dato che lo stesso, alla data dell'annullamento del bando, si era già prodotto. La condotta ha, dunque, prodotto degli effetti concreti.

234. Sulla base di quanto precede si ritiene, dunque, che il comportamento posto in essere da SAD debba essere qualificato come una violazione grave della disciplina posta a presidio della concorrenza.

235. Le altre argomentazioni di Parte addotte a dimostrazione della non gravità della condotta non sono suscettibili di revocare in dubbio tali conclusioni.

236. Innanzitutto, si ricorda che, per consolidata giurisprudenza, l'Autorità gode di ampia discrezionalità nel decidere se ammettere gli impegni a *market test*²⁰⁴. Inoltre, la contezza piena della gravità della condotta può emergere anche successivamente alla pubblicazione degli impegni, ad esito del *market test*. Sotto questo profilo, dunque, l'ammissione degli impegni presentati da SAD al *market test* non comporta alcun legittimo affidamento circa la valutazione di gravità della condotta da essa posta in essere da parte dell'Autorità o contraddizione nella valutazione dell'Autorità medesima.

237. Neanche la trasmissione di tutte le informazioni richieste il 16 marzo 2018 e il fatto che il procedimento in esame ha ad oggetto condotte poste in essere in passato, come rileva SAD²⁰⁵, può far venir meno la gravità della condotta, dal momento che il comportamento finalmente collaborativo messo in atto nel corso del sub-procedimento cautelare costituiva semplicemente l'adempimento di un obbligo di legge, faticosamente ottenuto dopo circa un mese di interlocuzioni avvenute nel corso del richiamato sub-procedimento.

238. Quanto alla durata del comportamento contestato, si osserva preliminarmente che il rifiuto può dirsi iniziato una volta trascorso il termine di trenta giorni posto dalla richiesta di informazioni inoltrata dalla PAB il 20 febbraio 2017, ovvero dunque dal 20 marzo 2017.

239. Il comportamento di SAD nei confronti della PAB è cessato in data 16 marzo 2018, ovvero quando la società ha comunicato all'Ente affidante tutte le informazioni richieste.

240. Pertanto, nel caso di specie il comportamento abusivo è durato 11 mesi e 26 giorni (dal 20 marzo 2017 al 16 marzo 2018).

X. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

241. Una volta accertate la gravità e la durata delle infrazioni poste in essere da SAD, ai fini dell'individuazione dei criteri di quantificazione, occorre tenere presente quanto previsto

²⁰³ V. il provv. 23114 del 14 dicembre 2011 – A432 – Comuni Vari – Espletamento gare affidamento servizio distribuzione gas; provv. 23396 del 14 marzo 2012 – A433 – Affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti solidi urbani nel Comune di Messina.

²⁰⁴ Cfr. Corte Giust., 29 giugno 2010, in causa C-441/07, Commissione c. Alrosa; nella giurisprudenza nazionale v., ex multis, Cons. Stato, 15 maggio 2015, n. 2479; Cons. Stato, 22 settembre 2014, n. 4773.

²⁰⁵ V. i docc. 129 e 132, all. 4.

dall'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, nonché i criteri interpretativi enucleati nelle “*Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità in applicazione dell’articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*” (di seguito, “*Linee Guida*”), deliberate dall’Autorità il 22 ottobre 2014.

242. Alla luce dei punti 7 e seguenti delle Linee Guida, l’importo di base della sanzione si ottiene moltiplicando una percentuale del valore delle vendite, determinata in funzione del livello di gravità dell’infrazione, alla durata della partecipazione di ciascuna impresa all’infrazione. A sua volta il valore delle vendite coincide con il valore delle vendite dei beni o servizi oggetto, direttamente o indirettamente, dell’infrazione, realizzate dall’impresa nel mercato/i rilevante/i nell’ultimo anno intero di partecipazione alla stessa infrazione.

243. In particolare, nel caso di specie, si prende a riferimento il valore delle vendite dei servizi interessati, ossia il fatturato realizzato da SAD nell’ultimo anno intero di partecipazione alla stessa infrazione, ovvero nel 2017, nel mercato relativo all’insieme delle linee di trasporto incluse nella concessione di cui essa è titolare per lo svolgimento del servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano. Il fatturato specifico dei servizi cui si riferisce l’infrazione è complessivamente pari a [0-50 milioni di] euro²⁰⁶, mentre il fatturato complessivamente realizzato in Italia da SAD nel 2017 ammonta a 82,5 milioni di euro circa.

244. Ai fini della determinazione dell’importo base della sanzione, al valore delle vendite come sopra determinato potrà essere applicata una specifica percentuale individuata in funzione della gravità della violazione. Secondo le Linee Guida, in particolare, la proporzione considerata deve essere fissata ad un livello che può raggiungere il 30% del valore delle vendite, “*in funzione del grado di gravità della violazione*” (punto 11).

245. Secondo la consolidata giurisprudenza eurounitaria e nazionale, per valutare la gravità di un’infrazione si deve tenere conto di diversi fattori il cui carattere e la cui importanza variano a seconda del tipo di infrazione e delle circostanze particolari della stessa. Tra questi rilevano principalmente la natura della restrizione della concorrenza, il ruolo e la rappresentatività sul mercato delle imprese coinvolte, il comportamento delle imprese coinvolte e le eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze delle violazioni²⁰⁷.

246. Relativamente alla gravità dell’infrazione, nel richiamare le considerazioni già svolte, occorre tener conto del fatto che SAD è un operatore di medie dimensioni che dispone delle conoscenze giuridiche ed economiche necessarie per conoscere il carattere illegittimo della propria condotta e le conseguenze che ne derivano dal punto di vista della concorrenza.

247. Si rileva, altresì, che l’infrazione in esame, consistente nel ritardo e rifiuto di fornire informazioni necessarie per la realizzazione di una procedura di gara competitiva in mercati per la prima volta resi contendibili dopo circa cinquanta anni, costituisce un abuso di carattere escludente che, tenuto conto del contesto e degli effetti, si connota come una violazione grave della disciplina *antitrust*.

²⁰⁶ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

²⁰⁷ Cfr., a titolo esemplificativo, Consiglio di Stato, sentenze del 9 febbraio 2011, n. 896 e del 16 settembre 2011, nn. 5171 e 5172, in relazione al caso I694 – Listino prezzi della pasta.

248. Sulla base di quanto esposto e applicando i criteri illustrati, l'importo-base della sanzione è stato fissato nella misura di [0-5 milioni di] euro, che rappresenta il [0-5]% del valore delle vendite dei beni a cui si riferisce. Moltiplicando tale importo base per il periodo di durata dell'infrazione, considerato pari a poco meno di un anno (e specificamente 11 mesi e 26 giorni), si è ottenuto un importo di 1.147.275 milioni di euro.

249. In considerazione di quanto sopra, l'importo finale della sanzione è fissato nella misura di 1.147.275 milioni di euro.

RITENUTA la completezza dell'istruttoria svolta e la non necessità del supplemento istruttorio richiesto SAD – trasporto Locale S.p.A. con istanza dell'11 marzo 2019, in quanto attinenti ad accertamenti istruttori già svolti;

RITENUTO che dal 20 marzo 2017 al 16 marzo 2018 SAD – Trasporto Locale S.p.A. abbia posto in essere un abuso di posizione dominante nel mercato dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia Autonoma di Bolzano, in violazione dell'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea;

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

- a) di rigettare l'istanza istruttoria di SAD – Trasporto Locale S.p.A.;
- b) che la società SAD – Trasporto Locale S.p.A. ha posto in essere un abuso di posizione dominante contrario all'articolo 102 del TFUE, consistente nel ritardo e rifiuto di fornire informazioni necessarie ai fini della realizzazione della procedura competitiva per il nuovo affidamento dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma;
- c) che la società SAD – Trasporto Locale S.p.A. si astenga in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata al punto b);
- d) che, in ragione della gravità e durata delle infrazioni di cui al punto b), alla società SAD – Trasporto Locale S.p.A. venga applicata una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari a 1.147.275 milioni di euro.

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera d) deve essere pagata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Tale modello può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane S.p.A. e degli Agenti della Riscossione. In alternativa, il modello può essere presentato telematicamente, con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet www.agenziaentrate.gov.it*.

Ai sensi dell'articolo 37, comma 49, del decreto-legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita IVA, sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Ai sensi dell'articolo 26 della medesima legge, le imprese che si trovano in condizioni economiche disagiate possono richiedere il pagamento rateale della sanzione.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

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 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 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
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1579 - DECRETO DEL MINISTERO PER I BENI E LE ATTIVITÀ CULTURALI - 5 SETTEMBRE 2018 IN TEMA DI CRITERI DI RIPARTIZIONE DEI COMPENSI DOVUTI AGLI ARTISTI INTERPRETI ED ESECUTORI

Roma, 16 aprile 2019

Presidenza del Consiglio dei Ministri
Ministro per i Beni e le Attività culturali

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'esercizio del potere di segnalazione di cui all'articolo 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nell'adunanza del 10 aprile 2019 ha ritenuto opportuno svolgere le seguenti osservazioni in merito a possibili criticità concorrenziali derivanti, in particolare, dall'articolo 2 del Decreto del Ministero per i Beni e le Attività culturali del 5 settembre 2018 recante "Adozione di nuove disposizioni attuative in tema di criteri di ripartizione dei compensi dovuti agli artisti interpreti ed esecutori ai sensi dell'articolo 49, comma 2, del decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 35, di attuazione della direttiva 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multi territoriali per i diritti su opere musicali per l'uso on-line nel mercato interno" (di seguito, anche il Decreto).

In via preliminare, l'Autorità sottolinea che il settore dei diritti connessi è stato oggetto, già a partire dal 2012, di una piena liberalizzazione, cui sono seguiti due importanti interventi normativi. In primo luogo, è intervenuta una riforma complessiva della materia ad opera del Decreto Legislativo 15 marzo 2017, n. 35, che afferma esplicitamente – adeguando la normativa nazionale alla disciplina in materia dell'Unione europea – il principio della libertà del titolare del diritto d'autore e del diritto connesso di affidare la gestione dei propri diritti alla collecting di propria scelta. In secondo luogo, l'articolo 1, comma 56, della Legge 4 agosto 2017, n. 124, Legge annuale per la concorrenza, ha modificato l'articolo 73 della legge 22 aprile 1941, n. 633, Legge sul diritto d'autore (di seguito anche LDA) e ha direttamente inciso sulla materia oggetto del Decreto, sancendo espressamente che, per il diritto connesso degli artisti, interpreti o esecutori (di seguito, gli AIE), l'esercizio "... di tale diritto spetta a ciascuna delle imprese che svolgono attività di intermediazione dei diritti connessi al diritto d'autore ... alle quali il produttore di fonogrammi e gli artisti interpreti o esecutori hanno conferito per iscritto il rispettivo mandato".

Al riguardo, l'articolo 2 del Decreto in esame – nel prevedere la stipulazione di accordi, tra le collecting che rappresentano i diversi contitolari di diritti connessi su una medesima opera, aventi a oggetto le “condizioni, [le] modalità e [i] criteri di ripartizione dei compensi dovuti ai rispettivi mandanti” e, in assenza di tali accordi, il ricorso alla procedura di cui all'articolo 4 del Decreto Legislativo Luogotenenziale 20 luglio 1945, n. 440, – oltre a non apparire coerente con il quadro normativo primario sopra richiamato appare idoneo a vincolare lo sviluppo di corrette dinamiche competitive.

Infatti, tale disposizione, diversamente dai principi affermati dalla normativa primaria, ostacola ingiustificatamente le collecting nell'offerta dei propri servizi in modo autonomo, così impedendo la competizione nel mercato della gestione dei diritti alle migliori condizioni economiche, tecniche e qualitative. L'articolo 2 del Decreto, in altri termini, lungi dal facilitare il corretto funzionamento del mercato, si sostanzia in un'indicazione non proporzionata rispetto al fine di ricomporre possibili discrasie nell'affermazione da parte delle diverse collecting dei diritti dovuti dagli utilizzatori. Queste possibili discrasie, infatti, potrebbero trovare composizione in ambiti diversi e con strumenti diversi che risolvano l'eventuale conflitto caso per caso. Viceversa una concertazione generale preventiva quale quella prospettata nel Decreto rischia di svuotare di contenuto la libertà dei titolari di rivolgersi alla collecting di propria scelta, incentivando un'omogeneizzazione delle condizioni di offerta dei servizi di gestione.

In quest'ottica essa tende a sostituire assetti monopolistici – che non possono essere giustificati, né tantomeno sono necessari sulla base della legislazione vigente – con assetti ugualmente restrittivi della concorrenza. Inoltre, tali accordi vedrebbero l'operatore storico di riferimento in una posizione di indubbio vantaggio negoziale rispetto alle collecting nuove entranti, penalizzando le possibili spinte innovatrici introdotte da queste ultime.

L'articolo 2 del Decreto rischia altresì di recare grave pregiudizio agli aventi diritto e alle collecting sia perché può indurre gli utilizzatori a non versare quanto dovuto in assenza di tali accordi sia perché il ricorso alle procedure previste dall'articolo 4 del Decreto Legislativo Luogotenenziale n. 440/1945, oltre che anacronistico, potrebbe determinare un aumento del contenzioso e una tempistica di gestione dei diritti estremamente lunga e farraginoso.

A ciò si aggiunga che tali accordi non sono necessari al corretto funzionamento del sistema e non rappresentano una soluzione coerente rispetto al tema delle possibili incongruenze tra le pretese affermate dalle collecting che rappresentano i diversi contitolari di diritti. Al riguardo, occorre sottolineare che, nel settore dei diritti connessi la circostanza che i contitolari di diritti su una medesima opera siano rappresentati da enti diversi costituisce un fenomeno diffuso; in quest'ambito, i casi di conflitto, che hanno sino ad oggi avuto un'incidenza limitata, sono già stati affrontati dalla prassi attraverso meccanismi di soluzione dei conflitti e non attraverso accordi che potrebbero incidere sulle strategie di offerta degli operatori.

L'Autorità auspica, pertanto, che l'articolo 2 del Decreto venga tempestivamente superato e, laddove necessario, vengano elaborate soluzioni alternative a quelle prospettate nel Decreto stesso. In particolare, l'Autorità auspica che il tema sotteso a questa disposizione sia affrontato, da un lato, potenziando la certezza e la trasparenza sulla qualificazione degli aventi diritto anche attraverso lo sviluppo di database adeguati e, dall'altro, individuando organismi composti dai rappresentanti delle collecting coinvolte e procedure snelle per la risoluzione dei conflitti, con un approccio caso per caso.

Alla luce di quanto precede, l'Autorità auspica che il Decreto sia oggetto di modifica e che a tali fini le suesposte osservazioni siano tenute in adeguata considerazione, in modo di garantire la piena libertà dei titolari di scelta della collecting cui affidare la gestione dei diritti connessi e il pieno sviluppo di dinamiche competitive nei mercati interessati. In una prospettiva di semplificazione e chiarezza della disciplina vigente, tale rivisitazione potrebbe essere altresì l'occasione per concentrare in un unico testo la disciplina di cui al Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 17 gennaio 2014 ritenuta ancora applicabile.

La presente segnalazione sarà pubblicata sul bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/90.

L'Autorità ringrazia per l'attenzione riservata allo svolgimento dei propri compiti istituzionali.

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

IP316 - VIAGOGO-MERCATO SECONDARIO

Provvedimento n. 27604

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 20 marzo 2019;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTA la Parte II, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante “*Codice del Consumo*” e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO in particolare l'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in base al quale in caso di inottemperanza ai provvedimenti d'urgenza o a quelli inibitori o di rimozione degli effetti, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro e nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTO l'art. 19 del “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*”, adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015;

VISTA la propria delibera n. 26535 del 5 aprile 2017, con la quale l'Autorità ha accertato la scorrettezza della pratica commerciale consistente nella diffusione di informazioni ingannevoli e omissive sul sito internet *viagogo.it*, posta in essere dal maggio 2016 da Viagogo AG (di seguito anche Viagogo);

VISTA la propria delibera n. 27067 del 7 marzo 2018, con la quale l'Autorità ha accertato che il comportamento della società Viagogo AG costituiva violazione dell'art. 27 comma 12, del Codice del Consumo per non aver ottemperato alla suddetta delibera n. 26535 del 5 aprile 2017, con riferimento ad alcuni profili di scorrettezza ivi contestati;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Con provvedimento n. 26535 del 5 aprile 2017 (di chiusura del procedimento PS10610), l'Autorità ha deliberato che le indicazioni ingannevoli e le omissioni informative presenti sul sito internet *www.viagogo.it*, costituissero una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, comma 1, lettera *b*), e 22 del Codice del Consumo. Tra i profili ritenuti scorretti dall'Autorità, comparivano:

- (i) la mancata indicazione del valore facciale di ciascun biglietto posto in vendita;
- (ii) la mancata indicazione del posto e/o della fila del biglietto in vendita (cosiddetta “*seat location*”);

(iii) l'indicazione ingannevole del prezzo complessivo del biglietto.

2. In particolare, rispetto al profilo (i), si rilevava la mancanza, sin dal primo contatto, dell'indicazione relativa al valore facciale (prezzo del mercato primario) di ciascun biglietto posto in vendita, accanto al prezzo richiesto dal venditore. Nel corso del procedimento, il professionista ha inserito, in calce ad un riquadro, l'indicazione "*I prezzi sono stabiliti dal venditore e potrebbero essere superiori o inferiori al valore originale. Il valore originale scritto sul biglietto (tasse escluse) è XX – XX*", riportando il *range* di prezzo del valore facciale dei biglietti. Tale riquadro, denominato "*Informazioni Generali*", era posto in fondo alla pagina dei biglietti in vendita per ogni specifico evento e conteneva una lista di informazioni di varia natura. Al riguardo, l'Autorità ha ritenuto che la mancata predisposizione, da parte del professionista, di un campo a compilazione obbligatoria in cui il venditore dovesse inserire i dati relativi al prezzo di vendita del biglietto sul mercato primario, di fatto impedisse al consumatore di conoscere la differenza tra il valore nominale del biglietto messo in vendita dal rivenditore ufficiale sul mercato primario e il prezzo a cui il biglietto stesso era offerto sul sito di Viagogo. Tale difetto di completezza nel corredo informativo di cui può disporre l'utente di Viagogo è stato ritenuto tale da precludere allo stesso la possibilità di percepire in modo chiaro la reale portata dell'offerta e le caratteristiche qualitative del bene, nonché di apprezzare la convenienza effettiva della sua scelta d'acquisto sul sito di Viagogo, poiché mancava il necessario termine di raffronto sin dalla fase iniziale della decisione di acquisto. L'introduzione, avvenuta nel corso del procedimento, dell'indicazione del *range* complessivo di valori facciali dei biglietti per l'evento selezionato, non appariva in alcun modo idonea a sanare le omissioni descritte, fornendo solo una informazione generica rispetto alla generalità dei biglietti disponibili per l'evento e non specifica rispetto al biglietto del quale il consumatore stava valutando l'acquisto.

3. Nella presentazione delle complessive caratteristiche del servizio offerto, l'Autorità ha ritenuto significativamente rilevante anche la mancata indicazione, nella maggior parte dei casi, del posto e/o della fila a cui il biglietto dava titolo per accedere all'evento (profilo (ii) sopra richiamato), atteso che normalmente veniva indicata soltanto la tipologia e la collocazione del settore cui si avrebbe avuto accesso rispetto al palco (gradinata, tribuna, *parterre* in piedi o prato).

4. L'Autorità ha valutato, in aggiunta, estremamente lacunosa l'indicazione del prezzo complessivo del biglietto - profilo (iii) - che non includeva, sin dalla prima pagina, informazioni puntuali circa gli elementi di costo necessari e prevedibili, nonché indicazioni sulle componenti di costo variabili. Infatti, quando il consumatore selezionava l'evento di interesse, il sito di Viagogo riportava in primo piano unicamente i prezzi di vendita dei biglietti disponibili che, tuttavia, non corrispondevano all'esborso pecuniario finale cui sarebbe andato incontro il consumatore. Anche nella seconda schermata che appariva dopo la scelta dello specifico biglietto prescelto, non venivano descritte le componenti di costo aggiuntive, ma solo una generica dicitura "*Spese di prenotazione, di spedizione, IVA*". In una successiva terza pagina, al consumatore veniva chiesto di registrarsi al sito, fornendo *email*, *password* e dati personali. Solo in una quarta pagina e in una fase avanzata del processo di acquisto, dove si inserivano le informazioni relative al luogo di spedizione dei biglietti, a lato della pagina compariva l'ammontare delle ulteriori componenti di costo "*Commissione sull'ordine, IVA, Consegna sicura dei biglietti*" oppure "*IVA e spese di prenotazione, consegna sicura dei biglietti*". Tali spese incidono in maniera significativa sul prezzo finale e le loro modalità di calcolo non venivano specificate.

5. Alla luce di quanto precede, l'Autorità, con provvedimento n. 26535 del 5 aprile 2017, ha vietato l'ulteriore diffusione della pratica commerciale, comminando una sanzione di trecentomila euro.

6. Con provvedimento n. 27067 del 7 marzo 2018 (di chiusura del procedimento IP284), notificato alla Parte in data 14 marzo 2018, l'Autorità ha accertato che il comportamento della società Viagogo AG costituisse inottemperanza ai tre profili sopra descritti oggetto della pratica commerciale scorretta sanzionata con la delibera del 5 aprile 2017, n. 26535 e ha comminato una sanzione di un milione di euro. In particolare, numerosi consumatori e una Associazione di consumatori avevano lamentato la mancanza di trasparenza nella presentazione del prezzo dei biglietti venduti sul sito *viagogo.it*, essendosi trovati a dover pagare prezzi di gran lunga maggiori di quelli inizialmente prospettati. Altre segnalazioni evidenziavano l'indicazione non trasparente della collocazione dei posti a sedere dei biglietti acquistati.

Dai rilievi effettuati sul sito del professionista in data 24 ottobre 2017 era emerso, con riguardo al profilo (i), che sul sito *viagogo.it* permaneva la mancata indicazione del valore facciale per ogni biglietto posto in vendita. Similmente, non compariva l'indicazione specifica del posto a sedere, di cui al profilo (ii). Con riferimento al profilo (iii), relativo alle modalità di rappresentazione del prezzo complessivo del servizio, sebbene il professionista avesse inserito nella seconda pagina del processo di prenotazione l'indicazione che il prezzo "*Non include: Spese di spedizione, IVA e costi di prenotazione*", il consumatore continuava ad essere reso edotto del prezzo finale solo in fase avanzata del processo di prenotazione, dopo numerose pagine, senza alcuna indicazione dell'entità delle spese preventivamente calcolabili e delle modalità di calcolo di quelle variabili.

7. Sulla base delle segnalazioni pervenute a partire dal mese di marzo 2018¹, è emerso che Viagogo AG abbia continuato a realizzare la pratica commerciale ritenuta scorretta dall'Autorità nell'ambito del procedimento PS10610, con riferimento ai profili i), ii) e iii) sopra descritti, che hanno condotto all'accertamento dell'inottemperanza alla delibera n. 26535 del 5 aprile 2017.

In particolare, i segnalanti che hanno acquistato biglietti sul sito *viagogo.it* hanno lamentato di aver appreso il valore nominale dei medesimi solo dopo la loro ricezione, e quindi di non essere stati edotti sulla reale convenienza dell'offerta al momento della scelta di consumo.

Analogamente, in molte segnalazioni pervenute, i consumatori hanno lamentato che al momento della scelta del biglietto sul sito *viagogo.it* non viene individuata la precisa collocazione del posto a sedere, con la conseguenza che il biglietto ricevuto non ha sempre le caratteristiche attese dal consumatore, comportando talvolta l'impossibilità di fruire del titolo di ingresso.

Infine, numerosissimi consumatori hanno lamentato la mancanza di trasparenza in ordine al prezzo complessivo dell'acquisto, segnalando di aver compreso il costo reale della transazione solo dopo aver effettuato il pagamento. In alcuni casi il prezzo finale è aumentato anche del 30%.

8. Dai rilievi effettuati sul sito del professionista in data 22 febbraio 2019², è emerso, con riguardo al profilo i), che sul sito *viagogo.it* permane la mancata indicazione del valore facciale per ogni biglietto posto in vendita. Analogamente a quanto accertato nel corso per procedimento PS10610, il professionista si limita a specificare in calce ad un riquadro posto in fondo alla pagina dei

¹ Cfr. doc. da 1 a 84 e doc. da 87 a 91.

² Cfr. doc. 85, 86.

risultati di ricerca che *“I prezzi sono decisi dal venditore e potrebbero essere superiori o inferiori al valore nominale. (...) Valore nominale originale per biglietto (spese escluse): xx - xxx EUR”*.

9. Con riguardo al profilo *ii)*, si è rilevato che non compare l’indicazione specifica del posto a sedere, nei casi in cui questa sia invece prevista nel biglietto posto in vendita.

10. Con riferimento al profilo *iii)*, emerge che le modalità di formazione del prezzo nel corso del processo di acquisto presentano profili di ingannevolezza analoghi a quelli oggetto del procedimento PS10610. Infatti, accanto al prezzo inizialmente prospettato non sono indicate spese ulteriori. In calce al riquadro posto in fondo alla pagina dei risultati di ricerca, prima citato, insieme alle informazioni relative al valore nominale del biglietto, viene solo specificato che *“I prezzi non includono i costi di prenotazione e quelli di spedizione (applicabili tramite transazione). Questi costi aggiuntivi saranno calcolati durante il processo di prenotazione”*. Dopo due pagine, senza particolare evidenza viene solo genericamente indicato accanto al prezzo *“Non include Spese di gestione ordine, IVA e costi di prenotazione”*. Dopo ulteriori 3 pagine nelle quali si inseriscono dati personali, a lato della pagina vengono quantificate *“spese di gestione ordine”* di modesta entità. Nell’ultima fase del processo di acquisto, dopo ulteriori tre pagine, senza specifica evidenza, compaiono spese aggiuntive che incrementano il prezzo del biglietto in modo assolutamente significativo.

11. Pertanto, dalle segnalazioni ricevute e sulla base degli accertamenti effettuati, è emerso che Viagogo AG abbia continuato a realizzare la pratica commerciale ritenuta scorretta dall’Autorità con riferimento ai medesimi profili che hanno condotto all’accertamento dell’inottemperanza alla delibera n. 26535 del 5 aprile 2017.

12. Il provvedimento n. 27067 del 7 marzo 2018, con il quale è stata accertata l’inottemperanza, risulta comunicato al professionista in data 14 marzo 2018. Pertanto, dalle evidenze documentali emerge che la pratica commerciale ritenuta scorretta dall’Autorità sia stata nuovamente diffusa successivamente a tale data.

13. Ricorrono, in conclusione, i presupposti per l’avvio del procedimento previsto dall’art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, volto all’irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro, nonché alla sospensione dell’attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

RITENUTO, pertanto, che i fatti descritti parrebbero integrare una fattispecie di reiterata inottemperanza alla delibera dell’Autorità n. 26535 del 5 aprile 2017, ai sensi dell’art. 27, comma 12, del Codice del Consumo;

DELIBERA

a) di contestare alla società Viagogo AG la violazione di cui all’art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, per non avere reiteratamente ottemperato alla delibera dell’Autorità n. 26535 del 5 aprile 2017;

b) l’avvio del procedimento per eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria prevista dall’art. 27, comma 12, del Codice del Consumo;

c) che il responsabile del procedimento è la dott.ssa Silvia Pittatore;

d) che può essere presa visione degli atti del procedimento presso la Direzione C, della Direzione Generale per la Tutela del Consumatore, dell'Autorità, dai legali rappresentanti della società Viagogo AG, ovvero da persone da essa delegate;

e) che entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione del presente provvedimento, gli interessati possono far pervenire all'Autorità scritti difensivi e documenti, nonché chiedere di essere sentiti;

f) che il procedimento deve concludersi entro centoventi giorni dalla data di comunicazione del presente provvedimento.

Ai fini della quantificazione dell'eventuale sanzione pecuniaria prevista dall'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, si richiede a Viagogo AG di fornire copia dell'ultimo bilancio ovvero idonea documentazione contabile attestante le condizioni economiche nell'ultimo anno.

Il presente provvedimento sarà comunicato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

PS11175 - ZUAMI-VENDITA ON LINE*Provvedimento n. 27637*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 10 aprile 2019;

SENTITO il Relatore dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la Parte II, Titolo III, e la Parte III, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "*Codice del Consumo*" e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);VISTO il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*" (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015;

VISTO il proprio provvedimento del 6 dicembre 2018, con il quale è stata deliberata l'adozione della misura cautelare nei confronti di Zuami S.r.l.s., ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LA PARTE

1. La società ZUAMI S.r.l.s. (di seguito anche Zuami o professionista), PIVA 08786421217, in qualità di professionista, ai sensi dell'art. 18, lettera b), del Codice del Consumo, esercita attività di vendita *online* attraverso il proprio dominio *zuami.it*.

II. LE CONDOTTE

2. Il procedimento concerne una seria di condotte poste in essere dal professionista nell'ambito della commercializzazione di prodotti tecnologici attraverso il dominio *web zuami.it*, secondo una particolare modalità di offerta degli stessi, caratterizzata dalla possibile applicazione di sconti rilevanti.

3. In particolare, le condotte poste in essere da Zuami consistono: *a)* nel prospettare sul proprio sito la vendita di prodotti in modo da far ritenere che sia possibile acquistarli ad un prezzo particolarmente scontato senza evidenziare adeguatamente che si tratta di una mera prenotazione e che l'ottenimento del bene è in realtà subordinato alla circostanza che altri consumatori effettuino una analoga prenotazione e provvedano al versamento del relativo importo, omettendo di fornire indicazioni sui tempi di attesa e quindi di consegna del prodotto prenotato, nonché nell'opporre ingiustificati ostacoli al diritto di recesso e di rimborso dei consumatori; inoltre *b)* nel mancato rispetto della disciplina a tutela dei diritti dei consumatori nei contratti, con particolare riguardo al recesso, al foro competente e agli obblighi informativi nei contratti a distanza circa: *i)* l'identità del professionista, *ii)* l'indirizzo della sede sociale e il numero telefonico del professionista; *iii)* il prezzo del bene; *iv)* le condizioni, i termini e le procedure per l'esercizio del diritto di recesso; *v)* il *link* alla piattaforma *On line Dispute Resolution* (ODR) relativo al meccanismo extragiudiziale di reclamo e ricorso e le condizioni per accedervi.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) *L'iter del procedimento*

4. A partire dal mese di maggio 2018 sono pervenute numerose segnalazioni da parte di singoli consumatori e anche dell'associazione Unione per la Difesa dei Consumatori (U.Di.Con. Regione Lazio), nelle quali sono evidenziate condotte scorrette poste in essere da Zuami nella commercializzazione *on line* di prodotti elettronici.

5. In relazione alle condotte denunciate e sopra descritte, in data 14 novembre 2018 è stato comunicato alla parte l'avvio del procedimento istruttorio n. PS11175 per possibile violazione degli articoli 20, 21, comma 1, lettere *b), c) e d)*, 22, 24, 25, 49, comma 1, lettere *b), c), e), h), n) e v)*, 52, 54, 56 e 66 *bis* del Codice del consumo.

6. Contestualmente alla comunicazione di avvio, il professionista è stato invitato, ai sensi dell'art. 8, comma 2, del Regolamento, a presentare memorie scritte e documenti entro 10 giorni dal suo ricevimento, al fine della valutazione dei presupposti per la sospensione provvisoria delle pratiche, ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo.

7. Con provvedimento del 6 dicembre 2018 l'Autorità, ritenendo sussistenti i presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, ha disposto nei confronti di Zuami la sospensione di ogni attività diretta alla vendita di beni ad un prezzo particolarmente scontato attraverso il pagamento di una somma quale "prenotazione" del bene e condizionata alla successiva adesione di altri consumatori che effettuino analogo versamento/prenotazione o al successivo movimento della c.d. lista; nonché la sospensione di ogni attività diretta alla vendita, attraverso il sito internet *zuami.it*, mediante l'addebito anticipato di corrispettivi per prodotti che non risultino pronti per la consegna.

8. In data 12 dicembre 2018, il professionista ha trasmesso la prima memoria difensiva e, in data 19 dicembre 2018, la seconda memoria, nella quale ha comunicato che l'attività di vendita *on line* è stata sospesa a far data dal 17 dicembre 2018 e che "*L'unica attività svolta, in questo momento, dalla società mia assistita, è, pertanto, l'assistenza agli utenti*"¹.

9. Il professionista, in data 21 dicembre 2018, ha proposto istanza di accesso agli atti, che ha avuto luogo in data 7 gennaio 2019.

10. In data 17 gennaio 2019, il professionista ha presentato una proposta di impegni volti a rimuovere i profili di illegittimità delle condotte oggetto di contestazione, ai sensi dell'articolo 27, comma 7, del Codice del Consumo e dell'articolo 9 del Regolamento.

11. Tali impegni sono stati rigettati dall'Autorità nella sua adunanza del 30 gennaio 2019, come comunicato al professionista in data 31 gennaio 2019, in quanto relativi a condotte manifestamente

¹ Cfr. comunicazione del 19 dicembre 2018 (prot. n. 83220). Nello specifico, Zuami ha dichiarato che, in ottemperanza alle statuizioni di cui al provvedimento cautelare dell'Autorità n. 27447 del 6 dicembre 2018, "*ha provveduto, dal 17/12/18, a sospendere ogni attività di vendita descritta nel dispositivo sub a) e sub b) del detto provvedimento, oscurando il sito internet www.zuami.it, a mezzo del quale opera sul mercato delle vendite on line*"; peraltro, Zuami avrebbe anche pubblicato, sulla propria *home page*, il seguente messaggio "*La Zuami srls voleva comunicare a tutti i suoi clienti che da oggi il sito sarà messo temporaneamente off line per permettere all'AGCOM autorità per le garanzie nelle comunicazioni [rectius, AGCM - Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato], di effettuare alcuni controlli e alcune verifiche sulla nostra sicura trasparenza e correttezza nei confronti dei nostri clienti. ... volevamo ricordarvi che l'assistenza è regolarmente attiva negli orari prestabiliti consigliandovi il contatto tramite WhatsApp in quanto più veloce al numero 391.4579163*". Sempre in base a quanto sostenuto dal professionista, "*In calce al detto messaggio, è stato apposto, inoltre, il link del provvedimento in questione*" (Provvedimento Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato).

scorrette e gravi, per le quali l'articolo 27, comma 7, del Codice del Consumo, non può trovare applicazione.

12. In data 8 febbraio 2019 è stata comunicata al professionista la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento.

13. In data 28 febbraio 2019, il professionista ha trasmesso la terza e ultima memoria difensiva.

14. In data 4 marzo 2019 è stata trasmessa la richiesta di parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, pervenuto il 27 marzo 2019.

2) Le evidenze acquisite

15. Il professionista svolge attività di commercializzazione *on-line*, utilizzando il dominio *web zuami.it*, sul quale sono pubblicate le offerte di prodotti tecnologici caratterizzate da una particolare modalità di vendita che consentirebbe l'applicazione di sconti molto rilevanti rispetto al prezzo di listino del bene pubblicizzato (*"Grazie a Zuami, gli utenti possono acquistare prodotti tecnologici (ma anche tanti altri prodotti) a prezzi super scontati, in modo trasparenti, affidabile e garantito. Il nostro obiettivo? Dare la possibilità, a tutti, di acquistare i prodotti che desiderano – anche quando sono molto costosi – a prezzi super scontati"*²).

16. Solo nella pagina del Sito Internet del professionista dedicata alla scheda del singolo prodotto, sono presenti sommarie e incomplete informazioni circa le particolari condizioni che si devono realizzare affinché consumatore possa ottenere il bene al prezzo scontato.

17. Il sistema di vendita *Zuami*, infatti, prevede che il consumatore possa ottenere beni a prezzi scontati solo attraverso l'inserimento della sua prenotazione in una *"lista d'attesa"* e il successivo abbinamento di altre persone nella stessa lista, in modo da *"compensare"* la prenotazione del primo consumatore e consentirgli di ottenere il bene prescelto al prezzo scontato. Pertanto, l'adesione di altri consumatori e la loro iscrizione nella predetta lista rappresentano la condizione indispensabile per conseguire il bene al prezzo scontato, secondo criteri che non sono verificabili dal consumatore.

18. Come infatti illustrato sul Sito del professionista, *"Zuami è un sistema di vendita online che offre la possibilità di acquistare prodotti a prezzi vantaggiosi versando solo una quota del prezzo totale. [...] Devi semplicemente aspettare il naturale processo di compensazione dell'ordine. [...] Nel momento in cui hai effettuato il tuo acquisto a prezzo scontato, non riceverai subito il prodotto ma entrerai in una lista. Tutti gli utenti che effettueranno un acquisto di QUALUNQUE PRODOTTO dopo di te andranno a compensare gli altri prodotti presenti in lista (compreso il tuo)"*³.

19. Il modello di vendita *Zuami* conosce anche una variante rispetto allo schema appena descritto, volta a *"velocizzare il processo"*; in tal caso, il consumatore riceve un *"codice amico"* che può *"utilizzare per invitare altri utenti (amici, parenti, chiunque) ad effettuare un acquisto su zuami.it"*, coinvolgendo così nello schema altri aderenti a proprio beneficio.

Come precisato sul Sito del professionista, *"In questo modo, l'acquisto della persona che userà il tuo codice andrà a compensare DIRETTAMENTE il prezzo del tuo prodotto senza entrare nella*

² Cfr. Verbale acquisizione atti del 30 ottobre 2018, in particolare la sezione *"Chi siamo"* del Sito *Zuami*.

³ Cfr. Verbale acquisizione atti del 30 ottobre 2018, nella sezione *"Come funziona la prenotazione"*, accessibile dalla scheda relativa al prodotto selezionato (sottolineature e maiuscole in originale).

lista di ‘compenso per ordine cronologico’⁴; in sostanza, l’utilizzo di tale facilitazione consente di compensare direttamente il prezzo del prodotto prescelto senza entrare nella lista di attesa.

20. Quanto alla disciplina dei diritti dei consumatori in materia di recesso e rimborso, nelle “*Condizioni di acquisto*” è previsto che, a seguito della prenotazione, “...il cliente ha diritto a richiedere il rimborso della somma versata entro non oltre 14 giorni a decorrere dall’effettivo pagamento. Trascorsi 14 giorni il cliente non può più richiedere la somma versata per la prenotazione del prodotto desiderato...”⁵.

21. Le segnalazioni ricevute attestano che il professionista oppone ingiustificati ostacoli al diritto di recesso e di rimborso dei consumatori acquirenti. In particolare, si lamenta il fatto che, al di là delle particolari e poco chiare caratteristiche del sistema e del relativo funzionamento, sia possibile chiedere il rimborso della somma versata come prenotazione solamente entro 14 giorni dalla prenotazione stessa, ricevendo poi il rimborso dopo 30 giorni dalla richiesta⁶.

22. Peraltro, sul Sito di Zuami, nella sezione “*Diritto di Rimborso*”, è anche prevista la possibilità per il consumatore, una volta effettuata la prenotazione, di “*rinunciare al diritto di rimborso dei 14 giorni*” al fine di “*velocizzare*” l’acquisto, in quanto “*così facendo la barra di compensazione avanzerà fin da subito avendo la possibilità di ricevere il tuo acquisto il prima possibile. Questa scelta, comporterà la rinuncia definitiva a richiedere il rimborso della somma versata*”⁷. In sostanza, il consumatore, confermando la sua definitiva e irrevocabile adesione allo schema, acquisisce priorità ai fini del conseguimento del bene. In ogni caso rimane ferma la facoltà dell’utente di procedere al riscatto del prodotto prenotato.

23. Con riferimento alla tempistica per il rimborso, ai sensi dell’art. 5.2 delle citate “*Condizioni di acquisto*”, è previsto un ampio termine di 30 giorni che Zuami si riserva per procedere alla restituzione della somma versata dai consumatori, decorrente dal momento in cui la società viene a conoscenza della volontà dell’acquirente di recedere.

24. Il modello di vendita Zuami contempla, peraltro, quale modalità di uscita dal sistema della lista, anche la possibilità di “*riscattare il prodotto che hai pagato a prezzo scontato, versando la*

⁴ Cfr. Verbale acquisizione atti del 30 ottobre 2018, in particolare la sezione “*Come funziona la prenotazione*” del sito di Zuami (sottolineatura e maiuscole in originale).

⁵ Cfr. la parte intitolata “*Rimborso prenotazione*” (priva di numerazione), Verbale acquisizione atti del 30 ottobre 2018. Si noti che le “*Condizioni di acquisto*” pubblicate in tale data sul sito *Zuami.it* risultano incomplete in quanto non sono visibili gli articoli 2, 3, 13-15 (tra i quali le previsioni in tema di recesso) nonché gli articoli 17-20, mentre altre disposizioni sono riportate senza tuttavia indicare la numerazione dell’articolo (“modalità di stipulazione del contratto” e “rimborso prenotazione”).

⁶ Cfr. segnalazione prot. 54314 del 18/07/2018, in cui un consumatore lamenta il rifiuto di rimborso da parte di Zuami, motivato in base al fatto che fossero trascorsi più di 14 giorni dalla prenotazione; tale consumatore non ha ricevuto il prodotto prenotato, nonostante una lunga permanenza nella lista (oltre 100 giorni) e un cambio lista sollecitato dalla stessa Zuami per accelerare il processo di compensazione e la consegna del bene prenotato. Nella segnalazione prot. 75372 del 12/11/2018, un consumatore denuncia il mancato rimborso a fronte del recesso esercitato nel previsto termine dei 14 giorni dalla prenotazione. In merito alla segnalazione prot. 10811 dell’8/1/2019, la stessa Zuami conferma, nella memoria conclusiva, di non aver dato seguito alla richiesta di rimborso in quanto presentata oltre il termine dei 14 giorni dalla prenotazione. Nella segnalazione prot. 19037 del 18/02/2019, un consumatore, lamentando il mancato rimborso da parte di Zuami, segnala che la società ha dichiarato che il rimborso non è previsto dal contratto, non ha più risposto alle sue Pec e non ha dato seguito alla richiesta di ottenere copia delle condizioni contrattuali. Anche nella segnalazione prot. 18900 del 18/02/2019, un consumatore lamenta che Zuami ha negato il rimborso della somma versata essendo trascorso il previsto termine di 14 giorni dalla prenotazione.

⁷ Cfr. Verbale acquisizione atti del 30 ottobre 2018.

*differenza per averlo subito senza attesa*⁸; in particolare, sul Sito si prevede espressamente che “*il riscatto del prodotto può avvenire solo ed esclusivamente dopo 60 giorni dalla prenotazione. Per riscattare il bene bisognerà versare tramite bonifico o bollettino postale la restante parte del prezzo completo, più il 20% sulla differenza versata*”⁹.

25. Ai descritti elementi di criticità si aggiungono ulteriori carenze informative, dal momento che sul Sito di Zuami sono omesse adeguate informazioni relative: i) all’identità del professionista; ii) all’indirizzo della sede sociale e al numero telefonico; iii) al prezzo del bene; iv) alle condizioni i termini e le procedure per l’esercizio del diritto di recesso; v) al promemoria sull’esistenza della garanzia legale di conformità; vi) al *link* alla piattaforma *On line Dispute Resolution* (ODR) relativo al meccanismo extragiudiziale di reclamo e ricorso e le condizioni per accedervi; vii) al Foro del consumatore.

3) Le argomentazioni difensive della Parte

26. Nel corso del procedimento, il professionista ha fornito informazioni generali circa il sistema Zuami, ribadendo più volte di aver esercitato la propria attività con la massima serietà e trasparenza e di aver consegnato numerosi prodotti senza alcun ritardo e nel pieno rispetto delle condizioni contrattuali previste sul proprio sito *web zuami.it*.

27. Zuami, in primo luogo, ha evidenziato che erano presenti sul suo Sito Internet i propri dati identificativi, il numero di telefono, e.mail aziendale, sede legale e codice fiscale della società.

28. Nella prima memoria difensiva, Zuami ha precisato di aver indicato in modo chiaro e intellegibile le condizioni e il meccanismo contrattuale, da cui si evincerebbe, a differenza di quanto contestato, che “*la compensazione del bene già prenotato avviene anche per tramite di versamento successivo (effettuato da altro cliente) per una quota di danaro inferiore a quella versata per la prima prenotazione (di lì il motto “tutti compensano tutti”) senza limiti di tempo o alcun altro vincolo, ad esclusione della prenotazione che verrebbe effettuata tramite ‘codice amico’*”, nel qual caso l’80% della somma versata serve a compensare l’“amico” che ha ceduto il codice e il residuo 20% va a compensare l’intera lista di appartenenza¹⁰.

29. Quanto alla possibilità di riscatto del bene a prezzo pieno, il professionista ha affermato che il riscatto non è mai stato richiesto dagli utenti e che, comunque, il termine di 60 giorni per poterne fare richiesta non è più previsto nelle condizioni contrattuali. Conseguentemente, il riscatto adesso sarebbe sempre possibile, a prezzo di mercato con eventuale maggiorazione del 20% solo in caso di prezzo “sottomercato”, e la consegna del prodotto riscattato avverrebbe entro 30 giorni¹¹.

30. Il professionista ha peraltro precisato che il sistema Zuami, finalizzato alla vendita *on-line* di beni a prezzi scontati e non al mero reclutamento di persone, è fondato sulla realizzazione di gruppi di acquisto, volti a ottenere ingenti quantitativi di merce a prezzi contenuti dai grossisti. Inoltre, Zuami ha precisato di essere estraneo alla creazione e gestione delle liste, che sarebbero

⁸ Cfr. sezione del Sito “*Come funziona la prenotazione*”, Verbale acquisizione atti del 30 ottobre 2018.

⁹ Cfr. sezione del Sito “*Riscatto prodotto*” – “*Funzionamento riscatto prodotto*”, Verbale acquisizione atti del 30 ottobre 2018 (sottolineatura in originale).

¹⁰ Cfr. memoria del 81731 del 12/12/2018. Zuami ha evidenziato che il meccanismo di funzionamento del sistema sarebbe ormai noto, essendo rappresentato in un *tutorial* richiamato sul sito *zuami.it* e presente sui più importanti *social network*.

¹¹ Cfr. memoria del 81731 del 12/12/2018.

organizzate dai consumatori e risulterebbero accessibili a seguito di prenotazione senza necessariamente “*portare un amico*”¹².

31. Nell’ultima memoria difensiva del 28 febbraio 2019, il professionista, dopo aver sottolineato la corretta ottemperanza alla misura cautelare adottata dall’Autorità, avendo attuato la sospensione “*tuttora persistente*” di ogni attività diretta alla vendita attraverso il sito *zuami.it.*, ha sostenuto l’impossibilità di ricondurre il sistema Zuami a uno schema piramidale illecito ai sensi della legge n. 17/2005 (in realtà non contestato dall’Autorità), ribadendo la legittimità, chiarezza e trasparenza dell’attività svolta attraverso il sito *zuami.it.*, diretta alla vendita di beni *on-line* e non al reclutamento di persone, nonché delle relative condizioni contrattuali. A detta del professionista, la condizione per ottenere il bene al prezzo scontato è rappresentata dalla prenotazione da parte di altri consumatori e dalla loro contestuale iscrizione nella unica lista di acquisto, gestita dai consumatori, il cui funzionamento e scorrimenti dipende dalla cronologia degli ordini, senza possibilità di interferenze da parte di Zuami.

32. A conferma di quanto esposto, Zuami ha fatto presente di aver consegnato 2.100 prodotti in un anno di attività e di aver realizzato una serie di misure (al 17 gennaio 2019)¹³, già presentate come impegni e rigettati dall’Autorità, oltre ad aver ottemperato al provvedimento cautelare dell’Autorità, sospendendo il proprio sito.

33. Il professionista ha dichiarato di essersi attivato per migliorare la comprensione del modello di vendita, rendere maggiormente esplicite le condizioni di contratto e apportare notevoli miglioramenti alla grafica e ai contenuti del sito. Al riguardo, Zuami avrebbe inserito nel portale e nel regolamento contrattuale le informazioni relative a: identità del professionista, indirizzo della sede sociale, numero di telefono, indirizzo e-mail, condizioni e termini per l’esercizio del diritto di recesso con il *link* al relativo modulo, piattaforma *On line Dispute Resolution* (ODR), Foro del Consumatore.

34. Per quanto concerne la contestazione relativa agli ostacoli posti al diritto di recesso e rimborso dei consumatori, Zuami ha dichiarato di aver provveduto, dal 7 novembre 2017 ad oggi, ad effettuare tutti i rimborsi richiesti, senza opporre alcun ostacolo all’esercizio del diritto di rimborso.

IV. PARERE DELL’AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

35. Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento è stata diffusa tramite internet, in data 4 marzo 2019 è stato richiesto il parere all’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell’art. 27, comma 6, del Codice del Consumo.**35.** Con comunicazione pervenuta in data 27 marzo 2019, la suddetta Autorità ha trasmesso la delibera n. 79/19/CONS, nella quale ha espresso il parere richiesto limitando le proprie valutazioni all’attitudine dello specifico mezzo di comunicazione, utilizzato per diffondere la pratica commerciale, a incidere e amplificare l’eventuale ingannevolezza e/o scorrettezza della medesima pratica.

36. In particolare, la suddetta Autorità, considerato che “*con riferimento al caso di specie, il consumatore, in conseguenza delle informazioni presenti sul sito de quo, allettato dall’offerta di prodotti a prezzi tanto scontati potrebbe procedere all’acquisto dei prodotti stessi, così*

¹² Cfr. memorie prot. 12664 del 17/01/2019 e prot. 21296 del 28/02/2019.

¹³ Cfr. memoria prot. 12664 del 17/01/2019 e successiva memoria del 28/02/2019 prot. 21296.

sviluppando in concreto la piena potenzialità promozionale della comunicazione on line”, ha ritenuto che, nel caso di specie, il mezzo *Internet* sia uno strumento idoneo a influenzare significativamente la realizzazione delle condotte oggetto della richiesta di parere.

V. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

37. L'istruttoria in esame riguarda il settore dell'*e-commerce*, con specifico riferimento alla commercializzazione *on-line* di prodotti tecnologici mediante l'adozione di schemi di vendita peculiari e articolati, che si discostano dalle ordinarie modalità di offerta di beni su *Internet*.

In tale contesto, connotato dalla spersonalizzazione del rapporto d'acquisto e dalla posizione di inevitabile asimmetria informativa in cui versa il consumatore, si impone la necessità di assicurare la correttezza delle relazioni commerciali, a partire dal momento dell'aggancio dell'utente attraverso una chiara e completa rappresentazione del meccanismo di offerta che si pubblicizza e del conseguente vincolo contrattuale, per consentire una scelta commerciale consapevole dapprima in ordine all'acquisto e poi alla prosecuzione del rapporto contrattuale.

38. Sotto questo profilo si deve evidenziare che il professionista ha adottato una struttura di vendita astrattamente riconducibile al modello del c.d. *Buy&Share*, in quanto basata sulla creazione di gruppi di acquisto volti a conseguire prezzi vantaggiosi per i consumatori, nella quale però, a differenza dello schema tipico del *Buy&Share*, il venditore stesso (*Zuami*) si pone in realtà come organizzatore dell'intero processo di vendita.

39. In base al modello di vendita *Zuami*, il consumatore-acquirente è chiamato ad aderire all'offerta pubblicizzata effettuando il pagamento di una somma di solito pari al 30% del valore del bene prescelto e, successivamente, per ottenere quanto ordinato al prezzo scontato, deve attendere lo scorrimento della *lista* in cui viene inserito. Tale circostanza si realizza esclusivamente a seguito dei pagamenti effettuati, a titolo di ulteriori prenotazioni di prodotti, da parte di altri consumatori che aderiscono a loro volta all'offerta *Zuami*.

40. Nel caso di specie il professionista, a fronte del complesso *iter* imposto ai consumatori, risulta aver fornito una rappresentazione incompleta, poco trasparente e non veritiera in merito ai seguenti elementi (i) il prezzo di offerta dei prodotti, subordinato a condizioni imprevedibili e aleatorie, (ii) i termini e le condizioni del "Programma" proposto, (iii) la natura effettiva degli impegni che il consumatore assume, ed infine (iv) il meccanismo del processo di vendita e i tempi di attesa ai fini della consegna del prodotto nonché le reali possibilità di conseguire i beni prenotati.

41. Siffatte omissioni e ambiguità informative sono tali da indurre in errore il consumatore medio facendogli assumere una decisione di natura commerciale, in merito all'acquisto *on line* mediante il meccanismo di vendita *Zuami*, che altrimenti non avrebbe preso.

42. In particolare, risulta gravemente decettiva la modalità di prospettazione del prezzo "scontato" utilizzata dal professionista. Infatti, quello che viene presentato come prezzo di acquisto in realtà si riferisce solo alla *prenotazione*, costituendo un rilevante elemento di persuasione verso il consumatore e realizzando il c.d. effetto aggancio.

43. Successivamente alla prenotazione, dopo aver effettuato il versamento della somma richiesta, l'aderente non viene correttamente informato del fatto che, per conseguire il bene prenotato, verrà inserito in una lista di attesa gestita interamente dal professionista secondo criteri ignoti ai consumatori e che dovrà aspettare, per un periodo di tempo che non è in alcun modo indicato,

affinché si compia “*il processo di compensazione dell’ordine*” grazie agli acquisti effettuati da altri acquirenti oppure potrà attivarsi direttamente al fine di trovare altri soggetti disposti ad aderire all’offerta Zuami (c.d. “*codice amico*”).

44. La mancata informativa da parte di ZUAMI in ordine ai criteri di funzionamento della lista “*di compenso per ordine cronologico*” e l’assenza di trasparenza sul numero di acquirenti presenti in lista, sul loro posizionamento e sui tempi di avanzamento, determinano l’impossibilità per i consumatori che effettuino una prenotazione di verificare lo stato della loro permanenza all’interno della lista e i tempi di scorrimento della graduatoria; in ultima analisi, il consumatore è ingannato in merito alla tempistica di compensazione della lista e alla possibilità che poi avvenga realmente la consegna dei beni prenotati.

45. Alla luce di quanto sopra esposto, emerge la natura gravemente ingannevole della condotta posta in essere da Zuami, in grado di indurre i consumatori ad aderire all’offerta di vendita pubblicizzata sulla base di una prospettazione decettiva.

Infatti, i consumatori, ingannevolmente attratti dalla prospettiva di acquistare il prodotto reclamizzato a un prezzo particolarmente scontato, si trovano iscritti in una lista di attesa di cui non conoscono né possono verificare tuttavia i meccanismi di funzionamento e, soprattutto, i tempi di scorrimento. In tal modo, gli acquirenti, non essendo correttamente informati sulla tempistica di permanenza in lista, sono costretti ad attendere, dopo aver versato l’importo della prenotazione, un tempo imprecisato e imprevedibile, venendo quindi gravemente ingannati sull’effettiva possibilità di ottenere la consegna del prodotto prenotato.

46. All’ingannevole prospettazione della vendita a prezzi notevolmente scontati di prodotti tecnologici si aggiunge, sulla base delle risultanze istruttorie, la condotta del professionista consistente nell’ostacolare l’esercizio dei diritti dei consumatori, con particolare riguardo alla possibilità di recesso. In proposito, si evidenzia che le condizioni generali di contratto presenti sul sito di Zuami non disciplinano l’ipotesi di recesso successivamente alla consegna del bene, limitandosi a prevedere che il cliente possa chiedere il rimborso della somma versata per la prenotazione entro e non oltre 14 giorni dall’effettivo pagamento.

47. In sostanza, come sopra visto, il consumatore, come unico meccanismo di uscita dal processo di acquisto Zuami e dalla “lista” di attesa, una volta trascorsi i 14 giorni dalla prenotazione, può solo avvalersi della possibilità di “riscattare” il bene pagando il prezzo pieno del prodotto “*più il 20% sulla differenza versata*”; tale facoltà, oltre a comportare un sovrapprezzo per il consumatore, è peraltro esercitabile solo dopo 60 giorni dalla prenotazione, quando ormai non è più possibile chiedere il rimborso dell’importo versato a titolo di prenotazione.

48. Alla luce di tutto quanto fin qui esposto, la pratica commerciale in esame, posta in essere da Zuami in relazione alla vendita *on-line* di prodotti tecnologici, consistente nel prospettare con informazioni decettive la possibilità di acquistare beni a prezzi estremamente scontati, omettendo di indicare le condizioni in base alle quali dovrebbe poi avvenire la consegna dei beni, *i.e.* la movimentazione della lista, e nell’ostacolare l’esercizio da parte dei consumatori dei diritti previsti dal Codice del Consumo, risulta gravemente scorretta, integrando una fattispecie ingannevole e aggressiva, in quanto idonea a indurre in errore i consumatori e ad esercitare su di essi un indebito condizionamento in relazione alla proposta contrattuale, limitandone la libertà di scelta e di comportamento, in tal modo inducendoli ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso in ordine all’adesione all’offerta e al diritto di risolvere un

contratto, in violazione degli articoli 21, comma 1, lettere b), c), d), 24 e 25 del Codice del Consumo.

49. Inoltre, sulla base di quanto sopra illustrato, le condotte realizzate dal professionista costituiscono altresì una violazione della disciplina a tutela dei diritti dei consumatori, con specifico riferimento agli obblighi informativi nei contratti a distanza circa i) l'identità del professionista, ii) l'indirizzo della sede sociale e numero telefonico del professionista, iii) il prezzo del bene, iv) le condizioni, termini e procedure per l'esercizio del diritto di recesso, v) il *link* alla piattaforma *On line Dispute Resolution* (ODR), nonché con riguardo alle norme sul recesso (non previsto dopo la consegna del bene), sul rimborso (per cui è indicato un termine di 30 giorni superiore a quello normativamente previsto di 14 giorni) e infine sul Foro competente, ponendosi in contrasto con gli articoli 49, comma 1, lettere, b), c), e), h), v), 52, 56 e 66 *bis* e del Codice del Consumo

VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

50. Ai sensi dell'art. 27, comma 9, del Codice del Consumo, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

51. In caso di procedimento che abbia ad oggetto una pluralità di illeciti amministrativi accertati, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire come in presenza di una pluralità di condotte dotate di autonomia strutturale e funzionale, ascritte alla responsabilità dei professionisti, si applica il criterio del cumulo materiale delle sanzioni, in luogo del cumulo giuridico (cfr. tra le altre, Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 209 del 19 gennaio 2012).

52. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

53. Con riguardo alle infrazioni poste in essere da Zuami, nel valutare la gravità delle violazioni si tiene conto dell'entità complessiva del pregiudizio economico potenzialmente derivante ai consumatori, della dimensione del professionista, il quale risulta operare almeno dall'inizio del 2018, e delle specificità del settore dell'*e-commerce*, che pone il consumatore acquirente in una posizione di inevitabile asimmetria informativa rispetto al professionista, nonché delle modalità di diffusione dell'offerta e del mezzo impiegato per veicolare contenuti informativi, ossia il sito internet aziendale del professionista, strumento suscettibile di raggiungere un elevato numero di consumatori.

54. Per quanto concerne la durata delle violazioni, dagli elementi disponibili in atti risulta che le condotte in esame sono state poste in essere da ZUAMI S.r.l.s. almeno a partire dal mese di maggio 2018 e sono cessate il 17 dicembre 2018¹⁴, a seguito della sospensione disposta dal professionista in virtù del provvedimento cautelare adottato dall'Autorità il 6 dicembre 2018.

55. Alla luce di tali elementi, con specifico riferimento alla pratica commerciale scorretta posta in essere in violazione degli articoli 21, 24 e 25 del Codice del Consumo, si ritiene congruo

¹⁴ Nota prot.83220 del 19-12-2018.

determinare la sanzione amministrativa pecuniaria applicabile alla società Zuami nella misura di 80.000 € (ottantamila euro).

56. Per quanto riguarda il mancato rispetto delle norme del Codice del Consumo che disciplinano i diritti dei consumatori nei contratti a distanza e il foro competente, in violazione degli articoli 49, comma 1, lettere *b)*, *c)*, *e)*, *h)* e *v)*, 52, 56 nonché 66 *bis* del Codice del Consumo, si ritiene congruo determinare una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 20.000 € (ventimila euro).

RITENUTO, pertanto, tenuto conto del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale scorretta posta in essere da Zuami costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una violazione degli artt. 21, comma 1, lettere *b)*, *c)* e *d)*, 24 e 25, del Codice del Consumo, in quanto idonea a presentare in maniera fuorviante la possibilità di acquistare prodotti tecnologici a prezzi scontati nonché a condizionare indebitamente il consumatore medio in ordine all'esercizio di diritti contrattuali;

RITENUTO, pertanto, tenuto conto del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che le condotte poste in essere da Zuami con riguardo alla violazione dei diritti dei consumatori nei contratti a distanza costituiscono, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, comportamenti illeciti ai sensi degli articoli artt. 49, comma 1, lettere *b)*, *c)*, *e)*, *h)* e *v)*, 52, 56 nonché 66 *bis* del Codice del Consumo, in quanto il professionista non ha assolto l'obbligo informativo ivi prescritto e non ha rispettato la disciplina dettata a tutela dei consumatori;

DELIBERA

a) che le condotte descritte al punto II, lettera *a)*, del presente provvedimento, poste in essere dalla società Zuami S.r.l.s. e consistenti nell'ingannevole prospettazione della possibilità di acquistare beni tecnologici a un prezzo scontato, nonché nell'ostacolo all'esercizio dei diritti dei consumatori, costituiscono, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli articoli 21, comma 1, lettere *b)*, *c)* e *d)*, 24 e 25 del Codice del Consumo e ne vieta la diffusione o reiterazione;

b) che le condotte descritte al punto II, lettera *b)*, del presente provvedimento, poste in essere dalla società Zuami S.r.l.s. in relazione ai diritti dei consumatori nei contratti a distanza, costituiscono, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, violazioni degli articoli 49, comma 1, lettere *b)*, *c)*, *e)*, *h)* e *v)*, 52, 56, nonché 66 *bis* del Codice del Consumo e ne vieta la diffusione o reiterazione;

c) che, con riferimento alla pratica commerciale descritta *sub a)*, alla società Zuami S.r.l.s. sia irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria di 80.000 € (ottantamila euro);

d) che, con riferimento alle condotte descritte *sub b)*, alla società Zuami S.r.l.s. sia irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria di 20.000 € (ventimila euro).

e) che il professionista comunichi all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui alle lettere a) e b).

Le sanzioni amministrative irrogate devono essere pagate entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997.

Il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di home-banking e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito internet www.agenziaentrate.gov.it.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'art. 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio della documentazione attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza al provvedimento, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

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

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

PS11211 - GLADIATORI ROMA/BAZAZA.IT-LISTAPRO.IT-VENDITA ON LINE

Provvedimento n. 27638

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 10 aprile 2019;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la Parte II, Titolo III, e la Parte III, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "*Codice del Consumo*" e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*" (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015;

VISTO il proprio provvedimento del 14 novembre 2018, con il quale è stato disposto l'accertamento ispettivo, ai sensi dell'art. 27, commi 2 e 3, del Codice del Consumo, presso la sede della società Gladiatori Roma S.r.l.s.;

VISTO il proprio provvedimento del 6 dicembre 2018, con il quale è stata deliberata l'adozione della misura cautelare nei confronti di Gladiatori Roma S.r.l.s., ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LA PARTE

1. La società Gladiatori Roma S.r.l.s. (di seguito anche Gladiatori o professionista), P.I. 12940581007, in qualità di professionista, ai sensi dell'art. 18, lettera *b*), del Codice del Consumo, esercita attività di vendita attraverso i domini *web bazaza.it* (risultante *off-line* al momento dell'avvio del presente procedimento) nonché *listapro.it* (ancora attivo alla data dell'ultima rilevazione del 7 febbraio 2019¹).

II. LE CONDOTTE

2. Il procedimento concerne una serie di condotte poste in essere dal professionista, nell'ambito della commercializzazione di prodotti tecnologici attraverso i domini *web bazaza.it* e *listapro.it*, secondo una particolare modalità di offerta degli stessi, caratterizzata dalla possibile applicazione di sconti rilevanti.

3. In particolare, le condotte poste in essere dal professionista consistono: *a*) nel prospettare sul proprio sito la vendita dei prodotti in modo da far ritenere che sia possibile acquistarli a un prezzo particolarmente scontato senza evidenziare adeguatamente che si tratta di una mera prenotazione e che l'ottenimento del bene è in realtà subordinato alla circostanza che altri consumatori effettuino una prenotazione e provvedano al versamento del relativo importo, omettendo di fornire indicazioni sui tempi di attesa e, quindi, di consegna del prodotto prenotato, nonché nell'opporre ingiustificati ostacoli al diritto di recesso e di rimborso dei consumatori; inoltre *b*); nel mancato

¹ Cfr. Verbale acquisizione atti del 7 febbraio 2019.

rispetto della disciplina a tutela dei diritti dei consumatori nei contratti, con particolare riguardo al recesso, al foro competente e agli obblighi informativi nei contratti a distanza circa: i) l'indirizzo della sede sociale e il numero telefonico del professionista; ii) il prezzo del bene; iii) le condizioni, i termini e le procedure per l'esercizio del diritto di recesso; iv) il promemoria sull'esistenza della garanzia legale di conformità; v) il *link* alla piattaforma *On line Dispute Resolution* (ODR) relativo al meccanismo extragiudiziale di reclamo e ricorso e le condizioni per accedervi.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) *L'iter del procedimento*

4. A partire dal mese di aprile 2018 sono pervenute numerose segnalazioni di consumatori, nelle quali venivano evidenziate condotte scorrette poste in essere da Gladiatori nella commercializzazione *on line* di prodotti elettronici.

5. In relazione alle condotte sopra descritte, in data 14 novembre 2018 è stato comunicato alla Parte l'avvio del procedimento istruttorio PS11211 per possibile violazione degli artt. 20, 21, comma 1, lettere *b), c) e d)*, 22, 24, 25 49, comma 1, lettere *c), e), h), n) e v)*, 52, 54, 56 e 66 *bis* del Codice del Consumo.

6. Contestualmente alla comunicazione di avvio, il professionista è stato invitato, ai sensi dell'art. 8, comma 2, del Regolamento, a presentare memorie scritte e documenti entro 10 giorni dal suo ricevimento, al fine della valutazione dei presupposti per la sospensione provvisoria delle pratiche, ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo.

7. In data 16 novembre 2018 si sono svolti accertamenti ispettivi nella sede del professionista, deliberati dall'Autorità con provvedimento del 14 novembre 2018, al fine di acquisire documentazione utile a provare l'esistenza delle condotte oggetto del procedimento.

8. Con provvedimento del 6 dicembre 2018 l'Autorità, ritenendo sussistenti i presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, ha disposto nei confronti di Gladiatori la sospensione di ogni attività diretta alla vendita di beni ad un prezzo particolarmente scontato attraverso il pagamento di una somma quale "prenotazione" del bene e condizionata alla successiva adesione di altri consumatori che effettuino analogo versamento/prenotazione o al successivo movimento della c.d. lista; nonché la sospensione di ogni attività diretta alla vendita, attraverso il sito *internet* <http://www.listapro.it>, mediante l'addebito anticipato di corrispettivi per prodotti che non risultino pronti per la consegna.

9. In data 8 febbraio 2019 è stata comunicata alle Parti la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento.

10. In data 4 marzo 2019 è stata trasmessa la richiesta di parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, pervenuto poi il 26 marzo 2019.

11. Il professionista non è intervenuto nel procedimento, non ha trasmesso scritti difensivi né ha fornito le informazioni richieste e i dati relativi ai risultati economici, che non risultano disponibili presso fonti ufficiali.

2) *Le evidenze acquisite*

12. Il professionista svolge attività di commercializzazione *on-line* utilizzando i domini *web* *bazaza.it* e *listapro.it*, sui quali sono pubblicate le offerte di prodotti tecnologici caratterizzate da

una particolare modalità di vendita che consentirebbe l'applicazione di sconti molto rilevanti rispetto al prezzo di listino del bene pubblicizzato.

13. Solo nelle pagine dei suddetti Siti Internet dedicate alla scheda del singolo prodotto, sono presenti sommarie e incomplete informazioni circa le particolari condizioni che si devono realizzare affinché il consumatore possa ottenere il bene al prezzo scontato.

14. Il sistema di vendita adottato da *Gladiatori*, infatti, prevede che il consumatore possa ottenere i beni a prezzi scontati solo attraverso l'inserimento della sua prenotazione in una "lista d'attesa" e il successivo abbinamento di altre persone nella stessa lista, in modo da "compensare" la prenotazione del primo consumatore e consentirgli di ottenere il bene prescelto al prezzo scontato. Come testualmente indicato nella *homepage* del sito *listapro.it*, "*Prenotando il tuo prodotto entrerai in lista. Grazie agli altri acquisti completerai il tuo ordine. Completato il tuo ordine riceverai l'oggetto direttamente a casa tua*"².

15. Con particolare riferimento al meccanismo di funzionamento del sistema di vendita del sito *listapro.it*, è previsto che l'importo versato a titolo di prenotazione sia destinato a costituire la base della somma necessaria a coprire l'acquisto del bene scelto mentre il restante 85% deve "compensare" il primo consumatore iscritto nella lista ("*L'importo versato sarà ripartito in percentuale in questo modo: il 15% della cifra da te investita rimarrà nel tuo ordine e farà da base per il tuo prodotto Il restante 85% andrà a compensare il primo della lista*")³. Pertanto, l'adesione di altri consumatori e la loro iscrizione nella predetta lista rappresentano la condizione indispensabile per ottenere il bene al prezzo scontato, secondo criteri non verificabili dal consumatore.

16. Per quanto concerne il diritto di rimborso, in base alle condizioni generali di vendita pubblicate da *Gladiatori* su entrambi i siti sopra indicati, è previsto che l'acquirente possa ottenere l'eventuale rimborso entro 30 giorni dalla data in cui il professionista sia venuto a conoscenza della causa che genera il diritto al rimborso (art. 4)⁴. Inoltre, sul sito *bazaza.it*, nella pagina "Come funziona", alla sezione "Cambio e rimborso", è ulteriormente indicato che "*Non è possibile gestire il cambio dell'ordine ma è possibile effettuare il rimborso andando sul dettaglio dell'ordine in fondo alle pagine, cliccare sul pulsante 'rimborso'. Il rimborso sarà totale se richiesto entro i 15 giorni oppure con pagamento di una penale dopo il quindicesimo giorno*"⁵. Dalla documentazione probatoria è emerso che l'importo della penale applicata ai consumatori non risulta predeterminato dal professionista, trattandosi di una percentuale che viene stabilita in relazione ai singoli casi e quindi in misura variabile⁶.

17. Con riferimento al diritto di recesso, la disciplina contrattuale prevede che "*l'acquirente ha il diritto di recedere dal contratto stipulato, senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo.... Il termine utile per avvalersi di tale diritto è di 14 gg lavorativi (sabato compreso) dalla*

² Cfr. Verbale acquisizione atti del 30 ottobre 2018.

³ Cfr. Verbale acquisizione atti del 30 ottobre 2018, sezione "Come funziona la lista" del sito web del professionista. Analogo meccanismo, con percentuali lievemente differenti, era presente anche sul sito *bazaza.it*, come emerge dal Verbale acquisizione atti del 30 agosto 2018.

⁴ Cfr. i Verbali di acquisizione agli atti del 30 ottobre 2018, relativi a ciascuno dei due siti utilizzati da *Gladiatori*.

⁵ Cfr. Verbale acquisizione atti del 30 ottobre 2018.

⁶ Cfr., *ex multis*, segnalazioni prot.44696 del 30 maggio 2018 e prot.59716 del 16 agosto 2018.

prenotazione o/e dal ricevimento della merce come previsto per legge” (art. 11). Tuttavia, sul sito *bazaba.it*, è ulteriormente specificato che *“Chiunque prenota utilizzando il gruppo di acquisto ‘BazazaGrup’ riunica al diritto di recesso sulla prenotazione”* (art. 11, terzo capoverso, delle condizioni di vendita presenti sul sito *bazaba.it*).

18. Dalle risultanze istruttorie è emerso che il professionista ha opposto ingiustificati ostacoli all’esercizio del diritto di recesso e di rimborso anche a fronte di richieste pervenute entro il termine dei 14 giorni dalla prenotazione e/ dal ricevimento del bene, sebbene formalmente previsto dalle condizioni generali di contratto di Gladiatori, nonché a fronte del pagamento delle penali previste in caso di adesione al sistema *bazaba.it*.

19. Infatti, numerosi consumatori, dopo aver prenotato alcuni prodotti ed aver occupato per diverso tempo la medesima posizione nella lista in cui erano stati inseriti, si sono visti negare il rimborso richiesto anche ed indipendentemente dal pagamento di una penale. Nello specifico, in risposta alle richieste di rimborso e a seguito di numerosi solleciti dei consumatori, il professionista si limitava a dichiarare che era in corso una sospensione dei rimborsi⁷.

20. Quanto all’osservanza degli obblighi informativi nei contratti a distanza, sul sito *listapro.it*, attivo anche dopo l’avvio del presente procedimento, risultano omesse le informazioni relative: i) all’indirizzo della sede sociale e al numero telefonico del professionista; ii) al prezzo del bene; iii) alle condizioni, i termini e le procedure per l’esercizio del diritto di recesso; iv) al promemoria sull’esistenza della garanzia legale di conformità; v) al *link* alla piattaforma *On line Dispute Resolution* (ODR) relativo al meccanismo extragiudiziale di reclamo e ricorso e le condizioni per accedervi; vi) al Foro del consumatore.

L’accertamento ispettivo

21. In data 16 novembre 2018 si svolgeva un’ispezione presso la sede legale del professionista risultante dalla visura camerale.

Le verifiche effettuate consentivano di accertare che, in realtà, il legale rappresentante della società era un professionista non residente in Italia⁸ e che la sede indicata nella visura corrispondeva a quella di un commercialista che è stato nominato domiciliatario legale del professionista, il quale ha chiarito che gli unici rapporti intercorsi con Gladiatori non avevano natura professionale ed erano configurabili come meri servizi di domiciliazione ed intermediazione⁹.

22. L’attuale domiciliatario dichiarava di aver ricoperto la carica di legale rappresentante di Gladiatori per circa tre anni, dal 27 giugno 2014 al 6 luglio 2017, e che successivamente la società

⁷ Cfr. segnalazioni prot.44696 del 30 maggio 2018, prot.52601 del 10 luglio 2018 e prot.60147 21 agosto 2018. Cfr. anche segnalazioni prot.59716 del 16 agosto 2018, prot.34215 del 12 agosto 2018, prot.53531 del 13 luglio 2018, prot.56283 del 27 luglio 2018, prot.58753 dell’8 agosto 2018, prot.55334 del 23 luglio 2018, in cui si segnala la condotta del mancato rimborso da parte del professionista, nonostante le richieste avanzate dai consumatori.

⁸ Nessuno dei soggetti interpellati, nonostante i rapporti contrattuali intercorrenti, è stato in grado di fornire un recapito telefonico dell’attuale rappresentante legale e pertanto non è stato possibile procedere ad ulteriori accertamenti circa lo svolgimento dell’attività.

⁹ Il dichiarante ha in particolare sostenuto che *“a seguito della cessione quote del luglio 2017, unico incarico conferitoci è la domiciliazione legale peraltro limitata alla sola corrispondenza come risulta da contratto. Da quella data, pur avendo richiesto all’amministratore di ottemperare incarichi professionali, questa richiesta è sempre stata disattesa. Unici incarichi formali richiesti sono le pratiche camerali eseguite nel luglio 2017, la presentazione della SCIA nel febbraio 2018 e la relativa pratica di comunicazione alla CCIAA di Roma di apertura di unità locale e messa in attività della società, invio della dichiarazione annuale IVA, pratiche camerali eseguite a giugno 2018.”*

era stata acquisita dal sig. [omissis]* il quale, in data 22 giugno 2018, aveva poi ceduto Gladiatori a colui che risulta esserne attualmente legale rappresentante ed unico socio, non residente in Italia.

Le argomentazioni difensive della Parte

23. Il professionista non ha depositato alcuna memoria difensiva né ha trasmesso alcuna informazione nel corso del procedimento.

IV. PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

24. Poiché le condotte oggetto del presente provvedimento sono state diffuse a mezzo Internet, in data 4 marzo 2019 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 27, comma 6, del Codice del Consumo.

25. Con comunicazione pervenuta in data 26 marzo 2019, la suddetta Autorità ha trasmesso la delibera n. 82/19/CONS, nella quale ha espresso il parere richiesto limitando le proprie valutazioni all'attitudine dello specifico mezzo di comunicazione, utilizzato per diffondere la pratica commerciale, a incidere e amplificare l'eventuale ingannevolezza e/o scorrettezza della medesima pratica.

26. In particolare, la suddetta Autorità, considerato che *“con riferimento al caso di specie, il consumatore, in conseguenza delle informazioni presenti sui siti de quo (di cui uno attualmente off line) e allettato dall'offerta di prodotti a prezzi tanto scontati potrebbe procedere all'acquisto dei prodotti stessi, così sviluppando in concreto la piena potenzialità promozionale della comunicazione on line”*, ha ritenuto che, nel caso di specie, il mezzo Internet sia uno strumento idoneo a influenzare significativamente la realizzazione delle condotte oggetto della richiesta di parere.

V. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

27. L'istruttoria in esame riguarda il settore dell'*e-commerce*, con specifico riguardo alla commercializzazione *on-line* di prodotti tecnologici mediante l'adozione di schemi di vendita peculiari e articolati, che si discostano dalle ordinarie modalità di offerta di beni su Internet.

In tale contesto, connotato dalla spersonalizzazione del rapporto d'acquisto e dalla posizione di inevitabile asimmetria informativa in cui versa il consumatore, si impone la necessità di assicurare la correttezza delle relazioni commerciali, a partire dal momento dell'aggancio dell'utente attraverso una chiara e completa rappresentazione del meccanismo di offerta che si pubblicizza e del conseguente vincolo contrattuale, per consentire una scelta commerciale consapevole dapprima in ordine all'acquisto e poi alla prosecuzione del rapporto contrattuale.

28. Sotto questo profilo si deve evidenziare che il professionista ha adottato una struttura di vendita astrattamente riconducibile al modello del c.d. *Buy&Share*, in quanto basata sulla creazione di gruppi di acquisto volti a conseguire prezzi vantaggiosi per i consumatori, nella quale però, a differenza dello schema tipico del *Buy&Share*, il venditore Gladiatori si pone esso stesso come organizzatore dell'intero processo di acquisto.

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

29. In base al modello di vendita adottato da Gladiatori, l'acquirente è chiamato ad aderire all'offerta pubblicizzata effettuando il pagamento di una somma di solito pari al 30% del valore del bene prescelto e, successivamente, per ottenere quanto prenotato al prezzo scontato, deve attendere lo scorrimento della lista in cui viene inserito. Tale circostanza si realizza esclusivamente a seguito dei pagamenti effettuati, a titolo di ulteriori prenotazioni di prodotti, da parte di altri consumatori che aderiscono a loro volta all'offerta pubblicizzata.

30. Nel caso di specie il professionista, a fronte del complesso *iter* imposto ai consumatori, risulta aver fornito una rappresentazione incompleta, poco trasparente e non veritiera in merito ai seguenti elementi: (i) il prezzo di offerta dei prodotti, subordinato a condizioni imprevedibili e aleatorie, (ii) i termini e alle condizioni del "Programma" proposto, (iii) la natura effettiva degli impegni che il consumatore assume, ed infine (iv) il meccanismo del processo di vendita e i tempi di attesa ai fini della consegna del prodotto nonché le reali possibilità di conseguire i beni prenotati.

31. Siffatte omissioni e ambiguità informative sono tali da indurre in errore il consumatore medio facendogli assumere una decisione di natura commerciale, in merito l'acquisto *on line* mediante il meccanismo di vendita Gladiatori, che altrimenti non avrebbe preso.

32. In particolare, risulta gravemente decettiva la modalità di prospettazione del prezzo "scontato" utilizzata dal professionista. Infatti, quello che viene presentato come prezzo di acquisto in realtà si riferisce solo alla *prenotazione*, costituendo un rilevante elemento di persuasione verso il consumatore e realizzando il c.d. effetto aggancio

33. Successivamente alla prenotazione, dopo aver effettuato il versamento della somma richiesta, l'aderente non viene correttamente informato del fatto che, per conseguire il bene prenotato, verrà inserito in una lista interamente gestita dal professionista secondo criteri non verificabili dai consumatori e che dovrà aspettare in tale lista, per un periodo di tempo che non è in alcun modo indicato, in attesa che si compia il processo di abbinamento di altri acquirenti che, grazie ai loro acquisti, gli consentiranno di "completare" l'ordine.

34. La mancata informativa da parte Gladiatori in ordine ai criteri di funzionamento della lista e l'assenza di trasparenza sul numero di acquirenti presenti nella lista, sul loro posizionamento e sui tempi di avanzamento, determinano l'impossibilità per i consumatori che effettuino una prenotazione di verificare lo stato della loro permanenza all'interno della lista e i tempi di scorrimento della graduatoria; in ultima analisi, il consumatore è ingannato in merito alla tempistica di "completamento dell'ordine" e alla possibilità che poi avvenga realmente la consegna dei beni prenotati

35. Alla luce di quanto sopra esposto, emerge la natura gravemente ingannevole della condotta posta in essere da Gladiatori, in grado di indurre i consumatori ad aderire all'offerta di vendita pubblicizzata sulla base di una prospettazione decettiva.

Infatti, i consumatori, ingannevolmente attratti dalla prospettiva di acquistare il prodotto reclamizzato a un prezzo particolarmente scontato, si trovano iscritti in una lista di attesa di cui non conoscono né possono verificare tuttavia i meccanismi di funzionamento e, soprattutto, i tempi di scorrimento. In tal modo, gli acquirenti, non essendo correttamente informati sulla tempistica di permanenza in lista, sono costretti ad attendere, dopo aver versato l'importo della prenotazione, un tempo imprecisato e imprevedibile, venendo quindi gravemente ingannati sull'effettiva possibilità di ottenere la consegna del prodotto prenotato.

36. All'ingannevole prospettazione della vendita a prezzi notevolmente scontati di prodotti tecnologici, sulla base delle risultanze istruttorie, si aggiunge la condotta del professionista consistente nell'ostacolare l'esercizio dei diritti dei consumatori, con particolare riguardo alla possibilità di recesso dal contratto. Infatti, la documentazione probatoria attesta che il professionista non ha dato seguito alle reiterate istanze di rimborso dei consumatori, a fronte di richieste regolarmente pervenute entro il termine dei 14 giorni dalla prenotazione e successivamente dal ricevimento del bene, neppure richiedendo il pagamento delle penali previste nel sistema *bazaza.it*. Come visto, il professionista si è limitato, in alcuni casi, in risposta ai molteplici solleciti dei consumatori, a dichiarare che era in corso una sospensione dei rimborsi¹⁰.

37. Alla luce di tutto quanto fin qui esposto, la pratica commerciale in esame, posta in essere da Gladiatori in relazione alla vendita *on-line* di prodotti tecnologici, consistente nel prospettare con informazioni decettive la possibilità di acquistare beni a prezzi estremamente scontati, omettendo di indicare le condizioni in base alle quali dovrebbe poi avvenire la consegna dei beni, *i.e.* la movimentazione della lista, e nell'impedire di fatto l'esercizio da parte dei consumatori dei diritti previsti dal Codice del Consumo risulta gravemente scorretta, integrando una fattispecie ingannevole e aggressiva, in quanto idonea a indurre in errore i consumatori e ad esercitare su di essi un indebito condizionamento in relazione alla proposta contrattuale, limitandone la libertà di scelta e di comportamento, in tal modo inducendoli ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso in ordine all'adesione all'offerta e al diritto di risolvere un contratto, in violazione degli articoli 21, comma 1, lettere b), c), d), 24 e 25 del Codice del Consumo.

38. Inoltre, sulla base di quanto sopra illustrato, le condotte realizzate dal professionista costituiscono altresì una violazione della disciplina a tutela dei diritti dei consumatori, con specifico riferimento agli obblighi informativi nei contratti a distanza circa i) l'indirizzo della sede sociale e il numero telefonico del professionista; ii) il prezzo del bene; iii) le condizioni, i termini e le procedure per l'esercizio del diritto di recesso; iv) il promemoria sull'esistenza della garanzia legale di conformità; v) il *link* alla piattaforma *On line Dispute Resolution* (ODR); nonché con riguardo alle norme sul recesso e sul rimborso (per cui è indicato un termine di 30 giorni superiore a quello normativamente previsto di 14 giorni) e infine sul Foro competente, ponendosi in contrasto con gli articoli 49, comma 1, lettere c), e), h), n) e v), 52, 56, comma 1, e 66 *bis* del Codice del Consumo.

VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

39. Ai sensi dell'art. 27, comma 9, del Codice del Consumo, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

40. In caso di procedimento che abbia ad oggetto una pluralità di illeciti amministrativi accertati, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire come in presenza di una pluralità di condotte dotate di autonomia strutturale e funzionale, ascritte alla responsabilità dei professionisti, si applica il

¹⁰ Cfr. segnalazioni prot.44696 del 30 maggio 2018, prot.52601 del 10 luglio 2018 e prot.60147 21 agosto 2018. Cfr. anche segnalazioni prot.59716 del 16 agosto 2018, prot.34215 del 12 agosto 2018, prot.53531 del 13 luglio 2018, prot.56283 del 27 luglio 2018, prot.58753 dell'8 agosto 2018, prot.55334 del 23 luglio 2018, in cui si segnala la condotta del mancato rimborso da parte del professionista, nonostante le richieste avanzate dai consumatori.

criterio del cumulo materiale delle sanzioni, in luogo del cumulo giuridico (cfr. tra le altre, Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 209 del 19 gennaio 2012).

41. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

42. Con riguardo alle infrazioni poste in essere da Gladiatori, nel valutare la gravità delle violazioni si tiene conto dell'entità complessiva del pregiudizio economico potenzialmente derivante ai consumatori, della dimensione del professionista e delle specificità del settore dell'*e-commerce*, che pone il consumatore acquirente in una posizione di inevitabile asimmetria informativa rispetto al professionista, nonché delle modalità di diffusione dell'offerta e del mezzo impiegato per veicolare contenuti informativi, ossia i siti internet *listapro* e *bazaza* usati del professionista, strumento suscettibile di raggiungere un elevato numero di consumatori.

43. Per quanto riguarda la durata delle violazioni contestate, dagli elementi disponibili in atti risulta che le condotte contestate sono state poste in essere almeno a partire dal mese di aprile 2018 e sono ancora in corso.

44. Sulla base di tali elementi, con specifico riferimento alla pratica commerciale scorretta posta in essere in violazione degli articoli 21, 24 e 25 del Codice del Consumo, si ritiene congruo determinare la sanzione amministrativa pecuniaria applicabile alla società Gladiatori nella misura di 150.000 € (centocinquanta euro).

45. Per quanto riguarda il mancato rispetto delle norme del Codice del Consumo che disciplinano i diritti dei consumatori nei contratti a distanza e il foro competente, in violazione degli articoli 49, comma 1, lettere *c)*, *e)*, *h)*, *n)* e *v)*, 52, 56 nonché 66 *bis* Codice del Consumo, si ritiene congruo determinare una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 50.000 € (cinquantamila euro).

RITENUTO, pertanto, tenuto conto del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale scorretta posta in essere da Gladiatori costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una violazione degli artt. 21, comma 1, lettere *b)*, *c)* e *d)*, 24 e 25, del Codice del Consumo, in quanto idonea a presentare in maniera fuorviante la possibilità di acquistare prodotti tecnologici a prezzi scontati nonché a condizionare indebitamente il consumatore medio in relazione all'esercizio di diritti contrattuali;

RITENUTO pertanto, tenuto conto del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che le condotte poste in essere da Gladiatori con riguardo alla violazione dei diritti dei consumatori nei contratti a distanza costituiscono, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, comportamenti illeciti ai sensi degli artt. 49, comma 1, lettere *c)*, *e)*, *h)*, *n)* e *v)*, 52, 56 nonché 66 *bis* Codice del Consumo, in quanto il professionista non ha assolto l'obbligo informativo ivi prescritto e non ha rispettato la disciplina dettata a tutela dei consumatori;

DELIBERA

a) che le condotte descritte al punto II, lettera a), del presente provvedimento, poste in essere dalla società Gladiatori Roma S.r.l.s. e consistenti nell'ingannevole prospettazione della possibilità di acquistare beni tecnologici a un prezzo scontato nonché nell'ostacolo all'esercizio dei diritti dei consumatori, costituiscono, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 21, comma 1, lettere b), c) e d), 24 e 25 del Codice del Consumo e ne vieta l'ulteriore diffusione o reiterazione;

b) che le condotte descritte al punto II, lettera b), del presente provvedimento, poste in essere dalla società Gladiatori Roma S.r.l.s. in relazione ai diritti dei consumatori nei contratti a distanza costituiscono, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, violazione degli articoli 49, comma 1, lettere c), e), h), n) e v), 52, 56 nonché 66 *bis* del Codice del Consumo e ne vieta l'ulteriore diffusione o reiterazione;

c) che, con riferimento alla pratica commerciale descritta *sub a)*, alla società Gladiatori Roma S.r.l.s., sia irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria di 150.000 € (centocinquanta euro);

d) che, con riferimento alle condotte descritte *sub b)*, alla società Gladiatori Roma S.r.l.s., sia irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria di 50.000 € (cinquantamila euro).

e) che il professionista comunichi all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui ai punti a) e b).

Le sanzioni amministrative irrogate devono essere pagate entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997.

Il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di home-banking e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito internet www.agenziaentrate.gov.it.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'art. 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio della documentazione attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza al provvedimento, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

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

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

PS11261 - 66X100.COM- VENDITA ON LINE

Provvedimento n. 27639

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 10 aprile 2019;

SENTITO il Relatore dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la Parte II, Titolo III, e la Parte III, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "*Codice del Consumo*" e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*" (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015;

VISTO il proprio provvedimento del 6 dicembre 2018, con il quale è stata deliberata la non adozione della misura cautelare, ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo in quanto l'impresa individuale E CO WORLD di Sorrentino Enrico ha comunicato la sospensione della pratica oggetto della presente delibera;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LA PARTE

1. L'impresa individuale E CO WORLD di Sorrentino Enrico (di seguito anche 66x100 o professionista), P.I. 05491840871, in qualità di professionista, ai sensi dell'art. 18, lettera *b*), del Codice del Consumo, esercita attività di vendita *online* sul proprio dominio *web 66x100.com* dalla fine del 2017.

II. LE CONDOTTE

2. Il procedimento concerne le condotte poste in essere dal professionista, consistenti nella commercializzazione di prodotti tecnologici attraverso il dominio *web 66x100.com*, secondo una particolare modalità di offerta degli stessi, caratterizzata dalla possibile applicazione di sconti rilevanti.

3. In particolare, le condotte poste in essere dal professionista consistono: *a*) nel prospettare sul proprio sito la vendita dei prodotti in modo da far ritenere che sia possibile acquistarli ad un prezzo particolarmente scontato senza evidenziare adeguatamente che si tratta di una mera prenotazione e che l'ottenimento del bene è in realtà subordinato alla circostanza che altri consumatori effettuino una analoga prenotazione e provvedano al versamento del relativo importo, omettendo di fornire indicazioni sui tempi di attesa e quindi di consegna del prodotto prenotato, nonché nell'opporre ingiustificati ostacoli al diritto di recesso e di rimborso dei consumatori; inoltre *b*) nel mancato rispetto della disciplina a tutela dei diritti dei consumatori nei contratti, con particolare riguardo al recesso, al foro competente e agli obblighi informativi nei contratti a distanza circa: *i*) l'identità del professionista, *ii*) l'indirizzo della sede sociale e il numero telefonico del professionista; *iii*) il prezzo del bene; *iv*) le condizioni, i termini e le procedure per l'esercizio del diritto di recesso; *v*) il

link alla piattaforma *On line Dispute Resolution* (ODR) relativo al meccanismo extragiudiziale di reclamo e ricorso e le condizioni per accedervi.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) *L'iter del procedimento*

4. A partire dal mese di febbraio 2018 sono pervenute numerose segnalazioni di consumatori, nelle quali venivano evidenziate condotte scorrette poste in essere dal professionista nella commercializzazione *on line* di prodotti elettronici.

5. In relazione alle condotte denunciate e sopra descritte, in data 14 novembre 2018 è stato comunicato alla Parte l'avvio del procedimento istruttorio n. PS11261 per possibile violazione degli artt. 20, 21, comma 1, lettera *b)*, *c)* e *d)*, 22, 24, 25, 49, comma 1, lettera *b)*, *c)*, *e)*, *h)*, *e v)*, 52, 54, 56 e 66 *bis* del Codice del Consumo.

6. Contestualmente alla comunicazione di avvio, il professionista è stato invitato, ai sensi dell'art. 8, comma 2, del Regolamento, a presentare memorie scritte e documenti entro 10 giorni dal suo ricevimento, al fine della valutazione dei presupposti per la sospensione provvisoria delle pratiche, ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo.

7. In data 26 novembre 2018, il professionista ha trasmesso la prima memoria difensiva.

8. In data 3 dicembre 2018, il professionista ha comunicato di aver sospeso unilateralmente la pratica oggetto di contestazione da parte dell'Autorità e di aver modificato il portale trasformandolo in un normale sito *e-commerce*¹.

9. Con provvedimento del 6 dicembre 2018 l'Autorità, alla luce della sospensione unilaterale della pratica da parte del professionista, ha deliberato di non adottare il provvedimento cautelare di sospensione.

10. In data 17 dicembre 2018, si è tenuta l'audizione richiesta dal professionista e sono pervenute le informazioni richieste in sede di avvio del procedimento.

11. In data 31 dicembre 2018, il professionista ha presentato una proposta di impegni (successivamente integrata in data 25 gennaio 2019) volti a rimuovere i profili di illegittimità delle condotte oggetto di contestazione, oggetto di contestazione, ai sensi dell'articolo 27, comma 7, del Codice del Consumo e dell'articolo 9 del Regolamento.

12. Tali impegni sono stati rigettati dall'Autorità nella sua adunanza del 30 gennaio 2019, come comunicato al professionista in data 31 gennaio 2019, in quanto relativi a condotte manifestamente scorrette e gravi, per le quali l'articolo 27, comma 7, del Codice del Consumo, non può trovare applicazione.

13. In data 8 febbraio 2019 è stata comunicata alle Parti la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento.

14. In data 21 febbraio 2019, il professionista ha trasmesso la seconda e ultima memoria difensiva.

15. In data 4 marzo 2019 è stata trasmessa la richiesta di parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, pervenuto poi il 26 marzo 2019.

¹ Cfr. Nota prot.79865 del 3 dicembre 2018

2) *Le evidenze acquisite*

16. Il professionista svolge attività di commercializzazione *on line*, utilizzando il dominio *web 66x100.com*, su cui sono pubblicate le offerte di prodotti tecnologici caratterizzate da una particolare modalità di vendita che consentirebbe l'applicazione di sconti molto rilevanti rispetto al prezzo di listino del bene pubblicizzato (*"Puoi avere prodotti di altissimo valore con un fortissimo sconto, che in media va dal 66 al 100%...e tutto questo anche senza bisogno di inviate amici a fare acquisti su 66x100"*²).

17. Solo nella pagina del Sito Internet del professionista dedicata alla scheda del singolo prodotto, sono presenti sommarie e incomplete informazioni circa le particolari condizioni che si devono realizzare affinché il consumatore possa ottenere il bene al prezzo scontato.

18. Il sistema di vendita 66x100, infatti, prevede che il consumatore possa ottenere il bene scelto a prezzo scontato solo mediante l'inserimento della sua prenotazione in una *"lista d'attesa"*, previo pagamento di una somma di denaro a titolo di prenotazione, e il successivo abbinamento di altre persone nella stessa lista, in modo da *"compensare"* la prenotazione del primo consumatore e consentirgli di ottenere il bene prescelto al prezzo scontato (*"Quando prenoti un prodotto, la tua quota, verrà utilizzata per pagare il prodotto di chi ha prenotato prima di te, quindi bisognerà attendere po' di settimane per dare il tempo alle altre persone di acquistare...con la loro quota 'acquisteranno il tuo prodotto' e lo TU riceverai a casa tua"*³).

19. Pertanto, l'adesione di altri consumatori e la loro iscrizione nella predetta lista rappresentano la condizione indispensabile per ottenere il bene al prezzo scontato, in quanto il primo della lista, grazie allo scorrimento di quest'ultima, può ottenere il bene ordinato al prezzo di prenotazione. I criteri di funzionamento della lista non risultano verificabili dal singolo consumatore dal momento che la gestione integrale del processo è svolta esclusivamente dal professionista.

20. Il modello di vendita 66x100 conosce, peraltro, una variante rispetto allo schema appena descritto che prevede la possibilità di *"velocizzare il processo"* invitando altre persone a compiere prenotazioni al fine di ricevere i c.d. *"Diamanti"*, che consentono di procedere al riscatto del prodotto pagando comunque *"la quota adeguata"* oppure di richiedere il rimborso della quota di prenotazione entro e non oltre nove mesi dalla data di prenotazione.

21. Il professionista prevede dunque anche la possibilità di *"riscatto"* del bene, vale a dire la procedura utilizzabile dal consumatore per rinunciare alla *"prenotazione scontata"*, con lo scopo di ricevere subito il prodotto compensando l'eventuale differenza da versare mediante valuta corrente o diamanti (art. 1.7 dei *"Termini del servizio 66x100"*)⁴; nelle pagine del Sito web dedicate alle domande frequenti (Faq), il professionista spiega ulteriormente la procedura del c.d. *"riscatto rimborsato"*, consistente nella possibilità di acquistare a prezzo pieno il prodotto per riceverlo subito, pagando un importo aggiuntivo (c.d. *"cifra adeguata"*) rispetto a quello versato a titolo di prenotazione, che viene di *"volta in volta"* comunicato e confermato dal professionista (*"dall'assistenza del sito"*) dietro apposita richiesta, basandosi su un listino sempre aggiornato e *online* (cfr. anche art. 2.3.3, comma 3, dei *"Termini del servizio 66x100"*).

² Cfr. Verbale acquisizione atti del 30 ottobre 2018, grassetto e sottolineatura in originale.

³ Cfr. Verbale acquisizione atti del 30 ottobre 2018, sottolineature in originale.

⁴ Cfr. Verbale acquisizione atti del 30 ottobre 2018.

22. Con specifico riguardo alla disciplina del diritto di recesso e rimborso, contenuta nelle condizioni generali di contratto, nella parte dedicata al “*Diritto di recesso*” (art. 13), è specificato che “*L’Acquirente ha in ogni caso il diritto di recedere dal contratto stipulato, senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo, entro il termine di 14 (quattordici) giorni, decorrenti dal giorno del ricevimento delle merce acquistata. Inoltre il sito mette a disposizione dell’acquirente anche 3 giorni di tempo per richiedere il rimborso di quanto versato in sede di prenotazione dalla data di pagamento..... per il periodo che intercorre tra il 4° giorno di pagamento e il giorno in cui si riceve il prodotto, NON è possibile chiedere il rimborso della quota di prenotazione, perché questo precluderebbe il funzionamento stesso del sito e la possibilità di poter offrire gli stessi prodotti ad un prezzo scontato*”.

23. Sempre nella disciplina contrattuale, alla sezione “*Rimborso*” è previsto che “*Resta salvo il diritto di recesso per i clienti esercitabile entro e non oltre 3 giorni dalla data del pagamento relativo alla Prenotazione, o entro e non oltre i 14 giorni dalla data di consegna della merce*” (art. 2.2.3, comma 3, dei “*Termini del servizio 66x100*”).

24. Anche nelle pagine del Sito Internet *66x100.com* dedicate alla presentazione del modello di vendita, è indicato espressamente che il consumatore può chiedere il rimborso solo entro “*3 giorni di tempo dal pagamento*”⁵ ed entro altri 14 giorni “*da quando ti arriva il prodotto a casa*”; la motivazione di tale previsione viene poi esplicitata dal professionista come segue “*...l’importante è che per qualsiasi tipo di rimborso ci contatti entro 3 giorni solari dalla data del pagamento, infatti dopo questa data non sarà possibile chiedere il rimborso dato che i tuoi soldi sono serviti per compensare il prodotto di un’altra persona*”⁶.

25. Occorre evidenziare che le condizioni generali di contratto prevedono una compressione dei diritti dei consumatori, attraverso la disposizione (art. 2.2.3 Oggetto del contratto – Rimborso⁷) “*nel caso di appello al diritto di recesso successivo al riscatto di un bene, considerando che una volta avviata la procedura del riscatto, la prenotazione è da considerarsi annullata, sarà rimborsata, secondo le modalità successivamente espresse, la quota versata dall’Acquirente esclusivamente per il riscatto; mentre qualora l’utente acconsenta, per rimborsare la quota della prenotazione, sarà re-inserito l’ordine nella lista delle prenotazioni ed, una volta completato l’ordine, secondo le modalità precedentemente sposte, sarà spedito l’ordine effettuato dall’acquirente con gli stessi prodotti o eventualmente modificati; il tutto senza che l’Acquirente debba versare ulteriori quote per la prenotazione di questo suo ordine*” (grassetto aggiunto).

26. In sostanza, nel caso in cui l’acquirente effettui il riscatto a prezzo pieno del bene, il professionista restituisce solo l’importo pagato in fase di riscatto e non anche la quota versata all’atto della prenotazione; in alternativa l’acquirente, invece di “perdere” *tout court* tale somma versata per la prenotazione del prodotto riscattato, può scegliere di utilizzarla per effettuare altri ordini e continuare a rimanere ancora nel sistema *66x100*.

27. Infine, sempre in relazione alle previsioni contrattuali, è previsto che l’eventuale rimborso a seguito dell’esercizio del diritto di recesso sia eseguito entro un ampio termine di 30 giorni dalla

⁵ Sono pervenute segnalazioni in cui si sottolinea il termine eccessivamente breve (3 giorni dalla prenotazione) per poter ottenere il rimborso di quanto pagato (cfr. ad esempio segnalazioni prot.57012 del 31 luglio 2018 e prot.43195 del 23 maggio 2018).

⁶ Cfr. Verbale acquisizione atti del 30 ottobre 2018.

⁷ Cfr. Verbale acquisizione atti del 30 ottobre 2018.

data in cui il professionista viene a conoscenza del recesso (art. 5 dei “*Termini del servizio 66x100*”).

28. Quanto sopra illustrato in merito alla disciplina contrattuale adottata dal professionista risulta confermato dalla documentazione acquisita agli atti del procedimento, la quale attesta che 66x100 ha opposto ingiustificati ostacoli all’uscita dal sistema a discapito dei consumatori che, dopo aver effettuato la prenotazione dei prodotti, si trovano bloccati per un lungo periodo nelle liste di attesa salvo procedere al riscatto dei beni pagando, però, prezzi più elevati di quelli effettivamente praticati sul mercato per ottenere merce elettronica ormai obsoleta⁸. In alcuni casi, è emerso che il professionista non ha proceduto alla restituzione dell’importo versato dal consumatore nonostante l’esercizio del diritto di recesso nei termini fissati dalla legge, affermando di dover “*porre particolare attenzione*” alla richiesta di recesso e di necessitare “*di un tempo medio di elaborazione che va dai 40 ai 60 giorni*”⁹.

29. Inoltre, le segnalazioni in atti confermano la circostanza che il professionista, a fronte dell’esercizio del diritto di recesso da parte di un consumatore nel termine di 14 giorni dalla consegna del bene prenotato e poi “riscattato”, ha dato seguito ad un rimborso solo parziale, limitandosi a restituire esclusivamente i “*due terzi pagati per il riscatto del prodotto, appellandosi all’ultimo capoverso dell’art. 2.2.3 riportato nei termini e condizioni del sito*”¹⁰.

30. Ai descritti elementi di criticità si aggiungono ulteriori carenze informative. In particolare, nel sito del professionista erano omesse le informazioni relative a: *i)* l’identità del professionista; *ii)* l’indirizzo della sede sociale e al numero telefonico del professionista; *iii)* il prezzo del bene; *iv)* le condizioni, i termini e le procedure per l’esercizio del diritto di recesso; *v)* il *link* alla piattaforma *On line Dispute Resolution* (ODR) relativo al meccanismo extragiudiziale di reclamo e ricorso e le condizioni per accedervi; *vi)* il Foro del consumatore.

3) Le argomentazioni difensive della Parte

31. Nel corso del procedimento, il professionista ha fornito informazioni generali circa il sistema 66x100, descrivendo il processo di acquisto dei prodotti offerti e venduti attraverso il sito *web 66x100.com*, con riferimento al pagamento della quota relativa al prodotto desiderato e all’entrata nella “*Lista Ufficiale*”.

32. Per quanto riguarda quest’ultima, la parte ha precisato che era amministrata direttamente da 66x100 e che al suo interno venivano iscritti gli utenti intenzionati ad ottenere un qualsiasi prodotto e che, pertanto, pagavano la quota di prenotazione. Nella predetta lista erano presenti, infatti, gli ordini da completare, nel rispetto dell’ordine cronologico di ingresso in lista, grazie a tutte le quote di ingresso degli utenti che via via facevano in modo che si compensasse il valore in diamanti dei relativi prodotti. Al contempo, veniva consentito a qualsiasi utente che pagasse la quota di ingresso in lista di chiedere di essere rimborsato entro tre giorni dal momento del pagamento.

33. Quanto al meccanismo di raccolta e assegnazione dei cosiddetti “Diamanti”, esso costituiva un’unità di misura interna al sito *66x100.com* (il valore era 1 diamante = 1 euro in caso di

⁸ Cf.r segnalazione prot. n. 43195 del 23 maggio 2018.

⁹ Cfr. segnalazione prot. n. 67502 del 3 ottobre 2018.

¹⁰ Si veda, al riguardo, la segnalazione prot. n. 65614 del 24 settembre 2018.

conversione della prenotazione in diamanti in lista); tali diamanti permettevano, ad esempio, di stabilire sia la somma di denaro necessaria per compensare un determinato prodotto nella lista ufficiale sia quanto occorreva per acquistare un prodotto a prezzo pieno o gratuitamente.

34. È stato, inoltre, fornito il numero di ordini annullati dall'inizio dell'attività cui avrebbe fatto seguito la restituzione del prezzo pagato, l'acquisto del prodotto a prezzo pieno o l'acquisto di un altro prodotto. Con riguardo, invece, alle modalità di gestione dei reclami e delle richieste di recesso e di risoluzione del contratto, il professionista ha confermato, tra l'altro, che, in caso di esercizio del diritto di recesso successivo al riscatto di un bene, *“considerando che una volta avviata la procedura del riscatto, la prenotazione è da considerarsi annullata, sar[ebbe] rimborsata, secondo le modalità successivamente espresse, la quota versata dall'Acquirente esclusivamente per il riscatto”*¹¹.

35. In generale, il professionista ha poi dichiarato di svolgere la propria attività con la dovuta trasparenza informativa, ad esempio specificando le modalità di accesso e di funzionamento del sistema 66x100 nell'apposita sezione “FAQ” ed indicando la modalità di prenotazione al momento del riepilogo dell'ordine. Inoltre, ha evidenziato che sul sito, durante il periodo di vendita con il sistema delle c.d. liste, erano esposti i prezzi scontati del 66%, mentre nella scheda di dettaglio dei singoli era specificato che quel prezzo si riferiva alla modalità di vendita con prenotazione.

36. Con riguardo alle segnalazioni pervenute all'Autorità, il professionista ha comunicato di aver avviato - e in alcuni casi definito - l'iter previsto in caso di esercizio del diritto di recesso dopo l'acquisto diretto del bene o dopo il suo riscatto, se esercitato entro i termini dei 14 giorni.

37. Infine, la parte ha precisato - sia nel corso dell'audizione sia tramite le proprie memorie difensive - di aver provveduto sin da subito ad adattare la *compliance* al Codice del Consumo, procedendo, in seguito, anche all'eliminazione delle liste.

IV. PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

38. Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento è stata diffusa tramite internet, in data 4 marzo 2019 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 27, comma 6, del Codice del Consumo.

39. Con comunicazione pervenuta in data 26 marzo 2019, la suddetta Autorità ha trasmesso la delibera n. 80/19/CONS, nella quale ha espresso il parere richiesto limitando le proprie valutazioni all'attitudine dello specifico mezzo di comunicazione, utilizzato per diffondere la pratica commerciale, a incidere e amplificare l'eventuale ingannevolezza e/o scorrettezza della medesima pratica.

40. In particolare, la suddetta Autorità, considerato che *“con riferimento al caso di specie, il consumatore, in conseguenza delle informazioni presenti sul sito de quo, allettato dall'offerta di prodotti a prezzi tanto scontati potrebbe procedere all'acquisto dei prodotti stessi, così sviluppando in concreto la piena potenzialità promozionale della comunicazione on line”*, ha ritenuto che, nel caso di specie, il mezzo *Internet* sia uno strumento idoneo a influenzare significativamente la realizzazione delle condotte oggetto della richiesta di parere.

¹¹ Cfr. memoria prot.78371 del 26/11/2018.

VI. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

41. L'istruttoria in esame riguarda il settore dell'*e-commerce*, con specifico riguardo alla commercializzazione *on-line* di prodotti tecnologici mediante l'adozione di schemi di vendita peculiari e articolati, che si discostano dalle ordinarie modalità di offerta di beni su *internet*.

In tale contesto, connotato dalla spersonalizzazione del rapporto d'acquisto e dalla posizione di inevitabile asimmetria informativa in cui versa il consumatore, si impone la necessità di assicurare la correttezza delle relazioni commerciali, a partire dal momento dell'aggancio dell'utente attraverso una chiara e completa rappresentazione del meccanismo di offerta che si pubblicizza e del conseguente vincolo contrattuale, per consentire una scelta commerciale consapevole dapprima in ordine all'acquisto e poi alla prosecuzione del rapporto contrattuale.

42. Sotto questo profilo si deve evidenziare che il professionista ha utilizzato una strategia di vendita astrattamente riconducibile al modello del c.d. *Buy&Share*, in quanto basata sulla creazione di gruppi di acquisto volti a conseguire prezzi vantaggiosi per i consumatori, nella quale però, a differenza dello schema tipico del *Buy&Share*, il venditore 66x100 si pone esso stesso come organizzatore dell'intero processo di acquisto.

43. In base al modello di vendita 66x100, il consumatore-acquirente è chiamato ad aderire all'offerta effettuando il pagamento di una somma di solito pari al 30% del valore del bene prescelto e, successivamente, per ottenere quanto ordinato, deve attendere lo scorrimento della lista in cui viene inserito. Tale circostanza si realizza esclusivamente a seguito dei pagamenti effettuati, a titolo di ulteriori prenotazioni di prodotti, da parte di altri consumatori che a loro volta aderiscono all'offerta pubblicizzata da 66x100.

44. Nel caso di specie il professionista, a fronte del complesso *iter* imposto ai consumatori, risulta aver fornito una rappresentazione incompleta, poco trasparente e non veritiera in merito ai seguenti elementi (i) il prezzo di offerta dei prodotti, subordinato a condizioni imprevedibili e aleatorie, (ii) i termini e le condizioni del "Programma" proposto, (iii) la natura effettiva degli impegni che il consumatore assume ed infine (iv) il meccanismo del processo di vendita e i tempi di attesa ai fini della consegna del prodotto nonché le reali possibilità di conseguire i beni prenotati.

45. Siffatte omissioni e ambiguità informative sono tali da indurre in errore il consumatore medio facendogli assumere una decisione di natura commerciale in merito all'acquisto *on line* mediante il meccanismo di vendita 66x100, che altrimenti non avrebbe preso.

46. In particolare, risulta gravemente decettiva la modalità di prospettazione del prezzo "scontato". Infatti, quello che viene presentato come prezzo di acquisto in realtà si riferisce solo alla *prenotazione*, costituendo un rilevante elemento di persuasione verso il consumatore e realizzando il c.d. effetto aggancio.

47. Successivamente alla prenotazione, dopo aver effettuato il versamento della somma richiesta, non viene correttamente informato del fatto che, per conseguire il bene prenotato, verrà inserito in una lista di attesa gestita interamente dal professionista secondo criteri ignoti ai consumatori e che dovrà rimanere in attesa che si compia il processo di compensazione dell'ordine grazie agli acquisti effettuati da altri acquirenti; tale attesa, contrariamente a quanto indicato sul sito ("*bisognerà attendere un po' di settimane*") si è rivelata di durata indeterminata.

48. L'inadeguata informativa da parte del professionista in ordine ai criteri di funzionamento della lista di attesa e la mancata trasparenza sul numero di acquirenti presenti in lista, sul loro

posizionamento e sui tempi di avanzamento, determinano l'impossibilità per i consumatori che effettuino una prenotazione di verificare lo stato della loro permanenza all'interno della lista e i tempi di scorrimento della graduatoria; in ultima analisi, il consumatore è ingannato in merito alla tempistica di compensazione della lista e alla possibilità che poi avvenga realmente la consegna dei beni prenotati.

49. Alla luce di quanto sopra esposto, emerge la natura gravemente ingannevole della condotta posta in essere dal professionista, in grado di indurre i consumatori ad aderire all'offerta di vendita pubblicizzata sulla base di una prospettazione decettiva.

Infatti, i consumatori, ingannevolmente attratti dalla prospettiva di acquistare il prodotto reclamizzato a un prezzo particolarmente scontato, si trovano iscritti in una lista di attesa di cui non conoscono né possono verificare tuttavia i meccanismi di funzionamento e, soprattutto, i reali tempi di scorrimento. In tal modo, gli acquirenti, non essendo correttamente informati sulla tempistica di permanenza in lista, sono costretti ad attendere, dopo aver versato l'importo della prenotazione, un tempo imprecisato e imprevedibile, venendo quindi gravemente ingannati sull'effettiva possibilità di ottenere la consegna del prodotto prenotato.

50. All'ingannevole prospettazione della vendita a prezzi notevolmente scontati di prodotti tecnologici si aggiunge, sulla base delle risultanze istruttorie, la condotta del professionista consistente nell'impedire l'uscita dal sistema¹², ostacolando il diritto di recesso e di rimborso dei consumatori, anche negando il rimborso integrale dell'importo pagato dal consumatore in caso di recesso a seguito di riscatto del bene prenotato (in quanto restituisce solo la "cifra adeguata" pagata per il riscatto e non anche la somma versata a titolo di prenotazione, per la quale il rimborso può essere richiesto solo entro il termine di 3 giorni dalla prenotazione stessa).

51. Alla luce di tutto quanto fin qui esposto, la pratica commerciale in esame, posta in essere da 66x100 in relazione alla vendita *on-line* di prodotti tecnologici, consistente nel prospettare con informazioni decettive la possibilità di acquistare beni a prezzi estremamente scontati, omettendo di indicare le condizioni in base alle quali dovrebbe poi avvenire la consegna dei beni, *i.e.* la movimentazione della lista, e nell'ostacolare l'esercizio da parte dei consumatori dei diritti previsti dal Codice del Consumo risulta gravemente scorretta, integrando una fattispecie ingannevole e aggressiva, in quanto idonea a indurre in errore i consumatori e ad esercitare su di essi un indebito condizionamento in relazione alla proposta contrattuale, limitandone la libertà di scelta e di comportamento, in tal modo inducendoli ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso in ordine all'adesione all'offerta e al diritto di risolvere un contratto, in violazione degli articoli 21, comma 1, lettere *b)*, *c)* e *d)*, 24 e 25 del Codice del Consumo.

52. Inoltre, sulla base di quanto sopra illustrato, le condotte realizzate dal professionista costituiscono altresì una violazione della disciplina a tutela dei diritti dei consumatori, con specifico riferimento agli obblighi informativi nei contratti a distanza circa i) l'identità del professionista, ii) l'indirizzo della sede sociale e il numero telefonico del professionista, iii) il prezzo del bene, iv) le condizioni, i termini e le procedure per l'esercizio del diritto di recesso, v) il *link* alla piattaforma *On line Dispute Resolution* (ODR) nonché con riguardo alle norme sul recesso (nella misura in cui prevede un rimborso solo parziale in caso di riscatto), sul rimborso

¹² Cfr. segnalazioni prott. n. 43195 del 23 maggio 2018, n. 65614 del 24 settembre 2018, n. 67502 del 3 ottobre 2018.

(per cui è indicato un termine di 30 giorni superiore a quello normativamente previsto di 14 giorni) e infine sul Foro competente, ponendosi in contrasto con gli articoli 49, comma 1, lettere, b), c), e), h), v), 52, 56 e 66 *bis* e del Codice del Consumo

VII. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

53. Ai sensi dell'art. 27, comma 9, del Codice del Consumo, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

54. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

55. Con riguardo alle infrazioni realizzate da 66x100, nel valutare la gravità delle violazioni si tiene conto dell'entità complessiva del pregiudizio economico potenzialmente derivante ai consumatori, della dimensione del professionista, il quale risulta operare dalla fine del 2017, e delle specificità del settore dell'*e-commerce*, che pone il consumatore acquirente in una posizione di inevitabile asimmetria informativa rispetto al professionista, nonché delle modalità di diffusione dell'offerta e del mezzo impiegato per veicolare contenuti informativi, ossia il sito internet aziendale del professionista, strumento suscettibile di raggiungere un elevato numero di consumatori. Infine, occorre considerare che il professionista, a seguito dell'avvio istruttorio, ha modificato la propria piattaforma riducendola "*a sito e-commerce con la vendita di prodotti*", di modo che l'Autorità ha deliberato di non adottare la misura cautelare.

56. Per quanto riguarda la durata delle violazioni, dagli elementi disponibili in atti risulta che le condotte contestate sono state poste in essere almeno a partire dal febbraio 2018 e risultano cessate dal 3 dicembre 2018, data in cui il professionista ha comunicato di essersi adeguato alle previsioni del Codice del Consumo modificando, tra l'altro, il modello di vendita e trasformando il proprio sito in un normale sito *e-commerce*.

57. Sulla base di tali elementi, con specifico riferimento alla pratica commerciale scorretta posta in essere in violazione degli articoli 21, 24 e 25 del Codice del Consumo, si ritiene congruo determinare la sanzione amministrativa pecuniaria applicabile all'impresa individuale E CO WORLD di Sorrentino Enrico nella misura di € 80.000 (ottantamila euro).

58. Per quanto riguarda il mancato rispetto delle norme del Codice del Consumo che disciplinano gli obblighi di informazione e il diritto di recesso e rimborso nei contratti a distanza e il foro competente, in violazione degli artt. 49, comma 1, lettere *b)*, *c)*, *e)*, *h)* e *v)*, 52, 56 nonché 66 *bis* del Codice del Consumo, si ritiene congruo determinare una sanzione amministrativa pecuniaria pari a € 20.000 (ventimila euro).

RITENUTO pertanto, tenuto conto del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale scorretta posta in essere da 66x100 costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una violazione degli artt. 21, comma 1, lettere *b)*, *c)* e *d)*, 24 e 25, del Codice del Consumo, in quanto idonea a presentare in

maniera fuorviante la possibilità di acquistare prodotti tecnologici a prezzi scontati nonché a condizionare indebitamente il consumatore medio in ordine all'esercizio di diritti contrattuali;

RITENUTO, pertanto, tenuto conto del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che le condotte poste in essere da 66x100 con riguardo alla violazione dei diritti dei consumatori nei contratti a distanza costituiscono, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, comportamenti illeciti ai sensi degli articoli artt. 49, comma 1, lettere *b), c) e), h) e v)*, 52, 56 nonché 66 bis del Codice del Consumo, in quanto il professionista non ha assolto l'obbligo informativo ivi prescritto e non ha rispettato la disciplina dettata a tutela dei consumatori;

DELIBERA

a) che le condotte descritte al punto II lettera *a)* del presente provvedimento, poste in essere dall'impresa individuale E CO WORLD di Sorrentino Enrico, e consistenti nell'ingannevole prospettazione della possibilità di acquistare beni tecnologici a un prezzo scontato nonché nell'ostacolo all'esercizio dei diritti dei consumatori, costituiscono, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 21, comma 1, lettere *b), c) e d)*, 24 e 25 del Codice del Consumo e ne vieta la diffusione o reiterazione;

b) che le condotte descritte al punto II lettera *b)* del presente provvedimento, poste in essere dall'impresa individuale E CO WORLD di Sorrentino Enrico, in relazione ai diritti dei consumatori nei contratti a distanza costituiscono, costituiscono, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, violazione degli articoli 49, comma 1, lettere *b), c), e), h) e v)*, 52, 56 e 66 bis del Codice del Consumo e ne vieta la diffusione o reiterazione;

c) che, con riferimento alla pratica commerciale descritta sub *a)*, all'impresa individuale E CO WORLD di Sorrentino Enrico, sia irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria di 80.000 € (ottantamila euro);

d) che, con riferimento alle condotte descritte sub *b)*, all'impresa individuale E CO WORLD di Sorrentino Enrico, sia irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria di 20.000 € (ventimila euro);

e) che il professionista comunichi all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui alle lettere *a) e b)*.

Le sanzioni amministrative irrogate devono essere pagate entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997.

Il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di home-banking e CBI messi a disposizione dalle banche o

da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito internet *www.agenziaentrate.gov.it*.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'art. 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio della documentazione attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza al provvedimento, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

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

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

ACCESSIBILITÀ DEL PAGAMENTO-TUTELA DEL CONSUMATORE

PV2 - VODAFONE-DISCRIMINAZIONE IBAN ESTERI

Provvedimento n. 27642

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 10 aprile 2019;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTA la Parte II, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "*Codice del Consumo*" e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo), e in particolare l'art. 27;

VISTO il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*" (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015;

VISTO il Regolamento (UE) n. 260/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, che stabilisce i requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro e che modifica il Regolamento (CE) n. 924/2009, con particolare riferimento agli artt. 9 ed 11;

VISTO il Decreto Legislativo n. 135/2015, di attuazione dell'art. 11 del Regolamento (UE) n. 260/2012, con particolare riferimento al comma 3 dell'art. 3;

VISTO il proprio provvedimento del 13 febbraio 2019, con il quale, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del Regolamento, è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento, per particolari esigenze istruttorie;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LA PARTE

Vodafone Italia S.p.A. (di seguito Vodafone), società attiva nel settore delle comunicazioni elettroniche. Il Bilancio della Società relativo all'esercizio chiuso al 31 marzo 2018 presenta un valore dei ricavi da vendite e prestazioni pari a circa 6,3 miliardi di euro.

II. LA CONDOTTA OGGETTO DEL PROCEDIMENTO

1. Il procedimento concerne il comportamento posto in essere da Vodafone nell'ambito della commercializzazione di servizi di telefonia fissa e mobile, consistente nel non consentire alla clientela il pagamento dei servizi tramite domiciliazione bancaria su conti correnti accesi presso Banche aventi sede in Paesi dell'Unione Europea diversi dall'Italia e quindi con Iban non caratterizzati dalle iniziali nazionali "IT...".

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) *L'iter del procedimento*

Fase Preistruttoria

2. A seguito della ricezione di alcune segnalazioni, in data 14 marzo 2018 è stata inviata una richiesta di informazioni a Vodafone, che ha fatto pervenire il relativo riscontro in data 4 aprile 2018.

3. In data 17 settembre 2018, è stata indirizzata una richiesta di informazioni a Unicredit S.p.A. e Intesa San Paolo S.p.A..

4. Nelle date del 21 e 24 settembre 2018 sono pervenute le rispettive risposte da parte dei due istituti di credito.

5. *Fase istruttoria*

6. In relazione alla condotta sopra descritta, in data 15 novembre 2018 è stato comunicato alla Parte l'avvio del procedimento istruttorio n. PV2, per possibile violazione dell'art. 9 del Regolamento (UE) n. 260/2012 (di seguito Regolamento UE n. 260/2012).

7. In tale sede veniva, in particolare, ipotizzata la violazione della suddetta disposizione nella misura in cui risultasse accertato che l'operatore non accetti bonifici e addebiti diretti in conto per il pagamento dei propri servizi da conti accesi presso istituti bancari residenti nel territorio dell'Unione ma non situati nel territorio nazionale, realizzandosi in tal modo una discriminazione geografica nell'uso dei suddetti strumenti di pagamento (c.d. *Iban discrimination*).

8. In data 5 dicembre 2018 Vodafone ha depositato la propria memoria difensiva, fornendo altresì le informazioni richieste nella comunicazione di avvio.

9. Nelle date del 21 dicembre 2018 e 6 febbraio 2019 Vodafone è stata sentita in audizione presso i locali dell'Autorità.

10. In data 31 dicembre 2018, ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo, la società ha presentato una prima versione di impegni, successivamente integrati in data 6 febbraio 2019, volti a rimuovere i profili di illiceità della condotta oggetto di contestazione.

11. Tali impegni sono stati rigettati dall'Autorità nella sua adunanza del 13 febbraio 2019, in quanto risultati inidonei a rimuovere i profili di possibile illiceità della condotta contestata. La relativa decisione di rigetto è stata comunicata alla società il 19 febbraio 2019.

12. In data 28 febbraio 2019, è stata comunicata alla Parte la data di conclusione della fase istruttoria, ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento.

13. In data 20 marzo 2019, la Parte ha fatto pervenire la propria memoria conclusiva.

2) *Le evidenze acquisite*

14. Le risultanze istruttorie hanno confermato l'impossibilità, per un cliente Vodafone, di eseguire i pagamenti a favore di tale società con addebito automatico in conto laddove quest'ultimo non sia stato acceso presso una banca con sede in Italia (impossibilità quindi in assenza di un IBAN italiano). Infatti, la documentazione acquisita evidenzia che un potenziale cliente Vodafone (c.d. *prospect*) che vuole attivare un servizio di telefonia può decidere di scegliere un sistema di pagamento con addebito automatico o di provvedere di volta in volta al pagamento delle singole fatture attraverso varie modalità.

15. Con riguardo al sistema di pagamento con addebito automatico, l'architettura dei sistemi e le sottese procedure di Vodafone consentono alla clientela di scegliere il pagamento con domiciliazione su conto corrente solo indicando conti accesi presso una banca italiana o presso una banca di San Marino, in quanto, a seguito dell'introduzione del sistema SEPA, la società ha aderito per l'incasso delle fatture e di utilizzare il servizio SEDA (*Seпа-compliant Electronic Database Alignment*), accessorio al SEPA, utilizzato prevalentemente da banche italiane. Tali circostanze risultano dalle stesse dichiarazioni della società, la quale ha affermato che *“le criticità che non consentono allo stato di implementare un sistema che permetta la domiciliazione bancaria estera su conto corrente attengono sostanzialmente alla sicurezza del pagamento....infatti, le banche estere attualmente non aderiscono al sistema SEDA”*¹.

16. La mancata accettazione della domiciliazione su conti esteri discende unicamente dalla scelta della società di utilizzare il SEDA per gli incassi. Il sistema bancario nazionale è infatti in grado di ricevere pagamenti da qualsiasi istituto estero attraverso il SEPA, come confermato dalle due maggiori banche italiane, che hanno rilevato quanto segue: a) di essere in grado di accogliere per l'incasso le disposizioni da addebitare presso qualsiasi *Payment Service Provider* (PSP) aderente agli schemi “SDD Core” ed “SSD B2B” e quindi anche laddove l'IBAN del debitore abbia iniziali diverse da “IT”; b) di poter raggiungere qualsiasi altro PSP che aderisca al medesimo servizio a prescindere dalla localizzazione geografica UE ove sia attestato; c) anche per i creditori che utilizzano il SEDA, in relazione ai mandati con addebito su conti presso PSP non aderenti al medesimo resta ferma la possibilità per il creditore di accettarli come incassi SDD senza il servizio opzionale aggiuntivo SEDA.

17. Vodafone ha tuttavia dichiarato di aver attivato a partire dal 21 febbraio 2019, una procedura *ad hoc* che consente al cliente, che intenda pagare i servizi di telefonia mediante domiciliazione bancaria su conto corrente estero, di utilizzare tale strumento di pagamento qualora concluda il contratto presso i punti vendita o attraverso il servizio clienti al telefono, vale a dire i canali che prevedono un'interfaccia con il cliente costituita da persone fisiche.

18. Diversamente, per quanto riguarda il canale della contrattazione a distanza *on line*, come dichiarato dalla stessa Vodafone, allo stato non è possibile attivare il servizio di telefonia, e dunque aderire alle offerte riservate agli acquisti *on line*, scegliendo come modalità di pagamento la domiciliazione tramite conto corrente su banca estera.

19. A tale riguardo, dalle evidenze in atti² emerge che anche dopo le modifiche alle procedure da ultimo apportate la schermata del processo di acquisto presente sul sito web *www.vodafone.it*, dedicata alla scelta del pagamento con addebito su conto corrente bancario, segnala l'inserimento di IBAN non caratterizzati dalle iniziali nazionali “IT.” con la dizione *“errore inserimento IBAN”*.

3) Le argomentazioni difensive della Parte

20. Nelle proprie memorie difensive del 5 dicembre 2018 e 20 marzo 2019 nonché nel corso delle audizioni tenute il 21 dicembre 2018 e il 6 febbraio 2019, Vodafone ha svolto, tra le altre, le argomentazioni di seguito sintetizzate.

¹ Cfr. verbale dell'audizione del 21 dicembre 2018.

² Cfr. doc. n. 4.

21. In virtù del rinvio all'art. 27 del Codice del Consumo contenuto nel Decreto Legislativo 18 agosto 2015, n. 135, la violazione dell'art. 9 del Regolamento UE n. 260/2012 sussisterebbe unicamente nella misura in cui la condotta esaminata integri gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Conseguentemente, nessuna responsabilità potrebbe essere attribuita a Vodafone in merito alle presunte condotte illegittime contestate. Difatti, la condotta non potrebbe essere configurata come pratica commerciale scorretta in assenza di contrarietà alla diligenza professionale e di idoneità ad incidere sensibilmente sulla capacità di scelta del consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tanto da indurlo a concludere una transazione commerciale che altrimenti non avrebbe concluso.

22. Nel merito, la circostanza che la clientela di Vodafone possa scegliere il pagamento con domiciliazione su conto corrente solo indicando conti accessi presso una banca italiana o presso una banca di San Marino discende dalla adesione della Società al sistema SEDA, un servizio opzionale e aggiuntivo rispetto al SEPA che permette di garantire i medesimi livelli di servizio precedentemente assicurati con il servizio RID.

23. In particolare, il servizio consente a tutti i soggetti coinvolti nelle relazioni di pagamento (sia alle società che ai propri clienti) di ottenere benefici e vantaggi in termini di sicurezza e prevenzione delle frodi (il beneficiario del pagamento può procedere all'addebito nei confronti del proprio cliente solo a valle di una conferma esplicita da parte della banca depositaria del conto di quest'ultimo), nonché di gestione della modalità di pagamento da parte del cliente (il debitore può revocare in qualsiasi momento la domiciliazione bancaria, anche direttamente facendone richiesta presso la propria banca, impedendo ogni successivo addebito, oppure modificare/spostare autonomamente la domiciliazione presso un altro istituto).

24. Pertanto, la scelta di aderire al servizio SEDA non sarebbe dettata dalla finalità di discriminare potenziali clienti esteri che non possiedono un conto corrente in una banca italiana ma, in un settore come quello delle telecomunicazioni connotato da un elevato rischio di attività fraudolente poste in essere tramite i servizi di comunicazione elettronica, da motivazioni legate alla sicurezza e alla prevenzione di frodi a tutela della Società e degli stessi consumatori.

IV. VALUTAZIONI

25. In via preliminare, giova evidenziare che l'eliminazione della discriminazione geografica nell'uso di bonifici e addebiti diretti in euro, quale ostacolo alla piena attuazione del sistema SEPA e, più in generale, alla realizzazione del mercato unico dei pagamenti, rappresenta un obiettivo prioritario a livello europeo³.

25. A tale riguardo, l'art. 9 del Regolamento (UE) n. 260/2012 stabilisce che *"Il beneficiario che accetta un bonifico o riceve fondi mediante addebito diretto da un pagatore titolare di un conto di pagamento interno all'Unione non specifica lo Stato membro nel quale è situato tale conto di pagamento, sempre che il conto di pagamento sia raggiungibile conformemente all'art. 3"*⁴.

³ Nell'ambito della "Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione del regolamento (UE) n. 260/2012" del 27 novembre 2017 (COM(2017) 683 final), l'eliminazione dell'iban discrimination viene definita come "la priorità principale della Commissione europea per quanto riguarda l'applicazione del regolamento SEPA".

⁴ Il principio è stato poi confermato anche dal Regolamento (UE) 2018/302, entrato in vigore il 3 dicembre 2018.

26. In proposito, si osserva che, contrariamente a quanto eccepito da Vodafone, in sede di accertamento di condotte poste in essere in violazione della suddetta disposizione, l'Autorità è titolare di un potere sanzionatorio che non necessita ai fini del suo esercizio di prove circa la violazione del canone di diligenza professionale e l'idoneità della condotta a falsare il comportamento economico del consumatore medio.

27. Difatti, mediante il rinvio contenuto nell'articolo 3, comma 3, del Decreto Legislativo n. 135/2015 all'articolo 27, Codice del Consumo "*in materia di accertamento e sanzione*", il legislatore italiano ha istituito una fattispecie di illecito amministrativo autonomo rispetto a quello contemplato in materia di pratiche commerciali scorrette, assistito da un apparato sanzionatorio altrettanto autonomo.

28. Ciò posto, nel merito si osserva che il presente provvedimento ha ad oggetto la condotta posta in essere da Vodafone nell'ambito della commercializzazione di servizi di telefonia fissa e mobile, consistente nell'aver operato una discriminazione tra conti correnti italiani e conti correnti esteri, in violazione dei suddetti obblighi di non "*discriminazione*" tra gli strumenti di pagamento all'interno dell'Unione Europea.

29. Nel caso in esame, per ammissione della stessa Vodafone, come sopra riportata, l'architettura dei sistemi di pagamento con addebito automatico e le sottese procedure interne consentono alla clientela di scegliere il pagamento con domiciliazione su conto corrente solo nel caso di conti accesi presso una banca italiana o presso una banca di San Marino, con esclusione dunque dei conti correnti aperti presso Banche estere aventi sede in altri paesi dell'Unione Europea.

30. Rispetto al canale *online* ciò si traduce materialmente ancora oggi nella impossibilità di inserire durante la procedura di acquisto un *Iban* che presenti iniziali diverse da "IT" o "SM" il che, tra l'altro, preclude la possibilità di aderire alle offerte riservate a tale canale scegliendo come modalità di pagamento la domiciliazione tramite conto corrente su banca estera.

31. Diversamente da quanto sostenuto nelle difese di Vodafone, tale impedimento non può essere giustificato dalla decisione della stessa Società di aderire, a seguito dell'introduzione del sistema SEPA, al servizio SEDA per l'incasso delle fatture, utilizzato prevalentemente dalle banche italiane.

32. In proposito basti evidenziare che il passaggio dal RID, il sistema degli addebiti diretti precedentemente in uso in Italia, al SEPA è stato reso necessario proprio al fine di armonizzare i sistemi a livello comunitario e garantire anche in Italia un meccanismo che generi i pagamenti con mandato lato creditore e non (come con il RID) lato debitore.

33. Il SEPA prevede, infatti, un modello comune tra tutti gli Stati basato sulla gestione dei mandati da parte dei creditori (ovvero i fatturatori) che dovrebbero, come tali, provvedere alla gestione dei pagamenti dei clienti rapportandosi con le rispettive banche.

34. Il protocollo SEDA non è un servizio diverso che possa giustificare l'impedimento ad utilizzare IBAN non italiani poiché trattasi di un "servizio" opzionale e aggiuntivo fornito ai fatturatori che, a loro discrezione, preferiscono non svolgere i servizi relativi alla gestione mandati dei propri clienti.

35. Come tale, la scelta di ricorrere al SEDA non può certo rappresentare un'esimente per il creditore che non si sia dotato di procedure interne specifiche al fine di adeguarsi alla normativa europea, così impedendo ai clienti di eseguire il pagamento dei servizi mediante domiciliazione bancaria su conti esteri e determinando discriminazioni tra questi e i conti italiani. E' proprio

l'obiettivo di assicurare piena interoperabilità nel sistema dei pagamenti a livello europeo che ha determinato l'introduzione della regolamentazione comunitaria volta a omogeneizzare i sistemi in oggetto.

36. Peraltro, nemmeno dal punto di vista tecnico - come confermato anche dalle informazioni fornite dalle due principali banche italiane - il fatto che il debitore non abbia un IBAN italiano pregiudica l'incasso per il creditore aderente al SEDA.

38. A tale riguardo, infatti, basti rilevare che, come evidenziato dalla stessa Vodafone, l'esclusione dell'addebito automatico su conti correnti esteri discende da una carenza strutturale dell'organizzazione societaria che, si ribadisce, non si è dotata di un sistema che consenta il pagamento dei servizi mediante domiciliazione bancaria da conti correnti esteri via sistema SEPA.

37. In conclusione, la condotta posta in essere da Vodafone nell'ambito della commercializzazione di servizi di telefonia fissa e mobile consistente nel non consentire alla clientela il pagamento dei servizi di telefonia tramite domiciliazione bancaria su conti correnti accesi presso Banche aventi sede in Paesi dell'Unione Europea diversi dall'Italia integra una violazione del divieto sancito dall'art. 9 del Regolamento (UE) n. 260/2012.

V. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

38. Ai sensi dell'articolo 27, comma 9, del Codice del Consumo, come richiamato dall'art. 3, comma 3, del Decreto Legislativo 18 agosto 2015, n. 135, di attuazione dell'art. 11 del Regolamento (UE) n. 260/2012, con il provvedimento che vieta la condotta posta in essere in violazione dell'art. 9 del medesimo Regolamento, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

39. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'articolo 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'articolo 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

40. Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto nella fattispecie in esame della rilevante dimensione economica dell'operatore che presenta ricavi pari a circa 6,3 miliardi di euro. Si tiene altresì conto della circostanza che la condotta è stata posta in essere in un contesto di iniziale applicazione del Regolamento (UE) n. 260/2012, e dunque nella fase di avvio del mercato unico europeo dei pagamenti, che rappresenta obiettivo fondamentale dello stesso Regolamento, posto a rischio secondo la Commissione europea proprio dalla condotta qui in esame. Inoltre, occorre anche prendere in considerazione la circostanza che la condotta contestata riguarda i servizi e le utenze di telefonia sia fissa che mobile in abbonamento. Infine, si tratta di una condotta che, a prescindere dai suoi effetti concreti, è di per sé manifestamente in contrasto con una disciplina normativa di immediata interpretazione e ben nota all'operatore.

41. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che il comportamento illecito è stato posto in essere almeno dal 1° febbraio 2014, data di entrata in vigore del SEPA prevista dall'art. 6 del Regolamento (UE) n. 260/2012, ed è tuttora in corso⁵.

42. Sulla base di tali elementi, si ritiene di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Vodafone Italia S.p.A. nella misura di 800.000 € (ottocentomila euro).

RITENUTO, sulla base delle considerazioni suesposte, che la condotta posta in essere da Vodafone Italia S.p.A., consistente nel non consentire alla clientela il pagamento dei servizi di telefonia tramite domiciliazione bancaria su conti correnti accessi presso Banche aventi sede in Paesi dell'Unione Europea diversi dall'Italia, integra una violazione del divieto sancito dall'art. 9 del Regolamento (UE) n. 260/2012;

DELIBERA

a) che la condotta descritta al punto II del presente provvedimento, posta in essere dalla società Vodafone Italia S.p.A., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una violazione dell'art. 9 del Regolamento (UE) n. 260/2012, e ne vieta la continuazione;

b) di irrogare alla società Vodafone Italia S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 800.000 € (ottocentomila euro);

c) che la società Vodafone Italia S.p.A. comunichi all'Autorità, entro il termine di novanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui al punto a).

La sanzione amministrativa irrogata deve essere pagata entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997.

Il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito internet www.agenziaentrate.gov.it.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al

⁵ La procedura implementata da Vodafone a partire dal 21 febbraio 2019, infatti, non consente il pagamento tramite domiciliazione su conto estero nel caso dei contratti conclusi a distanza *on-line*. Cfr. il verbale dell'audizione del 6 febbraio 2019.

concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio della documentazione attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Ai sensi dell'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza al provvedimento l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

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 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 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

Filippo Arena

IL PRESIDENTE *f.f.*

Gabriella Muscolo

PV3 - WIND-DISCRIMINAZIONE IBAN ESTERI

Provvedimento n. 27643

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 10 aprile 2019;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTA la Parte II, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "*Codice del Consumo*" e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo), e in particolare l'art. 27;

VISTO il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*" (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015;

VISTO il Regolamento (UE) n. 260/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro e che modifica il Regolamento (CE) n. 924/2009, con particolare riferimento agli artt. 9 ed 11;

VISTO il Decreto Legislativo n. 135/2015, di attuazione dell'art. 11 del Regolamento (UE) n. 260/2012, con particolare riferimento al comma 3 dell'art. 3;

VISTO il proprio provvedimento del 13 febbraio 2019, con il quale, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del Regolamento, è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento, per particolari esigenze istruttorie;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LE PARTI

Wind Tre S.p.A. (di seguito Wind Tre) società attiva nel settore delle comunicazioni elettroniche. Il bilancio di Wind Tre al 31 dicembre 2017 presenta ricavi pari a circa 6 miliardi e 171 milioni di euro.

Centro Tutela Consumatori e Utenti in qualità di associazione dei consumatori segnalante.

II. LA CONDOTTA OGGETTO DEL PROCEDIMENTO

1. Il procedimento concerne il comportamento posto in essere da Wind Tre nell'ambito della commercializzazione di servizi di telefonia fissa e mobile consistente nel non consentire alla clientela il pagamento dei servizi tramite domiciliazione bancaria su conti correnti accesi presso Banche aventi sede in Paesi dell'Unione Europea diversi dall'Italia e quindi con Iban non caratterizzati dalle iniziali nazionali "IT...".

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) *L'iter del procedimento*

Fase Preistruttoria

2. A seguito della ricezione di alcune segnalazioni provenienti da consumatori e dal Centro Tutela Consumatori e Utenti, in data 14 marzo 2018 è stata inviata una richiesta di informazioni a Wind Tre, che ha fatto pervenire il relativo riscontro in data 29 marzo 2018.
3. In data 17 settembre 2018 è stata indirizzata una richiesta di informazioni a Unicredit S.p.A. e Intesa San Paolo S.p.A..
4. Nelle date del 21 e 24 settembre 2018 sono pervenute le rispettive risposte da parte dei due istituti di credito.

Fase istruttoria

5. In relazione alla condotta sopra descritta, in data 15 novembre 2018 è stato comunicato alle Parti l'avvio del procedimento istruttorio n. PV3 nei confronti di Wind Tre S.p.A., per possibile violazione dell'art. 9 del Regolamento (UE) n. 260/2012 (di seguito Regolamento UE n. 260/2012).
6. In tale sede veniva, in particolare, ipotizzata la violazione della suddetta disposizione nella misura in cui risultasse accertato che l'operatore non accetti bonifici e addebiti diretti in conto per il pagamento dei propri servizi da conti accesi presso istituti bancari residenti nel territorio dell'Unione ma non situati nel territorio nazionale, realizzandosi in tal modo una discriminazione geografica nell'uso dei suddetti strumenti di pagamento (c.d. *Iban discrimination*).
7. In data 14 dicembre 2018 Wind Tre ha depositato la propria memoria difensiva fornendo altresì le informazioni richieste nella comunicazione di avvio.
8. Nella data del 1° febbraio 2019 Wind Tre è stata sentita in audizione.
9. In data 28 febbraio 2019 è stata comunicata alle Parti la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento.
10. In data 19 marzo 2019 Wind Tre ha fatto pervenire la propria memoria conclusiva.

2) *Le evidenze acquisite*

11. Dalla documentazione in atti emerge che, per politica aziendale, Wind Tre non accetta il pagamento tramite domiciliazione bancaria nel caso delle offerte di telefonia abbinate ad un prodotto/apparato di fascia medio alta. In questi casi l'unico strumento di pagamento ammesso è la carta di credito, senza distinzione tra carte emesse in Italia o all'estero.
12. Diversamente, per quanto concerne le offerte di telefonia non abbinate ad alcun prodotto o abbinate ad un prodotto di fascia più bassa, le risultanze istruttorie hanno confermato l'impossibilità, per un cliente Wind Tre, di eseguire i pagamenti a favore di tale società con addebito automatico in conto laddove quest'ultimo non sia stato acceso presso una banca con sede in Italia (impossibilità quindi in assenza di un IBAN italiano). Infatti, la documentazione acquisita testimonia che il singolo bonifico da conto estero è sempre stato accettato da Wind Tre, mentre la possibilità di effettuare il pagamento tramite domiciliazione su conto corrente estero non è stata prevista, a causa dell'adesione della società al sistema SEDA, un servizio opzionale e aggiuntivo rispetto al sistema dei pagamenti europeo SEPA, utilizzato prevalentemente da banche italiane.

13. Tali circostanze risultano dalle stesse dichiarazioni della società la quale ha affermato nel corso del procedimento e nella propria memoria conclusiva che *“l’attuale indisponibilità, da parte di Wind Tre, di un sistema informatico che consenta di stipulare un contratto o di modificare il metodo di pagamento prescelto, nel caso in cui la domiciliazione bancaria riguardi conti correnti accesi presso Banche aventi sede in paesi dell’Unione Europea diversi dall’Italia, e dunque IBAN non caratterizzati dalle iniziali “IT” (a parte banche di San Marino) rappresenta una “scelta imprenditoriale” la cui ratio “non era geografica, quanto piuttosto finanziaria”.*

14. La mancata accettazione della domiciliazione su conti esteri discende unicamente dalla scelta della società di utilizzare il SEDA per gli incassi. Il sistema bancario nazionale è infatti in grado di ricevere pagamenti da qualsiasi istituto estero attraverso il SEPA, come confermato dalle due maggiori banche italiane, che hanno rilevato quanto segue: a) di essere in grado di accogliere per l’incasso le disposizioni da addebitare presso qualsiasi *Payment Service Provider* (PSP) aderente agli schemi “SDD Core” ed “SSD B2B” e quindi anche laddove l’IBAN del debitore abbia iniziali diverse da “IT”; b) di poter raggiungere qualsiasi altro PSP che aderisca al medesimo servizio a prescindere dalla localizzazione geografica UE ove sia attestato; c) anche per i creditori che utilizzano il SEDA, in relazione ai mandati con addebito su conti presso PSP non aderenti al medesimo resta ferma la possibilità per il creditore di accettarli come incassi SDD senza il servizio opzionale aggiuntivo SEDA.

15. Wind ha tuttavia dichiarato di aver concluso una complessa procedura di adeguamento dei sistemi che, a partire dal 31 marzo 2019, le permette di accettare addebiti ricorsivi su conti correnti esteri nel caso di offerte non abbinata a un prodotto o a prodotti di fascia medio bassa.

3) Le argomentazioni difensive della Parte

16. Nelle proprie memorie difensive del 5 dicembre 2018 e 19 marzo 2019 nonché nel corso dell’audizione tenuta il 1° febbraio 2019, Wind Tre ha svolto, tra le altre, le argomentazioni di seguito sintetizzate.

17. La circostanza che la clientela di Wind Tre possa scegliere il pagamento con domiciliazione su conto corrente solo indicando conti accesi presso una banca italiana discende dalla adesione della società al sistema SEDA, un servizio opzionale e aggiuntivo rispetto al SEPA che permette di garantire i medesimi livelli di servizio precedentemente assicurati con il servizio RID.

18. In particolare, il servizio consente a tutti i soggetti coinvolti nelle relazioni di pagamento (sia alle società che ai propri clienti) di ottenere benefici e vantaggi in termini di sicurezza e prevenzione delle frodi (il beneficiario del pagamento può procedere all’addebito nei confronti del proprio cliente solo a valle di una conferma esplicita da parte della banca depositaria del conto di quest’ultimo), nonché di gestione della modalità di pagamento da parte del cliente (il debitore può revocare in qualsiasi momento la domiciliazione bancaria, anche direttamente facendone richiesta presso la propria banca, impedendo ogni successivo addebito, oppure modificare/spostare autonomamente la domiciliazione presso un altro istituto).

19. Pertanto, la scelta di aderire al servizio SEDA non sarebbe dettata dalla finalità di discriminare potenziali clienti esteri che non possiedono un conto corrente in una banca italiana ma da motivazioni legate alla sicurezza e alla prevenzione di frodi a tutela della società e degli stessi consumatori.

20. Il ritardo nell'adeguamento dei sistemi a quanto previsto dal Regolamento sarebbe, in ogni caso, da ricondurre ad un aspetto oggettivo connesso ad una serie di inevitabili ritardi e inefficienze dovuti alla fusione delle due società Wind Telecomunicazioni S.p.A. e H3G S.p.A..

21. Deve considerarsi, inoltre, il numero estremamente esiguo sia di richieste che di reclami provenienti da parte di consumatori con conti correnti esteri interessati alla domiciliazione in questione.

22. Infine, nella propria memoria conclusiva, pervenuta il 19 marzo 2019, Wind Tre ha prospettato quanto segue: *“IMPEGNI. Wind Tre, ferme restando le argomentazioni in diritto innanzi esposte, la rimozione delle condotte contestate, la conseguente offerta della domiciliazione su conto corrente di altro Paese dell'Unione europea, dal primo marzo si impegna a: Ricontattare i pochi clienti che hanno lamentato l'impossibilità di godere della domiciliazione su conto corrente bancario di altro Paese dell'UE e ad offrire ad ognuno la domiciliazione nel Paese richiesto; pubblicizzare sul sito l'offerta della domiciliazione su conto di altro Paese dell'UE; presentare a codesta rispettabile Autorità una relazione semestrale sull'andamento della domiciliazione in altro Paese dell'UE”*.

IV. VALUTAZIONI

23. In via preliminare, giova evidenziare che l'eliminazione della discriminazione geografica nell'uso di bonifici e addebiti diretti in euro, quale ostacolo alla piena attuazione del sistema SEPA e, più in generale, alla realizzazione del mercato unico dei pagamenti, rappresenta un obiettivo prioritario a livello europeo¹.

24. A tale riguardo, l'art. 9 del Regolamento (UE) n. 260/2012 stabilisce che *“Il beneficiario che accetta un bonifico o riceve fondi mediante addebito diretto da un pagatore titolare di un conto di pagamento interno all'Unione non specifica lo Stato membro nel quale è situato tale conto di pagamento, sempre che il conto di pagamento sia raggiungibile conformemente all'art. 3”*².

25. Ciò posto, il presente provvedimento ha ad oggetto la condotta posta in essere da Wind Tre nell'ambito della commercializzazione di servizi di telefonia fissa e mobile, consistente nell'aver operato una discriminazione tra conti correnti italiani e conti correnti esteri in violazione dei suddetti obblighi di non *“discriminazione”* tra gli strumenti di pagamento all'interno dell'Unione Europea.

26. Nel caso in esame, per ammissione della stessa Wind Tre come sopra riportata, per quanto concerne le offerte di telefonia non abbinata ad un prodotto o abbinata ad un prodotto di fascia bassa, l'architettura dei sistemi di pagamento con addebito automatico e le sottese procedure interne consentono alla clientela di scegliere il pagamento con domiciliazione su conto corrente solo nel caso di conti accesi presso una banca italiana, con esclusione dunque dei conti correnti aperti presso Banche estere aventi sede in altri paesi dell'Unione Europea.

27. Diversamente da quanto sostenuto nelle difese di Wind Tre, tale impedimento non può essere giustificato dalla decisione della stessa Società di aderire, a seguito dell'introduzione del sistema

¹ Nell'ambito della *“Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione del regolamento (UE) n. 260/2012”* del 27 novembre 2017 (COM(2017) 683 final), l'eliminazione dell'*iban discrimination* viene definita come *“la priorità principale della Commissione europea per quanto riguarda l'applicazione del regolamento SEPA”*.

² Il principio è stato poi confermato anche dal Regolamento (UE) 2018/302, entrato in vigore il 3 dicembre 2018.

SEPA, al servizio SEDA per l'incasso delle fatture, utilizzato prevalentemente dalle banche italiane.

28. In proposito basti evidenziare che il passaggio dal RID, il sistema degli addebiti diretti precedentemente in uso in Italia, al SEPA è stato reso necessario proprio al fine di armonizzare i sistemi a livello comunitario e garantire anche in Italia un meccanismo che generi i pagamenti con mandato lato creditore e non (come con il RID) lato debitore.

29. Il SEPA prevede, infatti, un modello comune tra tutti gli Stati basato sulla gestione dei mandati da parte dei creditori (ovvero i fatturatori) che dovrebbero, come tali, provvedere alla gestione dei pagamenti dei clienti rapportandosi con le rispettive banche.

30. Il protocollo SEDA non è un servizio diverso che possa giustificare l'impedimento ad utilizzare IBAN non italiani, poiché trattasi di un "servizio" opzionale e aggiuntivo fornito ai fatturatori che, a loro discrezione, preferiscono non svolgere i servizi relativi alla gestione mandati dei propri clienti.

31. Come tale la scelta di ricorrere al SEDA non può certo rappresentare un'esimente per il creditore che non si sia dotato di procedure interne specifiche al fine di adeguarsi alla normativa europea, così impedendo ai clienti di eseguire il pagamento dei servizi mediante domiciliazione bancaria su conti esteri e determinando discriminazioni tra questi e i conti italiani. E' proprio l'obiettivo di assicurare piena interoperabilità nel sistema dei pagamenti a livello europeo che ha determinato l'introduzione della regolamentazione comunitaria volta a omogeneizzare i sistemi in oggetto.

32. Peraltro, nemmeno dal punto di vista tecnico - come confermato anche dalle informazioni fornite dalle due principali banche italiane - il fatto che il debitore non abbia un IBAN italiano pregiudica l'incasso per il creditore aderente al SEDA.

33. Né il mancato adeguamento da parte della Società a quanto previsto dal Regolamento UE n. 260/2012 può considerarsi giustificato dall'esiguo numero, secondo quanto riferito dalla società, di casi di utenti interessati al pagamento da conto estero.

34. A tale riguardo, infatti, basti rilevare che, come evidenziato dalla stessa Wind Tre, l'esclusione dell'addebito automatico su conti correnti esteri discende da una scelta imprenditoriale della società che, si ribadisce, non si è dotata di un sistema che consenta il pagamento dei servizi mediante domiciliazione bancaria da conti correnti esteri via sistema SEPA.

35. In conclusione, la condotta posta in essere da Wind Tre nell'ambito della commercializzazione di servizi di telefonia fissa e mobile consistente nel non consentire alla clientela, nel caso di offerte di telefonia non abbinate ad un prodotto o abbinate ad un prodotto di fascia bassa, il pagamento dei servizi tramite domiciliazione bancaria su conti correnti accesi presso Banche aventi sede in Paesi dell'Unione Europea diversi dall'Italia integra una violazione del divieto sancito dall'art. 9 del Regolamento (UE) n. 260/2012.

V. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

36. Ai sensi dell'articolo 27, comma 9, del Codice del Consumo, come richiamato dall'art. 3 comma 3 del Decreto Legislativo 18 agosto 2015, n. 135, di attuazione dell'art. 11 del Regolamento (UE) n. 260/2012, con il provvedimento che vieta la condotta posta in essere in violazione dell'art. 9 del medesimo Regolamento, l'Autorità dispone l'applicazione di una

sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

37. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'articolo 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'articolo 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

38. Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto, nella fattispecie in esame, della rilevante dimensione economica dell'operatore, che presenta ricavi pari a circa 6,171 miliardi di euro. Si tiene altresì conto della circostanza che la condotta è stata posta in essere in un contesto di iniziale applicazione del Regolamento (UE) n. 260/2012, e dunque nella fase di avvio del mercato unico europeo dei pagamenti, che rappresenta obiettivo fondamentale dello stesso Regolamento, posto a rischio secondo la Commissione europea proprio dalla condotta qui in esame. Inoltre, occorre anche prendere in considerazione la circostanza che la condotta contestata riguarda i servizi e le utenze di telefonia sia fissa che mobile in abbonamento. Infine si tratta di una condotta che, a prescindere dai suoi effetti concreti, è di per sé manifestamente in contrasto con una disciplina normativa di immediata interpretazione e ben nota all'operatore.

39. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che il comportamento illecito è stato posto in essere almeno dal 1° febbraio 2014, data di entrata in vigore del SEPA prevista dall'art. 6 del Regolamento (UE) n. 260/2012, al 31 marzo 2019.

40. Sulla base di tali elementi, si ritiene di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Wind Tre S.p.A. nella misura di 800.000 € (ottocentomila euro).

RITENUTO, sulla base delle considerazioni suesposte, che la condotta posta in essere da Wind Tre S.p.A., consistente nel non consentire alla clientela il pagamento dei servizi di telefonia tramite domiciliazione bancaria su conti correnti accesi presso Banche aventi sede in Paesi dell'Unione Europea diversi dall'Italia, integra una violazione del divieto sancito dall'art. 9 del Regolamento (UE) n. 260/2012;

DELIBERA

a) che la condotta descritta al punto II del presente provvedimento, posta in essere dalla società Wind Tre S.p.A., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una violazione dell'art. 9 del Regolamento (UE) n. 260/2012;

b) di irrogare alla società Wind Tre S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 800.000 € (ottocentomila euro).

La sanzione amministrativa irrogata deve essere pagata entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997.

Il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o

da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito internet *www.agenziaentrate.gov.it*.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio della documentazione attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Ai sensi dell'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza al provvedimento l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

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 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 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
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

PV4 - TELECOM-DISCRIMINAZIONE IBAN ESTERI

Provvedimento n. 27644

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 10 aprile 2019;

SENTITO il Relatore Professore Michele Ainis;

VISTA la Parte II, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "*Codice del Consumo*" e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo) e, in particolare, l'art. 27;

VISTO il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*" (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015;

VISTO il Regolamento (UE) n. 260/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro e che modifica il Regolamento (CE) n. 924/2009, con particolare riferimento agli artt. 9 ed 11;

VISTO il Decreto Legislativo n. 135/2015, di attuazione dell'art. 11 del Regolamento (UE) n. 260/2012, con particolare riferimento al comma 3 dell'art. 3;

VISTO il proprio provvedimento del 13 febbraio 2019, con il quale, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del Regolamento, è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento, per particolari esigenze istruttorie;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LA PARTE

Telecom Italia S.p.A. (di seguito TIM), società attiva nel settore delle comunicazioni elettroniche. Il bilancio della Società relativo all'esercizio chiuso al 31 dicembre 2018 presenta ricavi pari a circa 13,9 miliardi di euro.

II. LA CONDOTTA OGGETTO DEL PROCEDIMENTO

1. Il procedimento concerne il comportamento posto in essere da TIM nell'ambito della commercializzazione di servizi di telefonia fissa e mobile consistente nel non consentire alla clientela il pagamento di tali servizi tramite la domiciliazione bancaria su conti correnti accesi presso Banche aventi sede in Paesi dell'Unione Europea diversi dall'Italia e quindi con Iban non caratterizzati dalle iniziali nazionali "IT...".

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) *L'iter del procedimento*

Fase preistruttoria

2. A seguito della ricezione di alcune segnalazioni, in data 14 marzo 2018, è stata inviata una richiesta di informazioni a TIM¹ che ha fatto pervenire il relativo riscontro in data 8 giugno 2018².
3. In data 17 settembre 2018 è stata indirizzata una richiesta di informazioni ai due principali istituti bancari nazionali: Unicredit S.p.A. (di seguito Unicredit) ed Intesa San Paolo S.p.A. (di seguito Intesa).
4. Unicredit ha fornito riscontro alla predetta richiesta di informazioni in data 21 settembre 2018³, mentre in data 24 settembre 2018 è pervenuta la risposta di Intesa⁴.

Fase istruttoria

5. In relazione alla condotta sopra descritta, in data 15 novembre 2018 è stato comunicato⁵ a TIM l'avvio del procedimento istruttorio n. PV4, per possibile violazione dell'art. 9 del Regolamento (UE) n. 260/2012.
6. In tale sede veniva, in particolare, ipotizzata la violazione della suddetta disposizione nella misura in cui risultasse accertato che il professionista non accetti bonifici e addebiti diretti in conto per il pagamento dei propri servizi da conti accesi presso istituti bancari residenti nel territorio dell'Unione ma non situati nel territorio nazionale, realizzandosi in tal modo una discriminazione geografica nell'uso dei suddetti strumenti di pagamento (c.d. *Iban discrimination*).
7. In data 5 dicembre 2018 TIM ha depositato la propria memoria difensiva⁶, fornendo altresì le informazioni richieste nella comunicazione di avvio.
8. In data 14 gennaio 2019 TIM è stata sentita in audizione⁷.
9. In data 31 dicembre 2018, ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo, la società ha presentato una prima versione di impegni⁸, successivamente precisati nel corso della citata audizione, volti a rimuovere i profili di illiceità della condotta oggetto di contestazione.
10. In data 8 marzo 2019 è stata comunicata alla Parte la data di conclusione della fase istruttoria, ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento⁹.
11. In data 15 marzo 2019 la Parte ha fatto pervenire la propria memoria conclusiva¹⁰ ed in data 20 marzo 2019 la versione consolidata del formulario contenente gli impegni¹¹.

¹ Doc. n. 1.

² Doc. n. 2.

³ Doc. n. 8.

⁴ Doc. n. 9.

⁵ Doc. n. 11

⁶ Doc. n. 14

⁷ Doc. n. 17

⁸ Doc. n. 15

⁹ Doc. n. 20

¹⁰ Doc. n. 22

¹¹ Doc. n. 24

2) Le evidenze acquisite

12. Le risultanze istruttorie evidenziano che, con riguardo al sistema di pagamento dei servizi di telefonia con addebito automatico su conto corrente, l'architettura generale dei sistemi e le sottese procedure di TIM consentono attualmente alla clientela di scegliere il pagamento con domiciliazione solo indicando conti accesi presso una banca italiana o presso una banca di San Marino, in quanto a seguito dell'introduzione del sistema SEPA, la società ha aderito per l'incasso delle fatture al servizio c.d. SEDA (che fornisce alcuni servizi aggiuntivi opzionali soprattutto per la verifica dell'affidabilità dei clienti), accessorio al SEPA ed utilizzato prevalentemente da banche italiane

13. La mancata accettazione della domiciliazione su conti esteri discende attualmente dalla scelta della società di utilizzare il SEDA per gli incassi. Il sistema bancario nazionale è infatti in grado di ricevere pagamenti da qualsiasi istituto estero attraverso il SEPA, come confermato dalle due maggiori banche italiane, che hanno rilevato quanto segue: a) di essere in grado di accogliere per l'incasso le disposizioni da addebitare presso qualsiasi *Payment Service Provider* (PSP) aderente agli schemi "SDD Core" ed "SSD B2B" e quindi anche laddove l'IBAN del debitore abbia iniziali diverse da "IT"; b) di poter raggiungere qualsiasi altro PSP che aderisca al medesimo servizio a prescindere dalla localizzazione geografica UE ove sia attestato; c) anche per i creditori che utilizzano il SEDA, in relazione ai mandati con addebito su conti presso PSP non aderenti al medesimo resta ferma la possibilità per il creditore di accettarli come incassi SDD senza il servizio opzionale aggiuntivo SEDA.

14. La domiciliazione bancaria su conto corrente estero è comunque, alla luce dell'obbligo di cui al Regolamento UE n. 260/2012, da tempo oggetto di progressiva implementazione da parte di TIM che conta di terminare la procedura di attuazione, con l'accettazione di qualsiasi richiesta di addebito su conti esteri, entro il giugno 2019.

3) Gli impegni presentati dalla Parte

15. In data 31 dicembre 2018, TIM ha presentato una proposta di impegni, ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo e dell'art. 9 del Regolamento, successivamente precisata in data 14 gennaio 2019. In particolare, tali impegni – che nella loro versione definitiva sono allegati al presente provvedimento e ne costituiscono parte integrante – prevedono in estrema sintesi:

1. L'implementazione, entro giugno 2019, delle funzionalità necessarie all'accoglimento delle richieste di domiciliazione su conti correnti di banche residenti nei Paesi UE. Tale misura, attraverso l'adeguamento dei sistemi informativi della società alla gestione degli Iban esteri, consentirà la domiciliazione su banche appartenenti a uno qualsiasi dei 28 Stati dell'UE;
2. L'estensione, da aprile 2019, della possibilità di domiciliazione del pagamento su carte di credito anche per le utenze di telefonia fissa (oltre che per quelle mobili per cui tale forma di pagamento è già ammessa); le carte di credito consentite sono quelle emesse sia da soggetti nazionali che da operatori esteri;
3. Un'apposita campagna comunicazionale sul sito web di TIM e sulle fatture, per 2 cicli di fatturazione, relativa alle sopra descritte novità sulle modalità di pagamento dei servizi. La campagna informativa sarà diffusa in due fasi, entro il mese di marzo 2019 per le misure di cui al punto 2 ed entro il giugno 2019 per quelle di cui al punto 1.

IV. VALUTAZIONI

16. In via preliminare, è opportuno sottolineare che l'eliminazione della discriminazione geografica nell'uso di bonifici ed addebiti diretti in euro, quale ostacolo alla piena attuazione del sistema SEPA e, più in generale, alla realizzazione del mercato unico dei pagamenti, rappresenta ed è stato considerato come un obiettivo prioritario a livello europeo¹².

17. A tale riguardo, l'art. 9 del Regolamento (UE) n. 260/2012 stabilisce che *"Il beneficiario che accetta un bonifico o riceve fondi mediante addebito diretto da un pagatore titolare di un conto di pagamento interno all'Unione non specifica lo Stato membro nel quale è situato tale conto di pagamento, sempre che il conto di pagamento sia raggiungibile conformemente all'art. 3"*¹³.

18. Gli impegni presentati da TIM appaiono idonei a rimuovere i profili oggetto di contestazione conformando pienamente la condotta della società a quanto stabilito dalla norma comunitaria, in quanto prevedono una modifica globale e di "sistema" su tutte le procedure automatizzate di domiciliazione delle utenze di telefonia fissa e mobile. Tale modifica dell'architettura dei sistemi di pagamento consentirà, quindi, a tutti i consumatori con conti correnti presso banche estere in ambito UE di richiedere ed ottenere in maniera autonoma la domiciliazione utilizzando tali conti esteri, essendo i casi in questione trattati in maniera assolutamente identica rispetto alle richieste di domiciliazione delle utenze su iban nazionali. L'impegno di modifica dei propri sistemi proposto dal professionista TIM consentirà, infatti, di gestire integralmente tutte le richieste in maniera automatizzata e indifferenziata, senza dover far ricorso a lavorazioni specifiche per quelle di singoli consumatori interessati dotati di Iban presso banche estere in ambito UE.

19. Gli impegni prevedono, altresì, un'ampia campagna informativa per rendere edotti i consumatori della possibilità di domiciliare i pagamenti su conti esteri. Essa sarà articolata su diversi canali di diffusione. La campagna informativa coprirà infatti non solo il canale web ma anche i canali diretti con i singoli consumatori utenti dato che è previsto l'inserimento della comunicazione informativa in questione anche nelle fatture inviate, nell'arco di 2 cicli, per il pagamento delle varie utenze.

RITENUTO, pertanto, che gli impegni presentati da Telecom Italia S.p.A., nei termini sopra esposti, siano idonei a far venir meno i possibili profili di illiceità della condotta oggetto di istruttoria;

RITENUTO di disporre l'obbligatorietà dei suddetti impegni nei confronti della società Telecom Italia S.p.A.;

RITENUTO, pertanto, di poter chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione;

DELIBERA

a) di rendere obbligatori, nei confronti della società Telecom Italia S.p.A., ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo e dell'art. 9, comma 2, lettera a), del Regolamento, gli impegni

¹² Nell'ambito della "Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione del regolamento (UE) n. 260/2012" del 27 novembre 2017 (COM(2017) 683 final), l'eliminazione dell'*iban discrimination* viene definita come la "la priorità principale della Commissione europea per quanto riguarda l'applicazione del regolamento SEPA".

¹³ Il principio è stato poi confermato anche dal Regolamento (UE) 2018/302, entrato in vigore il 3 dicembre 2018.

dalla stessa società proposti in data 31 dicembre 2018 e precisati in data 14 gennaio 2019, come descritti nell'Allegato 1 – Dichiarazione impegni e risultanti dalla versione consolidata degli impegni, nonché dagli allegati 1 e 2 alla stessa, facenti parte integrante del provvedimento;

b) di chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione, ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo e dell'art. 9, comma 2, lettera a), del Regolamento;

c) che la società Telecom Italia S.p.A., entro sessanta giorni dalla data di notifica della presente delibera, informi l'Autorità dell'avvenuta attuazione degli impegni.

Ai sensi dell'articolo 9, comma 3, del Regolamento, il procedimento potrà essere riaperto d'ufficio, laddove:

a) il professionista non dia attuazione agli impegni;

b) si modifichi la situazione di fatto rispetto ad uno o più elementi su cui si fonda la decisione;

c) la decisione di accettazione di impegni si fondi su informazioni trasmesse dalle Parti che siano incomplete, inesatte o fuorvianti.

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE

Filippo Arena

IL PRESIDENTE *f.f.*

Gabriella Muscolo

PV5 - FASTWEB-DISCRIMINAZIONE IBAN ESTERI

Provvedimento n. 27645

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 10 aprile 2019;

SENTITO il Relatore Professore Michele Ainis;

VISTA la Parte II, Titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "*Codice del Consumo*" e successive modificazioni (di seguito, Codice del Consumo) ed, in particolare, l'art. 27;

VISTO il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*" (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015;

VISTO il Regolamento (UE) n. 260/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro e che modifica il Regolamento (CE) n. 924/2009, con particolare riferimento agli artt. 9 ed 11;

VISTO il Decreto Legislativo n. 135/2015, di attuazione dell'art. 11 del Regolamento (UE) n. 260/2012, con particolare riferimento al comma 3 dell'art. 3;

VISTO il proprio provvedimento del 13 febbraio 2019, con il quale, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del Regolamento, è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento, per particolari esigenze istruttorie;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LA PARTE

Fastweb S.p.A. (di seguito Fastweb), società attiva nel settore delle comunicazioni elettroniche. Il bilancio della Società relativo all'esercizio chiuso al 31 dicembre 2017 presenta ricavi da vendite e prestazioni pari a circa 1,9 miliardi di euro.

II. LA CONDOTTA OGGETTO DEL PROCEDIMENTO

1. Il procedimento concerne il comportamento posto in essere da Fastweb nell'ambito della commercializzazione di servizi di telefonia fissa e mobile consistente nel non consentire alla clientela il pagamento di tali servizi tramite la domiciliazione bancaria su conti correnti accesi presso Banche aventi sede in Paesi dell'Unione Europea diversi dall'Italia e quindi con Iban non caratterizzati dalle iniziali nazionali "IT...".

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) *L'iter del procedimento*

Fase preistruttoria

2. A seguito della ricezione di alcune segnalazioni, in data 14 marzo 2018 è stata inviata una richiesta di informazioni a Fastweb¹, che ha fatto pervenire il relativo riscontro in data 4 aprile 2018².

3. In data 17 settembre 2018 è stata indirizzata una richiesta di informazioni ai due principali istituti bancari nazionali: Unicredit S.p.A. (di seguito Unicredit) ed Intesa San Paolo S.p.A. (di seguito Intesa).

4. Unicredit ha fornito riscontro alla predetta richiesta di informazioni in data 21 settembre 2018³, mentre in data 24 settembre 2018 è pervenuta la risposta di Intesa⁴.

Fase istruttoria

5. In relazione alla condotta sopra descritta, in data 15 novembre 2018 è stato comunicato⁵ a Fastweb l'avvio del procedimento istruttorio n. PV5, per possibile violazione dell'art. 9 del Regolamento (UE) n. 260/2012.

6. In tale sede veniva, in particolare, ipotizzata la violazione della suddetta disposizione nella misura in cui risultasse accertato che il professionista non accetti bonifici e addebiti diretti in conto per il pagamento dei propri servizi da conti accesi presso istituti bancari residenti nel territorio dell'Unione ma non situati nel territorio nazionale, realizzandosi in tal modo una discriminazione geografica nell'uso dei suddetti strumenti di pagamento (c.d. *Iban discrimination*).

7. In data 6 dicembre 2018 Fastweb ha depositato la propria memoria difensiva⁶, fornendo altresì le informazioni richieste nella comunicazione di avvio.

8. In data 17 gennaio 2019 Fastweb è stata sentita in audizione presso i locali dell'Autorità⁷.

9. In data 31 dicembre 2018, ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo, la società ha presentato una prima versione di impegni⁸, successivamente integrati in data 28 gennaio 2019⁹, volti a rimuovere i profili di illiceità della condotta oggetto di contestazione.

10. Tali impegni sono stati rigettati dall'Autorità nella sua adunanza del 13 febbraio 2019, in quanto risultati inidonei a rimuovere i profili di possibile illiceità della condotta contestata. La relativa decisione di rigetto è stata comunicata alla società il 19 febbraio 2019¹⁰.

¹ Doc. n. 1.

² Doc. n. 2.

³ Doc. n. 9.

⁴ Doc. n. 10.

⁵ Doc. n. 13.

⁶ Doc. n. 16.

⁷ Doc. n. 20.

⁸ Doc. n. 17.

⁹ Doc. n. 21.

¹⁰ Doc. n. 24.

11. In data 28 febbraio 2019 è stata comunicata alla Parte la data di conclusione della fase istruttoria, ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento¹¹.

12. In data 20 marzo 2019 la Parte ha fatto pervenire la propria memoria conclusiva¹².

2) Le evidenze acquisite

13. Le risultanze istruttorie evidenziano che, con riguardo al sistema di pagamento dei servizi di telefonia con addebito automatico su conto corrente, l'architettura generale dei sistemi e le sottese procedure di Fastweb consentono alla clientela di scegliere il pagamento con domiciliazione solo indicando conti accesi presso una banca italiana o presso una banca di San Marino, in quanto a seguito dell'introduzione del sistema SEPA, la società ha aderito per l'incasso delle fatture al servizio c.d. SEDA (che fornisce alcuni servizi aggiuntivi opzionali soprattutto per la verifica dell'affidabilità dei clienti), accessorio al SEPA ed utilizzato prevalentemente da banche italiane. Pertanto, è stata confermata l'impossibilità, per un cliente Fastweb, di procedere ad eseguire i pagamenti a favore dell'operatore con addebito automatico in conto laddove quest'ultimo non sia stato acceso presso una banca con sede in Italia.

14. La società ha confermato quanto sopra in audizione: *“La gestione automatizzata dei pagamenti adottata dalla società riguarda attualmente solo il protocollo bancario Seda, tipico del sistema italiano....Nel caso di richieste di domiciliazione su c.c. di banche estere che utilizzino, invece, il sistema generale UE dei protocolli di pagamento Sepa, Fastweb effettuerà una lavorazione di tipo “manuale” da parte di un apposito team dedicato. Infatti, un intervento di automazione sui sistemi ed i relativi flussi verso il canale bancario risulterebbe sproporzionato e gravoso anche considerando il numero estremamente esiguo di richieste pervenute da parte di consumatori italiani titolari di conti correnti esteri concretamente interessati alla domiciliazione in questione”*¹³.

15. La mancata accettazione della domiciliazione su conti esteri discende unicamente dalla scelta della società di utilizzare il SEDA per gli incassi. Il sistema bancario nazionale è infatti in grado di ricevere pagamenti da qualsiasi istituto estero attraverso il SEPA, come confermato dalle due maggiori banche italiane, che hanno rilevato quanto segue: a) di essere in grado di accogliere per l'incasso le disposizioni da addebitare presso qualsiasi *Payment Service Provider* (PSP) aderente agli schemi “SDD Core” ed “SSD B2B” e quindi anche laddove l'IBAN del debitore abbia iniziali diverse da “IT”; b) di poter raggiungere qualsiasi altro PSP che aderisca al medesimo servizio a prescindere dalla localizzazione geografica UE ove sia attestato; c) anche per i creditori che utilizzano il SEDA, in relazione ai mandati con addebito su conti presso PSP non aderenti al medesimo resta ferma la possibilità per il creditore di accettarli come incassi SDD senza il servizio opzionale aggiuntivo SEDA.

3) Le argomentazioni difensive della Parte.

16. Nelle proprie memorie difensive del 6 dicembre 2018 e 20 marzo 2019, nonché nel corso dell'audizione tenutasi il 17 gennaio 2019, Fastweb ha svolto, tra le altre, le argomentazioni di seguito sintetizzate.

¹¹ Doc n. 26.

¹² Doc. n. 30.

¹³ Doc n. 20.

17. La gestione dei pagamenti mediante domiciliazione su conto corrente attualmente consentita dalla società riguarda solo istituti bancari aderenti al protocollo SEDA, che rappresenta l'unico strumento che garantisce la società attraverso controlli delegati alle banche circa la disponibilità del conto corrente da parte del consumatore, la correttezza dei dati identificativi, l'eventuale status di cattivo pagatore del cliente risultante dalle apposite banche dati. Vengono accolte, quindi, secondo il professionista, le richieste di domiciliazione delle utenze di telefonia fissa e mobile su conti correnti di banche estere che aderiscono a tale protocollo SEDA, in quanto tali casi rientrano nella normale lavorazione sui sistemi di gestione della clientela.

18. La scelta di aderire al citato servizio italiano SEDA non è stata dettata dalla deliberata finalità di discriminare potenziali clienti esteri che non possiedono un conto corrente in una banca italiana ma, in un settore come quello delle telecomunicazioni connotato da un elevato rischio di attività fraudolente poste in essere tramite i servizi di comunicazione elettronica, da motivazioni legate alla sicurezza ed alla prevenzione di eventuali attività fraudolente.

19. Fastweb ha rilevato che è comunque ammessa per i consumatori la possibilità di domiciliare le proprie utenze sia di telefonia fissa che mobile su carte di credito estere e che i consumatori che hanno chiesto di domiciliare le proprie utenze su conti correnti esteri e/o hanno presentato reclami in caso di rifiuto risultano in numero estremamente ridotto e marginale. Proprio il numero esiguo di richieste finora pervenute in proposito rende una modifica generalizzata dell'intera architettura dei sistemi di pagamento finalizzata a consentire la domiciliazione su conti esteri eccessivamente onerosa e sproporzionata.

IV. VALUTAZIONI

20. In via preliminare, è opportuno sottolineare che l'eliminazione della discriminazione geografica nell'uso di bonifici ed addebiti diretti in euro, quale ostacolo alla piena attuazione del sistema SEPA e, più in generale, alla realizzazione del mercato unico dei pagamenti, rappresenta ed è stata considerato come un obiettivo prioritario a livello europeo¹⁴.

21. A tale riguardo, l'art. 9 del Regolamento (UE) n. 260/2012 stabilisce che *"Il beneficiario che accetta un bonifico o riceve fondi mediante addebito diretto da un pagatore titolare di un conto di pagamento interno all'Unione non specifica lo Stato membro nel quale è situato tale conto di pagamento, sempre che il conto di pagamento sia raggiungibile conformemente all'art. 3"*¹⁵.

22. Ciò posto, il presente provvedimento ha ad oggetto la condotta posta in essere da Fastweb nell'ambito della commercializzazione di servizi di telefonia fissa e mobile consistente nell'aver operato una discriminazione tra conti correnti italiani e conti correnti esteri in violazione dei suddetti obblighi di non *"discriminazione"* tra gli strumenti di pagamento all'interno dell'Unione Europea.

23. Nel caso in esame, per ammissione della stessa Fastweb come sopra riportata, l'architettura dei propri sistemi di pagamento con addebito automatico e le sottese procedure interne consentono attualmente alla clientela di scegliere il pagamento con domiciliazione su conto corrente solo nel

¹⁴ Nell'ambito della "Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione del regolamento (UE) n. 260/2012" del 27 novembre 2017 (COM(2017) 683 final), l'eliminazione dell'*iban discrimination* viene definita come la "la priorità principale della Commissione europea per quanto riguarda l'applicazione del regolamento SEPA".

¹⁵ Il principio è stato poi confermato anche dal Regolamento (UE) 2018/302, entrato in vigore il 3 dicembre 2018.

caso di conti accesi presso una banca italiana o presso una banca di San Marino, con esclusione dunque dei conti correnti aperti presso Banche estere aventi sede in altri paesi dell'Unione Europea.

24. Diversamente da quanto sostenuto nelle posizioni difensive, tale impedimento non può essere giustificato dalla decisione della stessa Società di aderire, a seguito dell'introduzione del sistema SEPA, al servizio SEDA per l'incasso delle fatture, utilizzato prevalentemente dalle banche italiane.

25. In proposito basti evidenziare che il passaggio dal RID, il sistema degli addebiti diretti precedentemente in uso in Italia, al SEPA è stato reso necessario proprio al fine di armonizzare i sistemi a livello comunitario e garantire anche in Italia un meccanismo che generi i pagamenti con mandato lato creditore e non (come con il RID) lato debitore.

26. Il SEPA prevede, infatti, un modello comune tra tutti gli Stati basato sulla gestione dei mandati da parte dei creditori (ovvero i fatturatori) che dovrebbero, come tali, provvedere alla gestione dei pagamenti dei clienti rapportandosi con le rispettive banche.

27. Il protocollo SEDA non è un servizio diverso che possa giustificare l'impedimento ad utilizzare IBAN non italiani poiché trattasi di un "servizio" opzionale e aggiuntivo fornito ai fatturatori che, a loro discrezione, preferiscono non svolgere i servizi relativi alla gestione mandati dei propri clienti.

28. Come tale, la scelta di ricorrere al SEDA non può rappresentare un'esimente per il creditore che non si sia dotato di procedure interne specifiche al fine di adeguarsi alla normativa europea, così impedendo ai clienti di eseguire il pagamento dei servizi mediante domiciliazione bancaria su conti esteri e determinando discriminazioni tra questi e i conti italiani. E' proprio l'obiettivo di assicurare piena interoperabilità nel sistema dei pagamenti a livello europeo che ha determinato l'introduzione della regolamentazione comunitaria volta a omogeneizzare i sistemi in oggetto.

29. Peraltro, nemmeno dal punto di vista tecnico - come confermato anche dalle informazioni fornite dalle due principali banche italiane - il fatto che il debitore non abbia un IBAN italiano pregiudica l'incasso per il creditore aderente al SEDA.

30. Né il mancato adeguamento da parte della Società a quanto previsto dal Regolamento UE n. 260/2012 può considerarsi giustificato dall'esiguo numero, secondo quanto riferito dalla società, di casi di utenti interessati al pagamento da conto estero.

31. A tale riguardo, infatti, basti rilevare che l'esclusione dell'addebito automatico su conti correnti esteri discende da una carenza "strutturale" della architettura dei "sistemi" della società Fastweb che non si è finora dotata di meccanismi che consentano in via generalizzata e automatica il pagamento dei servizi mediante una domiciliazione bancaria da conti correnti esteri attraverso il sistema SEPA.

32. In conclusione, la condotta posta in essere da Fastweb nell'ambito della commercializzazione di servizi di telefonia fissa e mobile, consistente nel non consentire alla clientela il pagamento dei servizi di telefonia tramite domiciliazione bancaria su conti correnti accesi presso Banche aventi sede in Paesi dell'Unione Europea diversi dall'Italia, integra una violazione del divieto sancito dall'art. 9 del Regolamento (UE) n. 260/2012.

V. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

33. Ai sensi dell'articolo 27, comma 9, del Codice del Consumo, come richiamato dall'art. 3 comma 3 del Decreto Legislativo 18 agosto 2015, n. 135, di attuazione dell'art. 11 del Regolamento (UE) n. 260/2012, con il provvedimento che vieta la condotta posta in essere in violazione dell'art. 9 del medesimo Regolamento, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

34. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'articolo 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'articolo 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione; dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione; della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

35. Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto nella fattispecie in esame della rilevante dimensione economica dell'operatore che presenta ricavi pari a circa 1,9 miliardi di euro. Si tiene, altresì, conto che la condotta è stata posta in essere in un contesto di iniziale applicazione della disciplina di cui al Regolamento (UE) n. 260/2012, e dunque nella fase di avvio del mercato unico europeo dei pagamenti che rappresenta obiettivo fondamentale dello stesso Regolamento, posto a rischio secondo la Commissione europea proprio dalla condotta qui in esame. Inoltre, occorre anche prendere in considerazione la circostanza che la condotta contestata riguarda i servizi e le utenze di telefonia sia fissa che mobile in abbonamento. Infine, si tratta di una condotta di per sé manifestamente in contrasto con una disciplina normativa di immediata interpretazione e ben nota all'operatore.

36. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili risulta che il comportamento illecito è stato posto in essere almeno dal 1° febbraio 2014 (data di entrata in funzione del sistema Sepa prevista dall'art. 6 del Regolamento UE n. 260/2012) ed è tuttora in corso, come emerge dalla stessa documentazione agli atti.

37. Sulla base di tali elementi, si ritiene di determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Fastweb nella misura di 600.000 € (seicentomila euro).

RITENUTO, sulla base delle considerazioni suesposte, che la condotta posta in essere da Fastweb S.p.A., consistente nel non consentire alla clientela il pagamento dei servizi di telefonia tramite domiciliazione bancaria su conti correnti accessi presso Banche aventi sede in Paesi dell'Unione Europea diversi dall'Italia, integra una violazione del divieto sancito dall'art. 9 del Regolamento (UE) n. 260/2012;

DELIBERA

a) che la condotta descritta al punto II del presente provvedimento, posta in essere dalla società Fastweb S.p.A., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una violazione dell'art. 9 del Regolamento (UE) n. 260/2012 e ne vieta la continuazione;

b) di irrogare alla società Fastweb S.p.A. una sanzione amministrativa pecuniaria di 600.000 € (seicentomila euro);

c) che Fastweb S.p.A. comunichi all'Autorità, entro il termine di novanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui al punto a).

La sanzione amministrativa irrogata deve essere pagata entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997.

Il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito internet www.agenziaentrate.gov.it.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio della documentazione attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Ai sensi dell'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza al provvedimento l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

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 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 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
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo

***Autorità garante
della concorrenza e del mercato***

Bollettino Settimanale
Anno XXIX- N. 17 - 2019

Coordinamento redazionale

Giulia Antenucci

Redazione

Sandro Cini, Valerio Ruocco, Simonetta Schettini,
Manuela Villani
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Ufficio Statistica e Applicazioni Informatiche
Piazza Giuseppe Verdi, 6/a - 00198 Roma
Tel.: 06-858211 Fax: 06-85821256

Web: <http://www.agcm.it>

Realizzazione grafica

Area Strategic Design
