



AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Bollettino

Settimanale

Anno XXVI - n. 41

**Publicato sul sito www.agcm.it
21 novembre 2016**

SOMMARIO

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE	5
A500A – VODAFONE-SMS INFORMATIVI AZIENDALI	
<i>Provvedimento n. 26232</i>	5
A500B - TELECOM ITALIA-SMS INFORMATIVI AZIENDALI	
<i>Provvedimento n. 26233</i>	14
OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE	23
C12067 - FERROVIE DELLO STATO ITALIANE/FERROVIE DEL SUD-EST E SERVIZI	
AUTOMOBILISTICI	
<i>Provvedimento n. 26234</i>	23
ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA	31
AS1312 - BILANCIO DI PREVISIONE DELLO STATO PER L'ANNO FINANZIARIO 2017 E BILANCIO	
PLURIENNALE PER IL TRIENNIO 2017-2019 IN MATERIA DI ACQUISTO DI FARMACI BIOTECH E	
LORO VERSIONI BIOSIMILARI	31

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

A500A – VODAFONE-SMS INFORMATIVI AZIENDALI

Provvedimento n. 26232

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 9 novembre 2016;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modifiche;

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

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

VISTO il Regolamento del Consiglio CE n. 1/2003 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);

VISTA la segnalazione della società Ubiquity S.r.l., pervenuta in data 13 aprile 2016 e integrata, da ultimo, in data 17 ottobre 2016;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Vodafone Italia S.p.A. (nel seguito, "Vodafone" o "Vodafone Italia") è una società attiva nell'erogazione di servizi di comunicazione fissa e mobile che appartiene al gruppo internazionale Vodafone Group PLC. Nell'esercizio concluso il 31 marzo 2016, Vodafone ha realizzato ricavi pari circa a 5 miliardi di euro.

2. Ubiquity S.r.l. (nel seguito, "Ubiquity"), parte del procedimento in qualità di soggetto segnalante, è una società attiva nell'erogazione di servizi di messaggistica integrata principalmente destinati alla grande clientela aziendale.

II. LA SEGNALAZIONE

3. In data 13 aprile 2016 è pervenuta una segnalazione della società Ubiquity riguardante presunte condotte abusive ad opera della società Vodafone Italia nel mercato a monte della terminazione SMS su propria rete con effetti escludenti sul mercato a valle dei servizi SMS informativi aziendali. Le condotte segnalate consisterebbero nella discriminazione tra divisioni interne e clienti esterni per ciò che concerne le condizioni economiche del servizio di terminazione SMS e, in particolare, nella pratica di *margin squeeze* conseguente all'applicazione di prezzi *retail* degli SMS informativi aziendali che non sarebbero replicabili, considerando le tariffe all'ingrosso di terminazione SMS applicate dalla stessa Vodafone.

4. La società segnalante ha fornito uno *screenshot* di un'offerta della divisione MAM (Messaggistica Aziendale Mobile) in cui si offre un pacchetto di [omissis]¹ milioni di SMS destinati a utenti mobili Vodafone per un prezzo di [omissis] euro ed un ulteriore pacchetto di [omissis] milioni di SMS senza nessun costo aggiuntivo, con un prezzo medio al dettaglio pari a [omissis] centesimi di euro, inferiore alla tariffa all'ingrosso di terminazione SMS applicata da Vodafone alla stessa Ubiquity (pari a [omissis] centesimi di euro).

5. La segnalante, inoltre, riferisce che Vodafone avrebbe posto in essere condotte di *margin squeeze* anche mediante altre offerte commerciali destinate a clienti aziendali, quali ICBPI e Limoni Profumerie. In questi casi, le tariffe al dettaglio applicate da Vodafone non permetterebbero la copertura dei costi di fornitura dei servizi di invio massivo degli SMS, tra cui vi sono le tariffe all'ingrosso di terminazione degli SMS. Pertanto, Vodafone, a detta della segnalante, starebbe abusando della propria posizione dominante nel mercato della terminazione SMS della propria rete mobile mediante una condotta di compressione dei margini.

III. VALUTAZIONI

i) I mercati rilevanti

6. Il procedimento in oggetto riguarda i servizi di invio massivo degli SMS e, in generale, la filiera verticale dei servizi che permettono l'invio e la consegna del messaggio. Lo *Short Message Service* (SMS) è un servizio di telecomunicazione che consente d'inviare un messaggio con una dimensione fissa di 140 byte². I servizi SMS sono distinguibili in:

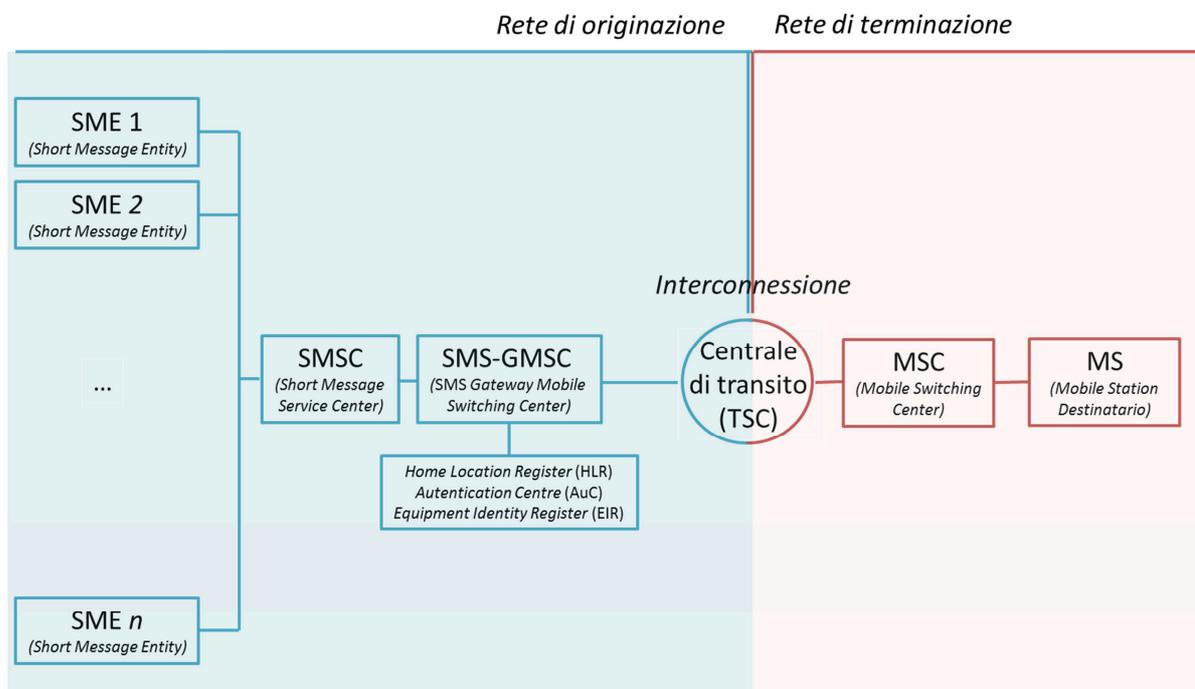
- (i) SMS P2P – *Person to Person*, inviati da un utente di rete mobile o fissa a un altro utente di rete mobile;
- (ii) SMS A2P – *Application to Person*, inviati da un'applicazione a un utente di rete mobile;
- (iii) SMS P2A – *Person to Application*, inviati da un utente di rete fissa o mobile a un'applicazione;
- (iv) SMS CB – *Cell Broadcast*, inviati da una cella radio a tutti gli utenti di rete mobile che si trovano sotto la sua copertura.

7. Dal punto di vista tecnico, gli SMS sono un servizio standardizzato che consente l'inoltro da un soggetto originatore di uno *Short Message* (SM) destinato ad un utente di rete mobile³. L'Architettura del servizio SMS è mostrata in Figura 1.

¹ Nella presente versione alcuni dati sono omissi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

² Cfr. IC39 – *Indagine conoscitiva riguardante le condizioni di mercato e concorrenziali attuali e prospettive dei servizi SMS (Short Message Service), MMS (Multimedia Messaging Service) e dei servizi dati in mobilità (SDM) e Delibera AGCOM n. 185/13/CONS – Mercato dei servizi di terminazione sms su singole reti mobili: definizione del mercato rilevante, identificazione delle imprese aventi significativo potere di mercato ed eventuale imposizione di obblighi regolamentari.*

³ Cfr. European Telecommunications Standards Institute (ETSI), Digital cellular telecommunications system (Phase 2+); Technical realization of the Short Message Service (SMS) Point-to-Point (PP) (GSM 03.40). http://www.etsi.org/deliver/etsi_gts/03/0340/05.03.00_60/gsm03_0340v050300p.pdf

Fig. 1 – Architettura SMS⁴

8. In particolare, l'architettura SMS prevede che un messaggio di testo venga inviato da una SME (*Short Message Entity*, quale un telefono cellulare o un'applicazione) e trasmesso all'operatore di originazione, cioè l'operatore di comunicazione che cura l'invio dell'SMS. Quest'ultimo interroga i *database* necessari all'individuazione della risorsa di destinazione e procede all'instradamento del messaggio. Nel caso in cui il destinatario dell'SMS si trovi in una rete differente, l'operatore di comunicazione della rete di destinazione prenderà in carico il messaggio e ne curerà la terminazione, vale a dire la consegna al destinatario.

9. Al fine di procedere alla consegna del messaggio, pertanto, è necessario effettuare una interconnessione con la rete dell'operatore di destinazione (MNO e *full MVNO*⁵). È possibile individuare, quindi, due livelli della catena verticale: nel livello a monte si ritrovano i servizi all'ingrosso di consegna del messaggio (terminazione), che sono erogati dagli operatori mobili di destinazione, mentre a valle tali *input* sono utilizzati per fornire il servizio di invio massivo degli SMS.

10. L'operatore di destinazione offre, quindi, il servizio all'ingrosso di consegna del messaggio SMS, denominato servizio all'ingrosso di terminazione SMS sulla propria rete. Ai fini del presente

⁴ Elaborazione dell'Autorità su specifiche ETSI/GSM 03.40.

⁵ Gli MNO sono gli operatori mobili infrastrutturati (in Italia: TIM, Vodafone, Wind, H3G). I full MVNO sono operatori mobili che, benché non possiedano una licenza per l'utilizzo delle risorse radio, possiedono e/o controllano gli elementi di rete essenziali alla gestione dei servizi di comunicazione verso i propri clienti.

procedimento, come si vedrà nel seguito, è possibile individuare tanti mercati all'ingrosso di terminazione SMS quanto sono le reti mobili degli operatori MNO e *full MVNO*.

Il mercato all'ingrosso di terminazione SMS su rete mobile di Vodafone Italia

11. La terminazione SMS è un servizio all'ingrosso di consegna del messaggio ad un determinato cliente, offerto dall'operatore di comunicazioni mobili di destinazione, che rappresenta l'unico operatore in grado di svolgere tale servizio di consegna ai propri clienti mobili. Al fine di definire il mercato dal punto di vista merceologico, è necessario rilevare due aspetti caratterizzanti l'offerta dei servizi SMS.

12. In particolare, da un punto di vista tecnico, si osserva un'assenza di sostituibilità dal lato dell'offerta. Infatti, non esistono servizi all'ingrosso sostituibili con il servizio di terminazione SMS, poiché *“l'operatore di destinazione è l'unico operatore in grado di consegnare il messaggio a un determinato utente della sua rete e pertanto il servizio di terminazione SMS da esso offerto non può essere sostituito con nessun altro servizio all'ingrosso”*⁶.

13. Inoltre, il principio di tariffazione denominato *Calling Party Pays* (CPP) – in base al quale il soggetto che invia il messaggio e paga la tariffa di terminazione è differente dal soggetto destinatario del messaggio che sceglie l'operatore mobile sulla cui rete avviene la terminazione – implica che un operatore che vuole fornire ad un proprio cliente il servizio di invio SMS deve disporre necessariamente del servizio di terminazione sulla rete del destinatario.

14. Ne consegue che, al fine di individuare il mercato rilevante dal punto di vista merceologico, si deve definire un mercato della terminazione SMS per ciascuna rete mobile degli operatori infrastrutturati (MNO) e dei *full MVNO*. In particolare, ai fini del presente procedimento, si ritiene di dover individuare dal punto di vista merceologico il mercato rilevante della terminazione SMS su rete mobile di Vodafone Italia.

15. Dal punto di vista geografico, la dimensione del mercato di terminazione è da identificare con l'estensione della rete dell'operatore mobile. Pertanto, alla luce del fatto che la rete mobile di Vodafone Italia ha estensione nazionale e che le condizioni contrattuali sono omogenee nell'intero territorio italiano, si ritiene che dal punto di vista geografico il mercato rilevante abbia estensione nazionale.

Il mercato dei servizi di invio massivo di SMS (bulk SMS)

16. I servizi di invio al dettaglio di SMS massivi (*bulk SMS*) permettono l'invio di un elevato numero di messaggi di testo da parte della clientela aziendale degli operatori che erogano tali servizi, come ad esempio banche e grandi imprese, ai rispettivi utenti-destinatari, sulla base di un indirizzario fornito dalle stesse imprese⁷. Tale servizio è erogato principalmente da soggetti definiti “aggregatori di SMS” che provvedono ad assicurarsi che gli SMS *bulk* siano efficientemente instradati e raggiungano i destinatari. Questi ultimi offrono tale servizio mediante

⁶ Cfr. Delibera AGCOM n. 185/13/CONS, – Cit.

⁷ Si veda in proposito la Decisione del 4 settembre 2012, Caso COMP/M.6314 – Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV secondo cui *“Retail bulk SMS is a service that enables businesses (such as retailers or financial institutions) to send high volumes of text messages to their customers (provided that these have opted in to receive such messages on their mobile handsets). It can be used for sending marketing messages but is currently mainly used for general customer communications. For example a bank might use a retail bulk SMS service to send mini-bank statements or fraud alerts to its customers.”*

la definizione di accordi all'ingrosso con gli operatori mobili che offrono il servizio all'ingrosso di consegna e terminazione del messaggio.

17. Il servizio al dettaglio di invio massivo di SMS, infatti, consiste nella presa in carico del messaggio inviato dal mittente e l'instradamento fino al punto iniziale della rete dell'operatore mobile di destinazione. Una volta raggiunto tale punto di interconnessione con la rete dell'operazione di destinazione, quest'ultimo provvederà alla terminazione del messaggio⁸.

18. I servizi al dettaglio di invio massivo di SMS sono distinguibili da altri servizi di messaggistica attiva⁹. L'invio massivo di SMS avviene mediante l'utilizzo di *database* delle imprese clienti dell'aggregatore, le quali hanno la necessità di veicolare i messaggi a un insieme di utenti-destinatari, principalmente al fine di informarli (una tipica applicazione di tale servizio sono gli avvisi bancari antifrode). In questo contesto, gli SMS offrono un sistema standardizzato (basato su protocollo SS7/SMSC) adottato da tutti i fornitori di telecomunicazioni mobili e disponibile su qualsiasi telefono mobile. Gli SMS, rispetto ad altri sistemi di messaggistica attiva, rappresentano un sistema di comunicazione sicuro e universale, che consente altresì una *reportistica* dettagliata sullo stato di consegna del messaggio.

19. In relazione ai servizi destinati ai clienti aziendali degli aggregatori, gli SMS sono caratterizzati dalla possibilità di: (i) raggiungere chiunque disponga di un telefono cellulare senza distinzione del sistema operativo utilizzato o dalla presenza di funzionalità avanzate; (ii) consegnare il messaggio senza necessità di una connessione dati; (iii) ottenere una reportistica aggiornata; (iv) garantire un tasso di consegna particolarmente elevato.

20. Queste caratteristiche si riscontrano in misura inferiore negli altri servizi di messaggistica per dispositivi mobili. In particolare, le applicazioni di messaggistica istantanea sono sistemi "chiusi" basati su protocolli proprietari e richiedono di disporre di uno *smartphone* e di una connessione dati per funzionare. Su questo punto si deve osservare che, nel marzo 2016, il numero di SIM *card* che effettuano traffico dati sono pari a 51 milioni di unità, vale a dire il 52,7% delle utenze telefoniche mobili attive in Italia nel medesimo periodo¹⁰.

21. Si deve rilevare, infatti, che, a differenza dei messaggi interpersonali (P2P), per le comunicazioni A2P informativi vi è una limitata (o assente) sostituibilità degli SMS rispetto agli altri sistemi di messaggistica, almeno al momento. Ciò in relazione alle caratteristiche anzidette, che definiscono gli SMS come un servizio universalmente disponibile agli utenti¹¹ e in grado di

⁸ Si rileva che in alcuni casi, soprattutto per la terminazione in reti internazionali o degli operatori mobili virtuali, alcuni aggregatori che hanno stipulato contratti di interconnessione possono offrire un servizio all'ingrosso ad altri aggregatori, secondo un insieme di sub-livelli di servizi offerti all'ingrosso. Tuttavia, al fine di procedere alla consegna del messaggio è sempre necessario stipulare un accordo di interconnessione con l'operatore mobile di destinazione per la terminazione dell'SMS. (*"[I]t is important to note that aggregators themselves may arrange the conveyance of messages from other aggregators and indeed a message may pass through a number of layers of aggregation before reaching an MNO. In that sense, some aggregators may be providing a "wholesale" service to other aggregators."* Decisione sul caso COMP/M.6314 C.T.).

⁹ Cfr. Decisione Caso COMP/M.6314 cit. sul caso.

¹⁰ Cfr. AGCOM, Osservatorio delle Comunicazioni n. 2/2016.

¹¹ Nel caso di invio massivo di SMS, il mittente dovrebbe essere in grado di conoscere la presenza di servizi di messaggistica alternativi installati e funzionanti per ogni destinatario. Al contrario, gli SMS permettono di raggiungere qualsiasi utente che riceva il segnale di rete. Su questo punto, AGCOM osserva che *"il mittente del messaggio informativo (SMS A2P o SMS push) non è in grado di conoscere se e quale applicazione di instant messaging il destinatario avrà installato sul suo dispositivo. Per tale ragione, anche a seguito di una variazione dei prezzi relativi, il mittente di un SMS"*

assicurare un livello di affidabilità nella consegna e nella lettura. Rispetto alla messaggistica interpersonale (P2P), in cui gli utenti fanno ampio uso di applicazioni differenti basati su protocollo Internet (IP), gli SMS massivi (A2P) svolgono una funzione d'uso differente e mostrano una sostituibilità limitata con altri servizi di messaggistica e di notifica¹².

22. Il differente grado di sostituibilità tra SMS e servizi alternativi di messaggistica (quali Whatsapp, WeChat, Viber, Snapchat, ecc.) che si rileva a seconda che si parli di SMS interpersonali (P2P) ed SMS massivi (A2P) è ravvisabile osservando i dati circa i volumi di SMS inviati in Italia. Infatti, mentre si osserva una riduzione generalizzata del volume di SMS originato in Italia, con una variazione del -28,5%¹³ nel 2015 rispetto all'anno precedente, il numero di SMS A2P mostra un tasso di crescita positivo, pari al 13% nel medesimo periodo¹⁴. Il dato relativo ai volumi, pertanto, mostra un differente e pressoché assente grado di sostituzione tra SMS e altri servizi di messaggistica nel mercato dell'invio massivo di SMS rispetto a quello riscontrato per gli SMS interpersonali.

23. Dal punto di vista della definizione geografica del mercato rilevante, si ritiene che il mercato dell'invio massivo di SMS (SMS *bulk*) abbia dimensione nazionale. Infatti, gli aggregatori tendono ad avere una maggiore conoscenza delle condizioni del mercato locale, compresi i prezzi e le caratteristiche tecniche di interconnessione con gli operatori mobili. La maggior parte dei contratti conclusi dagli aggregatori con imprese o enti pubblici per servizi al dettaglio di SMS *bulk* ha ad oggetto la fornitura sul territorio italiano. Sicché si riscontra che in ciascun ambito nazionale prevalgono condizioni economiche differenti. Infine, l'attività di erogazione degli SMS *bulk* è svolta secondo regimi normativo-regolamentari specificamente nazionali, quali la titolarità di un'autorizzazione generale ai sensi dell'art. 25 Decreto Legislativo n. 259/2003 (Codice delle Comunicazioni Elettroniche) e la normativa in tema di numerazioni per il servizio di SMS non a sovrapprezzo (decade 43)¹⁵ e di *alias*¹⁶.

push continuerà a utilizzare l'SMS, al punto da rendere profittevole l'incremento di prezzo" con Delibera AGCOM n. 185/13/CONS cit.

¹² Vale ricordare che la Commissione ha rilevato che l'offerta di SMS bulk sia generalmente distinguibile da altre forme di messaggistica con finalità di *marketing*. Ciò che rileva, infatti, è l'utilizzo di SMS per la comunicazione diretta (a scopo informativo o di assistenza) tra le aziende ed i propri clienti che hanno richiesto tale servizio informativo (secondo un meccanismo di *opt-in*). Tale tipologia di messaggi deve distinguersi da forme di messaggistica a scopo pubblicitario (*active marketing messaging*) che comporta funzioni maggiori (quali l'elaborazione dei dati per l'individuazione del target pubblicitario) e che si fonda su una pluralità di possibili modi di raggiungere il *target* pubblicitario (quali email e notifiche *push* promozionali, *intelligent SMS*). In questo senso, il mercato dell'*active marketing messaging* si pone a valle del mercato degli SMS bulk. Cfr. Decisione sul caso COMP/M.6314 cit.

¹³ Cfr. AGCOM, Relazione annuale 2016 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro. Nel 2014 gli SMS originati in Italia erano circa 47 miliardi di unità (Rapporto sulla filiera delle Telecomunicazioni in Italia - edizione 2015, Politecnico di Milano), mentre il volume di SMS per l'anno 2015 è di circa 33 miliardi di unità.

¹⁴ Cfr. Politecnico di Milano, Osservatorio Mobile B2c Strategy, Mobile B2C Strategy: Lo stato di adozione in Italia, Ricerca 2015-2016.

¹⁵ Cfr. Delibera AGCOM n. 52/12/CIR *Adozione del nuovo piano di numerazione nel settore delle telecomunicazioni e disciplina attuativa*, che modifica ed integra il piano di numerazione di cui alla delibera n. 26/08/CIR e s.m.i.; Delibera AGCOM n. 8/15/CIR *Adozione del nuovo Piano di numerazione nel settore delle telecomunicazioni e disciplina attuativa*, che modifica ed integra il piano di numerazione di cui alla delibera n. 52/12/CIR.

¹⁶ Delibera AGCOM n. 131/14/CIR *Proroga dei termini di scadenza e modifica delle norme di cui alla delibera n. 42/13/CIR recante "Norme per la sperimentazione di indicatori alfanumerici per l'identificazione del soggetto chiamante negli SMS/MMS impiegati per servizi di messaggistica aziendale"*, come modificata dalla delibera n. 50/14/CIR.

24. Per quanto riguarda la dimensione del mercato, il numero di SMS massivi (SMS *bulk*) inviati nel 2015 è pari a 2,917 miliardi di unità¹⁷. Si stima che la dimensione totale del mercato in valore sia compresa tra 700-900 milioni di euro. Nel mercato, oltre agli operatori integrati verticalmente Vodafone e Telecom Italia S.p.A., operano soggetti non integrati specializzati nella fornitura di SMS *bulk*, quali Ubiquity, MailUp S.p.A./Agile Telecom S.p.A.¹⁸ e SMS Italia S.r.l.¹⁹.

ii) La posizione dominante di Vodafone Italia

25. La previsione di cui all'articolo 102 del TFUE vieta lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri.

26. Presupposto applicativo della fattispecie è la sussistenza di una posizione dominante in capo all'impresa che ha posto in essere le condotte ritenute abusive. Nel caso in esame si ritiene che, in considerazione delle caratteristiche e dei vincoli tecnici del servizio di invio e ricezione degli SMS, ricorra tale presupposto.

27. Nello specifico, come osservato *supra*, dal punto di vista dei mercati rilevanti si ritiene di individuare il mercato di terminazione degli SMS sulla rete dell'operatore Vodafone Italia (e in generale un mercato rilevante di terminazione per ciascun MNO e *full* MVNO in Italia) che, dal punto di vista merceologico, consiste nei servizi di instradamento e consegna ai propri clienti degli SMS.

28. Nel mercato all'ingrosso di terminazione SMS su rete mobile di Vodafone Italia, quest'ultimo è l'unico operatore in grado di consegnare il messaggio SMS ai propri clienti. Infatti, alla luce delle caratteristiche tecniche del servizio SMS individuate in precedenza, e analogamente a quanto accade per la terminazione vocale su reti mobili²⁰, ogni operatore mobile è monopolista nell'offerta dei servizi all'ingrosso di terminazione degli SMS sulla propria rete.

29. Nel mercato di terminazione degli SMS sulla rete dell'operatore mobile Vodafone Italia, infatti, non vi sono alternative al servizio all'ingrosso di terminazione SMS offerto da Vodafone Italia. La titolarità della rete di comunicazione mobile in capo a Vodafone Italia, unitamente all'assenza di sostituibilità dal lato della domanda, fa sì che questo detenga una quota pari al 100% dell'offerta di servizi di terminazione sulla propria rete.

30. Alla luce delle considerazioni svolte, Vodafone detiene una posizione dominante nell'offerta dei servizi all'ingrosso di terminazione degli SMS ai clienti della propria rete mobile, essendo l'unico soggetto a poter svolgere tale servizio di consegna.

¹⁷ Cfr. Politecnico di Milano, Osservatorio Mobile B2c Strategy, Mobile B2C Strategy: Lo stato di adozione in Italia, Ricerca 2015-2016.

¹⁸ Agile Telecom S.p.A. è una società sottoposta a direzione e coordinamento di MailUp S.p.A.

¹⁹ Alcune imprese che offrono il servizio di invio massivo degli SMS operano come meri rivenditori del servizio di invio, senza procedere alla interconnessione della rete, in una logica di mercato secondario. Tali rivenditori acquistano presso altri aggregatori o operatori mobili un servizio di invio massivo, saranno poi questi ultimi a provvedere alla consegna del messaggio.

²⁰ Cfr. Provvedimento n. 17131 del 3 agosto 2007, Caso A357 – *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*. Si veda, inoltre, IC39 CIT. e Delibera AGCOM n. 185/13/CONS – CIT.

iii) Le condotte di Vodafone Italia

31. I comportamenti oggetto di valutazione posti in essere da Vodafone appaiono integrare una strategia abusiva volta ad escludere i concorrenti attraverso una compressione dei margini “*tale da rendere il margine potenziale lasciato ai concorrenti sul mercato insufficiente a coprire i propri costi specifici che essi devono sostenere per fornire servizi ai clienti finali*”²¹. Le condotte in esame appaiono in violazione dell’articolo 102 del TFUE in quanto limitano lo sviluppo del mercato a valle dell’invio massivo di SMS, compromettendo la capacità competitiva dei concorrenti posti in tale mercato rispetto all’operatore dominante nel mercato a monte della terminazione SMS su propria rete.

32. Le condotte segnalate, riferibili alla società Vodafone Italia, vanno valutate tenendo in considerazione la filiera verticale dei servizi che permettono l’invio e la consegna massiva di SMS. Secondo quanto sembra emergere dalle evidenze agli atti, la società sfrutterebbe la propria posizione dominante detenuta nel mercato a monte della terminazione SMS per escludere i concorrenti nel mercato a valle degli SMS *bulk*, mediante strategie di compressione dei margini.

33. Considerando i prezzi praticati da Vodafone nel mercato a valle degli sms *bulk* e le tariffe all’ingrosso applicate dalla stessa società nel mercato a monte, nonché gli altri costi di terminazione SMS sulle rimanenti reti mobili e gli altri costi di erogazione del servizio al dettaglio (ad esempio i costi commerciali), sembra emergere la presenza di margini negativi per i concorrenti altrettanto efficienti, che non permetterebbero loro di operare in modo redditizio su base duratura sul mercato a valle degli sms *bulk*.

34. Alla luce delle informazioni preliminari agli atti sembrano dunque emergere condotte suscettibili di escludere o limitare la capacità dei concorrenti di competere nel mercato a valle degli sms *bulk* in violazione dell’art. 102 del TFUE. Tali condotte, infatti, potrebbero ostacolare concorrenti altrettanto efficienti nello sviluppo della propria offerta sul mercato al dettaglio²² e comportare la loro esclusione da tale mercato a valle. Ne consegue che tali condotte appaiono *prima facie* idonee a pregiudicare la concorrenza nel mercato dell’invio massivo di SMS (SMS *bulk*).

iv) Il pregiudizio al commercio intraeuropeo

35. Le condotte sopra descritte rientrano nell’ambito di applicazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza e, segnatamente, nell’ambito dell’articolo 102 del TFUE, relativo al divieto di abuso di una posizione dominante, essendo potenzialmente idonee a pregiudicare il commercio intracomunitario. Il concetto di pregiudizio al commercio intracomunitario deve essere interpretato tenendo conto dell’influenza, diretta o indiretta, reale o potenziale, sui flussi commerciali tra gli Stati membri. Secondo gli orientamenti della Commissione Europea, “*gli accordi che si estendono a tutto il territorio di uno Stato membro hanno, per loro natura, l’effetto di consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l’integrazione economica voluta dal Trattato*”²³.

²¹ Cfr. Provvedimento dell’Autorità del 24339 del 9 maggio 2013, caso A428 *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*.

²² Cfr. Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sent. del 14.10.2010, C-280/08 P, Caso *Deutsche Telekom* (punto 252).

²³ Cfr. Comunicazione della Commissione 2004/C 101/07, *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*, GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004 (punto 78).

36. Al riguardo, vale considerare che le condotte abusive ipotizzate riguardano l'intero territorio nazionale in quanto suscettibili di limitare la produzione e precludere o limitare l'accesso al mercato nazionale dei servizi di invio massivo di SMS.

RITENUTO, pertanto, che, sulla base delle evidenze agli atti, i comportamenti posti in essere da Vodafone Italia S.p.A. potrebbero costituire una violazione dell'art. 102 del TFUE;

DELIBERA

- a) l'avvio dell'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti di Vodafone Italia S.p.A., per accertare l'esistenza di una possibile violazione dell'art. 102 del TFUE;
- b) la fissazione del termine di quarantacinque giorni decorrenti dalla notifica del presente provvedimento per l'esercizio da parte dei legali rappresentanti delle parti del diritto di essere sentiti, precisando che la richiesta di audizione dovrà pervenire alla Direzione Comunicazioni della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità almeno quindici giorni prima della scadenza del termine sopra indicato;
- c) che il responsabile del procedimento è il Dott. Luigi Di Gaetano;
- d) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione presso la Direzione Comunicazioni della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità dai rappresentanti legali delle parti, nonché da persona da essi delegata;
- e) che il procedimento deve concludersi entro il 30 novembre 2017.

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

IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella

A500B - TELECOM ITALIA-SMS INFORMATIVI AZIENDALI

Provvedimento n. 26233

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 9 novembre 2016;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modifiche;

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

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

VISTO il Regolamento del Consiglio CE n. 1/2003 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);

VISTA la segnalazione della società Ubiquity S.r.l., pervenuta in data 13 aprile 2016 e integrata, da ultimo, in data 17 ottobre 2016;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Telecom Italia S.p.A. (nel seguito, "TI" o "Telecom Italia") è una società attiva nell'erogazione di servizi di comunicazione fissa e mobile che dispone della rete in rame di telecomunicazioni fisse. La società utilizza il marchio "TIM" sia per l'offerta commerciale di telecomunicazioni fisse che mobili. Nell'esercizio 2015, TI ha realizzato ricavi pari a circa 19,7 a livello globale, di cui circa 15 miliardi di euro realizzati in Italia.

2. Ubiquity S.r.l. (nel seguito, "Ubiquity"), parte del procedimento in qualità di soggetto segnalante, è una società attiva nell'erogazione di servizi di messaggistica integrata principalmente destinati alla grande clientela aziendale.

II. LA SEGNALAZIONE

3. In data 13 aprile 2016 è pervenuta una segnalazione della società Ubiquity riguardante presunte condotte abusive ad opera della società Telecom Italia nel mercato a monte della terminazione SMS su propria rete con effetti escludenti sul mercato a valle dei servizi SMS informativi aziendali. In particolare, secondo la segnalante, TI applicherebbe tariffe *retail* degli SMS informativi aziendali non replicabili, considerando le tariffe all'ingrosso di terminazione SMS applicate dalla stessa a Ubiquity. Tale condotta, pertanto, integrerebbe la pratica di *margin squeeze* consistente nella compressione del differenziale tra prezzi all'ingrosso e al dettaglio praticati da Telecom Italia.

4. Ubiquity afferma che TI – anche mediante contratti di agenzia – pratica offerte *retail* che determinano la compressione dei margini dei concorrenti posti a valle attraverso, ad esempio, la

definizione di un meccanismo di tariffa nominale (circa [omissis]¹ centesimi di euro per SMS) che viene successivamente scontata di circa il [omissis]. Ne risultano tariffe al dettaglio non replicabili nel mercato a valle dai concorrenti che acquistano all'ingrosso la terminazione SMS su rete mobile TIM nel mercato a monte.

5. Inoltre, in data 3 agosto 2016, Telecom si sarebbe aggiudicata la gara svolta da ICCREA con un prezzo per SMS compreso tra [omissis] centesimi di euro per SMS, che comporterebbe una compressione dei margini, considerando la tariffa di terminazione all'ingrosso applicata dalla stessa TI ai concorrenti per la terminazione degli SMS sulla propria rete e gli altri costi di erogazione del servizio.

6. Infine, a seguito di reiterate richieste di revisione al ribasso del prezzo da parte di Ubiquity, inviate a partire dal giugno 2015, la segnalante ha riferito che la negoziazione con Telecom Italia della tariffa di terminazione SMS non ha prodotto alcun risultato.

III. VALUTAZIONI

i) I mercati rilevanti

7. Il procedimento in oggetto riguarda i servizi di invio massivo degli SMS e, in generale, la filiera verticale dei servizi che permettono l'invio e la consegna del messaggio. Lo *Short Message Service* (SMS) è un servizio di telecomunicazione che consente d'invviare un messaggio con una dimensione fissa di 140 byte². I servizi SMS sono distinguibili in:

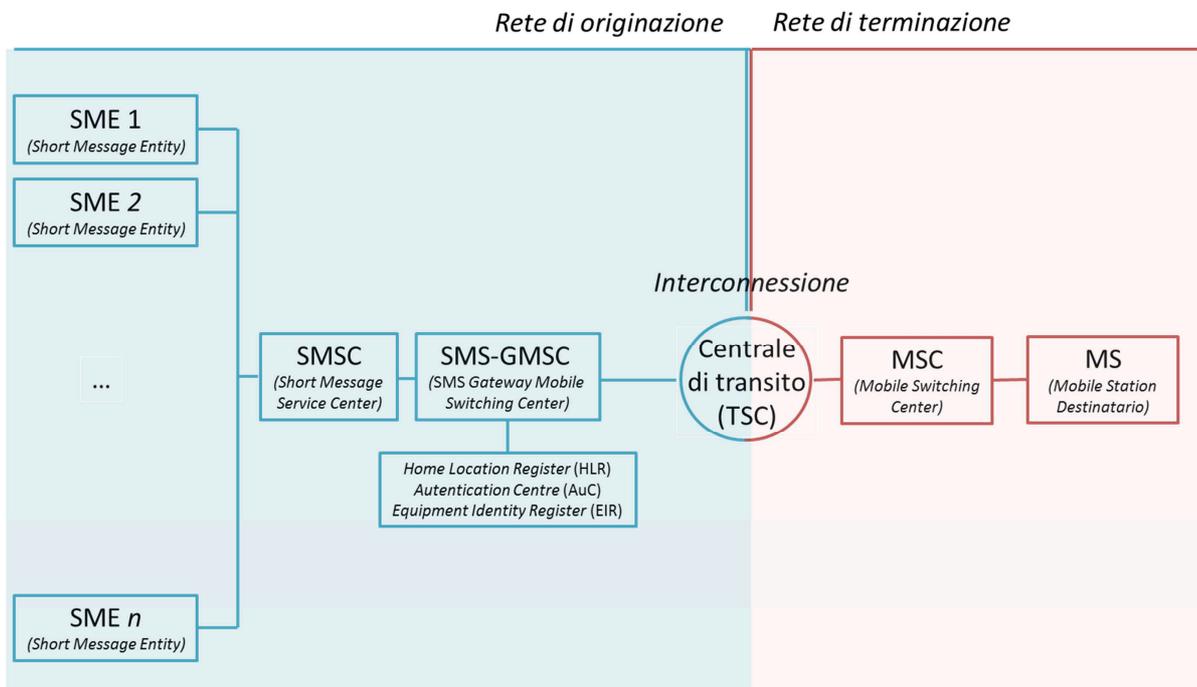
- (i) SMS P2P – *Person to Person*, inviati da un utente di rete mobile o fissa a un altro utente di rete mobile;
- (ii) SMS A2P – *Application to Person*, inviati da un'applicazione a un utente di rete mobile;
- (iii) SMS P2A – *Person to Application*, inviati da un utente di rete fissa o mobile a un'applicazione;
- (iv) SMS CB – *Cell Broadcast*, inviati da una cella radio a tutti gli utenti di rete mobile che si trovano sotto la sua copertura.

8. Dal punto di vista tecnico, gli SMS sono un servizio standardizzato che consente l'inoltro da un soggetto originatore di uno *Short Message* (SM) destinato ad un utente di rete mobile³. L'Architettura del servizio SMS è mostrata in Figura 1.

¹ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

² Cfr. IC39 – *Indagine conoscitiva riguardante le condizioni di mercato e concorrenziali attuali e prospettive dei servizi SMS (Short Message Service), MMS (Multimedia Messaging Service) e dei servizi dati in mobilità (SDM) e Delibera AGCOM n. 185/13/CONS – Mercato dei servizi di terminazione sms su singole reti mobili: definizione del mercato rilevante, identificazione delle imprese aventi significativo potere di mercato ed eventuale imposizione di obblighi regolamentari.*

³ Cfr. European Telecommunications Standards Institute (ETSI), Digital cellular telecommunications system (Phase 2+); Technical realization of the Short Message Service (SMS) Point-to-Point (PP) (GSM 03.40). http://www.etsi.org/deliver/etsi_gts/03/0340/05.03.00_60/gsmts_0340v050300p.pdf

Fig. 1 – Architettura SMS⁴

9. In particolare, l'architettura SMS prevede che un messaggio di testo venga inviato da una SME (*Short Message Entity*, quale un telefono cellulare o un'applicazione) e trasmesso all'operatore di origine, cioè l'operatore di comunicazione che cura l'invio dell'SMS. Quest'ultimo interroga i *database* necessari all'individuazione della risorsa di destinazione e procede all'instradamento del messaggio. Nel caso in cui il destinatario dell'SMS si trovi in una rete differente, l'operatore di comunicazione della rete di destinazione prenderà in carico il messaggio e ne curerà la terminazione, vale a dire la consegna al destinatario.

10. Al fine di procedere alla consegna del messaggio, pertanto, è necessario effettuare una interconnessione con la rete dell'operatore di destinazione (MNO e *full MVNO*⁵). È possibile individuare, quindi, due livelli della catena verticale: nel livello a monte si ritrovano i servizi all'ingrosso di consegna del messaggio (terminazione), che sono erogati dagli operatori mobili di destinazione, mentre a valle tali *input* sono utilizzati per fornire il servizio di invio massivo degli SMS.

11. L'operatore di destinazione offre, quindi, il servizio all'ingrosso di consegna del messaggio SMS, denominato servizio all'ingrosso di terminazione SMS sulla propria rete. Ai fini del presente

⁴ Elaborazione dell'Autorità su specifiche ETSI/GSM 03.40.

⁵ Gli MNO sono gli operatori mobili infrastrutturati (in Italia: TIM, Vodafone, Wind, H3G). I full MVNO sono operatori mobili che, benché non possiedano una licenza per l'utilizzo delle risorse radio, possiedono e/o controllano degli elementi di rete essenziali alla gestione dei servizi di comunicazione verso i propri clienti.

procedimento, come si vedrà nel seguito, è possibile individuare tanti mercati all'ingrosso di terminazione SMS quanto sono le reti mobili degli operatori MNO e *full MVNO*.

Il mercato all'ingrosso di terminazione SMS su rete mobile di TI

12. La terminazione SMS è un servizio all'ingrosso di consegna del messaggio ad un determinato cliente, offerto dall'operatore di comunicazioni mobili di destinazione, che rappresenta l'unico operatore in grado di svolgere tale servizio di consegna ai propri clienti mobili. Al fine di definire il mercato dal punto di vista merceologico, è necessario rilevare due aspetti caratterizzanti l'offerta dei servizi SMS.

13. In particolare, da un punto di vista tecnico, si osserva un'assenza di sostituibilità dal lato dell'offerta. Infatti, non esistono servizi all'ingrosso sostituibili con il servizio di terminazione SMS, poiché *“l'operatore di destinazione è l'unico operatore in grado di consegnare il messaggio a un determinato utente della sua rete e pertanto il servizio di terminazione SMS da esso offerto non può essere sostituito con nessun altro servizio all'ingrosso”*⁶.

14. Inoltre, il principio di tariffazione denominato *Calling Party Pays* (CPP) – in base al quale il soggetto che invia il messaggio e paga la tariffa di terminazione è differente dal soggetto destinatario del messaggio che sceglie l'operatore mobile sulla cui rete avviene la terminazione – implica che un operatore che vuole fornire ad un proprio cliente il servizio di invio SMS deve disporre necessariamente del servizio di terminazione sulla rete del destinatario.

15. Ne consegue che, al fine di individuare il mercato rilevante dal punto di vista merceologico, si deve definire un mercato della terminazione SMS per ciascuna rete mobile degli operatori infrastrutturati (MNO) e dei *full MVNO*. In particolare, ai fini del presente procedimento, si ritiene di dover individuare dal punto di vista merceologico il mercato rilevante della terminazione SMS su rete mobile di Telecom Italia.

16. Dal punto di vista geografico, la dimensione del mercato di terminazione è da identificare con l'estensione della rete dell'operatore mobile. Pertanto, alla luce del fatto che la rete mobile TIM ha estensione nazionale e che le condizioni contrattuali sono omogenee nell'intero territorio italiano, si ritiene che dal punto di vista geografico il mercato rilevante abbia estensione nazionale.

Il mercato dei servizi di invio massivo di SMS (bulk SMS)

17. I servizi di invio al dettaglio di SMS massivi (*bulk SMS*) permettono l'invio di un elevato numero di messaggi di testo da parte della clientela aziendale, degli operatori che erogano tali servizi, come ad esempio banche e grandi imprese, ai rispettivi utenti-destinatari, sulla base di un indirizzario fornito dalle stesse imprese⁷. Tale servizio è erogato principalmente da soggetti definiti “aggregatori di SMS” che provvedono ad assicurarsi che gli SMS *bulk* siano efficientemente instradati e raggiungano i destinatari. Questi ultimi offrono tale servizio mediante la definizione di accordi all'ingrosso con gli operatori mobili che offrono il servizio all'ingrosso di consegna e terminazione del messaggio.

⁶ Cfr. Delibera AGCOM n. 185/13/CONS, cit..

⁷ Si veda in proposito la Decisione del 4 settembre 2012, Caso COMP/M.6314 – Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV, secondo cui: *“Retail bulk SMS is a service that enables businesses (such as retailers or financial institutions) to send high volumes of text messages to their customers (provided that these have opted in to receive such messages on their mobile handsets). It can be used for sending marketing messages but is currently mainly used for general customer communications. For example a bank might use a retail bulk SMS service to send mini-bank statements or fraud alerts to its customers”*.

18. Il servizio al dettaglio di invio massivo di SMS, infatti, consiste nella presa in carico del messaggio inviato dal mittente e l'instradamento fino al punto iniziale della rete dell'operatore mobile di destinazione. Una volta raggiunto tale punto di interconnessione con la rete dell'operazione di destinazione, quest'ultimo provvederà alla terminazione del messaggio⁸.

19. I servizi al dettaglio di invio massivo di SMS sono distinguibili da altri servizi di messaggistica attiva⁹. L'invio massivo di SMS avviene mediante l'utilizzo di *database* delle imprese clienti dell'aggregatore, le quali hanno la necessità di veicolare i messaggi ad un insieme di utenti, principalmente al fine di informarli (una tipica applicazione di tale servizio sono gli avvisi bancari antifrode). In questo contesto, gli SMS rappresentano un sistema standardizzato (basato su protocollo SS7/SMSC) adottato da tutti i fornitori di telecomunicazioni mobili e disponibile su qualsiasi telefono mobile. Gli SMS, rispetto ad altri sistemi di messaggistica attiva, rappresentano un sistema di comunicazione sicuro e universale, che consente altresì una *reportistica* dettagliata sullo stato di consegna del messaggio.

20. In relazione ai servizi destinati ai clienti aziendali degli aggregatori, gli SMS sono caratterizzati dalla possibilità di: (i) raggiungere chiunque disponga di un telefono cellulare senza distinzione del sistema operativo utilizzato o dalla presenza di funzionalità avanzate; (ii) consegnare il messaggio senza necessità di una connessione dati; (iii) ottenere una *reportistica* aggiornata; (iv) garantire un tasso di consegna particolarmente elevato.

21. Queste caratteristiche si riscontrano in misura inferiore negli altri servizi di messaggistica per dispositivi mobili. In particolare, le applicazioni di messaggistica istantanea sono sistemi "chiusi" basati su protocolli proprietari e richiedono di disporre di uno *smartphone* e di una connessione dati per funzionare. Su questo punto si deve osservare che, nel marzo 2016, il numero di *SIM card* che effettuano traffico dati sono pari a 51 milioni di unità, vale a dire il 52,7% delle utenze telefoniche mobili attive in Italia nel medesimo periodo¹⁰.

22. Si deve rilevare, infatti, che, a differenza dei messaggi interpersonali (P2P), per le comunicazioni A2P informativi vi è una limitata (o assente) sostituibilità degli SMS rispetto agli altri sistemi di messaggistica, almeno al momento. Ciò in relazione alle caratteristiche anzidette, che definiscono gli SMS come un servizio universalmente disponibile agli utenti¹¹ ed in grado di assicurare un livello di affidabilità nella consegna e nella lettura. Rispetto alla messaggistica

⁸ Si rileva che in alcuni casi, soprattutto per la terminazione in reti internazionali o degli operatori mobili virtuali, alcuni aggregatori che hanno stipulato contratti di interconnessione possono offrire un servizio all'ingrosso ad altri aggregatori, secondo un insieme di sub-livelli di servizi offerti all'ingrosso. Tuttavia, al fine di procedere alla consegna del messaggio è sempre necessario stipulare un accordo di interconnessione con l'operatore mobile di destinazione per la terminazione dell'SMS. ("*It is important to note that aggregators themselves may arrange the conveyance of messages from other aggregators and indeed a message may pass through a number of layers of aggregation before reaching an MNO. In that sense, some aggregators may be providing a "wholesale" service to other aggregators*", Decisione sul Caso COMP/M.6314, cit.).

⁹ Cfr. Decisione del 4 settembre 2012, Caso COMP/M.6314 – Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV.

¹⁰ Cfr. AGCOM, Osservatorio delle Comunicazioni n. 2/2016.

¹¹ Nel caso si invio massivo di SMS, il mittente dovrebbe essere in grado di conoscere la presenza di servizi di messaggistica alternativi installati e funzionanti per ogni destinatario. Al contrario, gli SMS permettono di raggiungere qualsiasi utente che riceva il segnale di rete. Su questo punto, AGCOM osserva: "*il mittente del messaggio informativo (SMS A2P o SMS push) non è in grado di conoscere se e quale applicazione di instant messaging il destinatario avrà installato sul suo dispositivo. Per tale ragione, anche a seguito di una variazione dei prezzi relativi, il mittente di un SMS push continuerà a utilizzare l'SMS, al punto da rendere profittevole l'incremento di prezzo*", cfr. Delibera AGCOM n. 185/13/CONS, cit.).

interpersonale (P2P), in cui gli utenti fanno ampio uso di applicazioni differenti basati su protocollo Internet (IP), gli SMS massivi (A2P) svolgono una funzione d'uso differente e mostrano una sostituibilità limitata con altri servizi di messaggistica e di notifica¹².

23. Il differente grado di sostituibilità tra SMS e servizi alternativi di messaggistica (quali Whatsapp, WeChat, Viber, Snapchat, ecc.) che si rileva a seconda che si parli di SMS interpersonali (P2P) ed SMS massivi (A2P) è ravvisabile osservando i dati circa i volumi di SMS inviati in Italia. Infatti, mentre si osserva una riduzione generalizzata del volume di SMS originato in Italia, con una variazione del -28,5%¹³ nel 2015 rispetto all'anno precedente, il numero di SMS A2P mostra un tasso di crescita positivo, pari al 13% nel medesimo periodo¹⁴. Il dato relativo ai volumi, pertanto, mostra un differente e pressoché assente grado di sostituzione tra SMS e altri servizi di messaggistica nel mercato dell'invio massivo di SMS rispetto a quello riscontrato per gli SMS interpersonali.

24. Dal punto di vista della definizione geografica del mercato rilevante, si ritiene che il mercato dell'invio massivo di SMS (SMS *bulk*) abbia dimensione nazionale. Infatti, gli aggregatori tendono ad avere una maggiore conoscenza delle condizioni del mercato locale, compresi i prezzi e le caratteristiche tecniche di interconnessione con gli operatori mobili. La maggior parte dei contratti conclusi dagli aggregatori con imprese o enti pubblici per servizi al dettaglio di SMS *bulk* ha ad oggetto la fornitura sul territorio italiano. Sicché si riscontra che in ciascun ambito nazionale prevalgono condizioni economiche differenti. Infine, l'attività di erogazione degli SMS *bulk* è svolta secondo regimi normativo-regolamentari specificamente nazionali, quali la titolarità di un'autorizzazione generale ai sensi dell'art. 25 Decreto Legislativo n. 259/2003 (Codice delle Comunicazioni Elettroniche) e la normativa in tema di numerazioni per il servizio di SMS non a sovrapprezzo (decade 43)¹⁵ e di *alias*¹⁶.

25. Per quanto riguarda la dimensione del mercato, il numero di SMS massivi (SMS *bulk*) inviati nel 2015 è pari a 2,917 miliardi di unità¹⁷. Si stima che la dimensione totale del mercato in valore

¹² Vale ricordare che la Commissione ha rilevato che l'offerta di SMS *bulk* sia generalmente distinguibile da altre forme di messaggistica con finalità di *marketing*. Ciò che rileva, infatti, è l'utilizzo di SMS per la comunicazione diretta (a scopo informativo o di assistenza) tra le aziende ed i propri clienti che hanno richiesto tale servizio informativo (secondo un meccanismo di *opt-in*). Tale tipologia di messaggi deve distinguersi da forme di messaggistica a scopo pubblicitario (*active marketing messaging*) che comporta funzioni maggiori (quali l'elaborazione dei dati per l'individuazione del target pubblicitario) e che si fonda su una pluralità di possibili modi di raggiungere il *target* pubblicitario (quali email e notifiche *push* promozionali, *intelligent* SMS). In questo senso, il mercato dell'*active marketing messaging* si pone a valle del mercato degli SMS *bulk*. Cfr. Decisione sul Caso COMP/M.6314, cit..

¹³ Cfr. AGCOM, Relazione annuale 2016 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro. Nel 2014 gli SMS originati in Italia erano circa 47 miliardi di unità (Rapporto sulla filiera delle Telecomunicazioni in Italia - edizione 2015, Politecnico di Milano), mentre il volume di SMS per l'anno 2015 è di circa 33 miliardi di unità.

¹⁴ Cfr. Politecnico di Milano, Osservatorio Mobile B2c Strategy, Mobile B2C Strategy: Lo stato di adozione in Italia, Ricerca 2015-2016.

¹⁵ Cfr. Delibera AGCOM n. 52/12/CIR *Adozione del nuovo piano di numerazione nel settore delle telecomunicazioni e disciplina attuativa, che modifica ed integra il piano di numerazione di cui alla delibera n. 26/08/CIR e s.m.i.*; Delibera AGCOM n. 8/15/CIR *Adozione del nuovo Piano di numerazione nel settore delle telecomunicazioni e disciplina attuativa, che modifica ed integra il piano di numerazione di cui alla delibera n. 52/12/CIR.*

¹⁶ Delibera AGCOM n. 131/14/CIR *Proroga dei termini di scadenza e modifica delle norme di cui alla delibera n. 42/13/CIR recante "Norme per la sperimentazione di indicatori alfanumerici per l'identificazione del soggetto chiamante negli SMS/MMS impiegati per servizi di messaggistica aziendale", come modificata dalla delibera n. 50/14/CIR.*

¹⁷ Cfr. Politecnico di Milano, Osservatorio Mobile B2c Strategy, Mobile B2C Strategy: Lo stato di adozione in Italia, Ricerca 2015-2016.

sia compresa tra 700-900 milioni di euro. Nel mercato, oltre agli operatori integrati verticalmente Telecom Italia e Vodafone Italia S.p.A., operano soggetti non integrati specializzati nella fornitura di SMS *bulk*, quali Ubiquity, MailUp S.p.A./Agile Telecom S.p.A.¹⁸ e SMS Italia S.r.l.¹⁹.

ii) La posizione dominante di Telecom Italia

26. La previsione di cui all'articolo 102 del TFUE vieta lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri.

27. Presupposto applicativo della fattispecie è la sussistenza di una posizione dominante in capo all'impresa che ha posto in essere le condotte ritenute abusive. Nel caso in esame si ritiene che, in considerazione delle caratteristiche e dei vincoli tecnici del servizio di invio e ricezione degli SMS, ricorra tale presupposto.

28. Nello specifico, come osservato *supra*, dal punto di vista dei mercati rilevanti si ritiene di individuare il mercato di terminazione degli SMS sulla rete dell'operatore mobile TI (e in generale un mercato rilevante di terminazione per ciascun MNO e *full MVNO* in Italia) che, dal punto di vista merceologico, consiste nei servizi di instradamento e consegna ai propri clienti degli SMS.

29. Nel mercato all'ingrosso di terminazione SMS su rete mobile di Telecom Italia, quest'ultima è l'unico operatore in grado di consegnare il messaggio SMS ai propri clienti. Infatti, alla luce delle caratteristiche tecniche del servizio SMS individuate in precedenza, e analogamente a quanto accade per la terminazione vocale su reti mobili²⁰, ogni operatore mobile è monopolista nell'offerta dei servizi all'ingrosso di terminazione degli SMS sulla propria rete.

30. Nel mercato di terminazione degli SMS sulla rete dell'operatore mobile Telecom Italia non vi sono alternative al servizio all'ingrosso di terminazione SMS offerto da TI. La titolarità della rete di comunicazione mobile in capo a Telecom Italia, unitamente all'assenza di sostituibilità dal lato della domanda, fa sì che questo detenga una quota pari al 100% dell'offerta di servizi di terminazione sulla propria rete.

31. Alla luce delle considerazioni svolte, TI detiene una posizione dominante nell'offerta dei servizi all'ingrosso di terminazione degli SMS ai clienti della propria rete mobile, essendo l'unico soggetto a poter svolgere tale servizio di consegna.

iii) Le condotte di Telecom Italia

32. I comportamenti oggetto di valutazione posti in essere da Telecom Italia appaiono integrare una strategia abusiva volta ad escludere i concorrenti attraverso una compressione dei margini *“tale da rendere il margine potenziale lasciato ai concorrenti sul mercato insufficiente a coprire i propri costi specifici che essi devono sostenere per fornire servizi ai clienti finali”*²¹. Le condotte in esame appaiono in violazione dell'articolo 102 del TFUE in quanto limitano lo sviluppo del

¹⁸ Agile Telecom S.p.A. è una società sottoposta a direzione e coordinamento di MailUp S.p.A.

¹⁹ Alcune imprese che offrono il servizio di invio massivo degli SMS operano come meri rivenditori del servizio di invio, senza procedere alla interconnessione della rete, in una logica di mercato secondario. Tali rivenditori acquistano presso altri aggregatori o operatori mobili un servizio di invio massivo, saranno poi questi ultimi a provvedere alla consegna del messaggio.

²⁰ Cfr. Provvedimento n. 17131 del 3 agosto 2007, Caso A357 – *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*. Si veda, inoltre, IC39, cit. e Delibera AGCOM n. 185/13/CONS, cit..

²¹ Cfr. Provvedimento dell'Autorità del 24339 del 9 maggio 2013, caso A428 - *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*.

mercato a valle dell'invio massivo di SMS, compromettendo la capacità competitiva dei concorrenti posti in tale mercato rispetto all'operatore dominante nel mercato a monte della terminazione SMS su propria rete, nel caso di specie Telecom Italia, integrato verticalmente e attivo nel mercato a valle.

33. Le condotte segnalate, riferibili a Telecom Italia, vanno valutate tenendo in considerazione la filiera verticale dei servizi che permettono l'invio e la consegna massiva di SMS. Secondo quanto sembra emergere dalle evidenze agli atti, la società sfrutterebbe la propria posizione dominante detenuta nel mercato a monte della terminazione SMS per escludere i concorrenti nel mercato a valle degli SMS *bulk*, mediante strategie di compressione dei margini.

34. In particolare, anche mediante i suoi agenti, Telecom Italia praticerebbe delle tariffe sul mercato a monte (servizi di terminazione SMS) tali da non consentire, dato il prezzo praticato dalla stessa sul mercato a valle (SMS *bulk*), ad un concorrente altrettanto efficiente di operare in modo redditizio su base duratura sul mercato a valle.

35. Considerando i prezzi applicati da Telecom Italia nel mercato a valle degli SMS *bulk*, come riferiti da Ubiquity, e le tariffe all'ingrosso pagate dalla stessa nel mercato a monte a Telecom Italia, nonché gli altri costi di terminazione SMS sulle rimanenti reti mobili e gli altri costi di erogazione del servizio al dettaglio (ad esempio i costi commerciali), sembra emergere la presenza di margini negativi per i concorrenti altrettanto efficienti, che non permetterebbero loro di operare in modo redditizio su base durature sul mercato a valle degli SMS *bulk*.

36. A fronte di tali prezzi nei mercati a valle e a monte, benché Ubiquity abbia più volte fatto presente a Telecom Italia l'insostenibilità economica per gli operatori commerciali posti nel mercato a valle degli SMS *bulk* e abbia richiesto a TI la revisione delle tariffe all'ingrosso di terminazione SMS, quest'ultima non ha dato alcun seguito a tale richiesta, mantenendo una tariffa di terminazione SMS ad un livello tale da poter comportare margini negativi per i concorrenti posti a valle.

37. Alla luce delle informazioni preliminari agli atti sembrano dunque emergere condotte suscettibili di escludere o limitare la capacità dei concorrenti di competere nel mercato a valle degli SMS *bulk* in violazione dell'art. 102 del TFUE. Tali condotte, infatti, potrebbero ostacolare concorrenti altrettanto efficienti nello sviluppo della propria offerta sul mercato al dettaglio²² e comportare la loro esclusione da tale mercato a valle. Ne consegue che tali condotte appaiono *prima facie* idonee a pregiudicare la concorrenza nel mercato dell'invio massivo di SMS (SMS *bulk*).

iv) Il pregiudizio al commercio intraeuropeo

38. Le condotte sopra descritte rientrano nell'ambito di applicazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza e, segnatamente, nell'ambito dell'articolo 102 del TFUE, relativo al divieto di abuso di una posizione dominante, essendo potenzialmente idonee a pregiudicare il commercio intracomunitario. Il concetto di pregiudizio al commercio intracomunitario deve essere interpretato tenendo conto dell'influenza, diretta o indiretta, reale o potenziale, sui flussi commerciali tra gli Stati membri. Secondo gli orientamenti della Commissione europea, *“gli accordi che si estendono a tutto il territorio di uno Stato membro hanno, per loro natura, l'effetto*

²² Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. del 14.10.2010, C-280/08 P, Caso Deutsche Telekom (punto 252).

di consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal Trattato"²³.

39. Al riguardo, vale considerare che le condotte abusive ipotizzate riguardano l'intero territorio nazionale in quanto appaiono suscettibili di limitare la produzione e precludere o limitare l'accesso al mercato nazionale dei servizi di invio massivo di SMS.

RITENUTO, pertanto, che, sulla base delle evidenze agli atti, i comportamenti posti in essere da Telecom Italia S.p.A. potrebbero costituire una violazione dell'art. 102, del TFUE;

DELIBERA

a) l'avvio dell'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti di Telecom Italia S.p.A., per accertare l'esistenza di una possibile violazione dell'art. 102, del TFUE;

b) la fissazione del termine di quarantacinque giorni decorrenti dalla notifica del presente provvedimento per l'esercizio da parte dei legali rappresentanti delle parti del diritto di essere sentiti, precisando che la richiesta di audizione dovrà pervenire alla Direzione Comunicazioni della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità almeno quindici giorni prima della scadenza del termine sopra indicato;

c) che il responsabile del procedimento è il Dott. Carlo Piazza;

d) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione presso la Direzione Comunicazioni della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità dai rappresentanti legali delle parti, nonché da persona da essi delegata;

e) che il procedimento deve concludersi entro il 30 novembre 2017.

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

IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella

²³ Cfr. Comunicazione della Commissione 2004/C 101/07, *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*, GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004 (punto 78).

OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE

C12067 - FERROVIE DELLO STATO ITALIANE/FERROVIE DEL SUD-EST E SERVIZI AUTOMOBILISTICI

Provvedimento n. 26234

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 16 novembre 2016;

SENTITO il Relatore Professore Michele Ainis;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la comunicazione della società Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A., pervenuta il 9 settembre 2016;

VISTA la propria richiesta di informazioni inviata in data 6 ottobre 2016 a Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A., con conseguente interruzione dei termini ai sensi dell'articolo 5, comma 3, del D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTE le informazioni aggiuntive di Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A. acquisite in data 28 ottobre 2016;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A. (di seguito, "FSI") è la società *holding* dell'omonimo gruppo, il cui capitale sociale è interamente detenuto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze. Le imprese del gruppo operano nel settore del trasporto ferroviario di merci e di passeggeri (sia in Italia sia all'estero), nel trasporto di passeggeri su gomma, nella fornitura di servizi di logistica e nella realizzazione e gestione di infrastrutture ferroviarie. FSI controlla, tra le altre, le società Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (di seguito, "RFI"), concessionaria per la gestione della rete ferroviaria nazionale; Trenitalia S.p.A. (di seguito, "Trenitalia"), principale impresa ferroviaria nazionale attiva nel trasporto ferroviario passeggeri a media e lunga percorrenza, nel trasporto metropolitano e regionale e nel trasporto merci; Busitalia Sita Nord S.r.l. (di seguito, "BI"), impresa attiva nel settore del trasporto pubblico locale (TPL) su gomma su tutto il territorio nazionale, che fornisce anche servizi sostitutivi di corse ferroviarie sul territorio nazionale. Nel 2014 il gruppo FSI ha fatturato circa 8,4 miliardi di euro per vendite effettuate principalmente, ma non esclusivamente, in Italia.

2. Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici S.r.l. (di seguito, "FSE") è attualmente posseduta al 100% dal Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture (di seguito, "MIT"). Sulla base di un contratto di servizio con la Regione Puglia, la società gestisce e manutiene un'infrastruttura

ferroviaria di 474 km di proprietà della Regione Puglia¹ e offre servizi di trasporto pubblico passeggeri su ferro (per un totale di circa 3,7 milioni di treni*km/anno) e servizi integrativi/sostitutivi di trasporto su gomma (per 14 milioni di bus*km/anno) in un'area della Regione Puglia (in Salento). Il fatturato di FSE nel 2014 è stato pari a oltre 151 milioni di Euro, realizzato unicamente in Italia.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

3. L'operazione di concentrazione notificata (di seguito, l' "Operazione") trova la propria base giuridica nell'art. 1, comma 867, della l. n. 208 del 28 dicembre 2015 recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016), il quale, nel disporre il commissariamento di FSE in considerazione della grave situazione finanziaria in cui la stessa versava (e versa tuttora), affidava a un Commissario di nomina ministeriale (secondo quanto disposto dal Decreto del MIT n. 9 del 12 gennaio 2016) la realizzazione di un piano di risanamento (anche attivando le procedure di ristrutturazione dei debiti disciplinate dalla Legge Fallimentare) e prevedeva che, nell'ambito di tale piano, egli potesse anche proporre che la società fosse *"trasferita o alienata secondo criteri e modalità individuati con decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti"*. La norma all'ultimo capoverso stabiliva, inoltre, che nelle more dell'attuazione del piano di risanamento, per assicurare la continuità operativa della società, fossero stanziati 70 milioni di euro.

4. In virtù di tali poteri, e constatata l'impossibilità di risanare l'impresa senza nuovi capitali, in data 29 luglio 2016, il Commissario ha proposto all'assemblea dei soci di FSE il trasferimento delle quote societarie a FSI. Tale proposta è stata approvata dall'Assemblea e la cessione delle partecipazioni è stata definitivamente disposta da un Decreto del MIT del 4 agosto u.s. (di seguito, "il Decreto")². Il Decreto configura l'operazione – che si sostanzia nel passaggio del 100% delle azioni di FSE dal MIT a FSI - come un trasferimento che mira all'*"efficientamento delle partecipazioni pubbliche nell'ambito di una riorganizzazione all'interno di un insieme economico unitario facente capo al medesimo proprietario (Ente Stato)"*. Di fatto l'operazione determina una modifica e un allungamento della catena societaria, dal momento che FSE passerebbe dal controllo diretto del MIT al controllo indiretto, per il tramite di FSI, del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF).

5. In data 12 ottobre l'Autorità ha deliberato di segnalare ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287/90 alcuni aspetti della procedura ad esito della quale FSI è stato individuato quale possibile acquirente di FSE, che, tuttavia, non rilevano nel contesto specifico della presente valutazione³.

6. Oltre a garantire la continuità del servizio e i livelli occupazionali, l'Operazione appare volta ad evitare il fallimento di FSE, la quale si trova attualmente in uno stato di crisi, come mostra l'esistenza di un debito pregresso pari a oltre 380 milioni (a fronte di risultati economici negativi)

¹ Di cui 411 km a binario singolo e 63 km a binario doppio.

² Cfr. GU Serie Generale n. 218 del 17 settembre 2016.

³ Cfr. segnalazione AS1309 – Trasporto ferroviario regionale del 12 ottobre 2016.

e di un patrimonio netto negativo di 200 milioni circa⁴, e a consentirne il risanamento. Al fine di porre rimedio al dissesto economico-patrimoniale della società, il decreto prevede che l'acquisto da parte di FSI debba avvenire a titolo gratuito e che l'impresa acquirente dichiari esplicitamente di volersi fare carico del debito esistente, oltre ad impegnarsi a predisporre un piano industriale di rilancio.

7. Nel corso della audizione con gli Uffici dell'Autorità, che si è svolta in data 10 novembre 2016⁵, FSI ha dichiarato che, a seguito dell'acquisto del controllo di FSE, intende richiedere una procedura di concordato preventivo con i creditori della società che potrebbe durare anche per lungo tempo (essa stima un tempo minimo di 24 mesi ma non esclude che possa durare anche un lasso di tempo superiore). FSI ha, infine, dichiarato che non procederà a nessuna forma di integrazione tra le attività di FSE e le proprie società controllate RFI, Trenitalia e BI, fino alla fine di tale procedura.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

8. Ad esito dell'Operazione, l'intero capitale sociale di FSE sarà detenuto da FSI che, in qualità di unico socio, eserciterà i poteri di controllo in precedenza esercitati dal MIT. L'Operazione comporta il passaggio del controllo esclusivo di una impresa e, pertanto, costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera *b*), della legge n. 287/90. Essa rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90, non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE n. 139/04, ed è soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge, in quanto il fatturato totale realizzato nell'ultimo esercizio a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate è stato superiore a 495 milioni di euro e quello dell'impresa di cui è prevista l'acquisizione è superiore a 50 milioni di euro.

IV. VALUTAZIONE DELL'OPERAZIONE

1. I mercati interessati

9. Le attività interessate dall'Operazione sono: *i*) la gestione dell'infrastruttura ferroviaria regionale attualmente di competenza di FSE di cui è proprietaria la Regione Puglia, *ii*) l'offerta di servizi di trasporto ferroviario di passeggeri sull'infrastruttura ferroviaria gestita da FSE, e *iii*) i servizi di trasporto pubblico locale di passeggeri mediante autobus nel bacino territoriale del sud-est della Regione Puglia.

10. Ciascuna di tali attività svolte da FSE consiste nell'adempimento degli obblighi di servizio pubblico definiti dalla Regione Puglia, soggetto titolare delle funzioni di definizione,

⁴ Il fallimento di FSE è stato chiesto dalla Procura della Repubblica di Bari in data 21 luglio 2016 nell'ambito di un'indagine penale che vede il precedente amministratore unico della società accusato di peculato (110 c.p.), abuso di ufficio (323 c.p.) e truffa (640 c.p.).

⁵ Cfr. doc. 12.

programmazione e organizzazione del servizio⁶, nel contratto di servizio sottoscritto il 29 dicembre 2009 la cui durata di sei anni nel 2015 è stata prorogata al 31 dicembre 2021⁷.

i) Il mercato della gestione dell'infrastruttura ferroviaria

11. FSE è un operatore integrato che gestisce sia la rete ferroviaria sia i servizi ferroviari regionali. La rete ferroviaria attualmente gestita da FSE include otto linee ferroviarie: Bari-Taranto (113 km), Mungivacca-Putignano (44 km), Martina Franca-Lecce (103 km), Novoli-Garigliano (75 km), Casarano-Gallipoli (23 km), Lecce-Gallipoli (53 km), Zollino-Garigliano (47 km) e Maglie-Otranto (19 km). Tale infrastruttura è interconnessa a quella nazionale gestita da RFI⁸, anche se, al momento, per questioni di standard di sicurezza, non è possibile ai treni che viaggiano su una rete viaggiare anche sull'altra.

La dimensione merceologica individua, nel caso di specie, anche la dimensione geografica del mercato rilevante, coincidente con l'insieme delle otto linee ferroviarie suindicate e attualmente gestite da FSE.

ii) Il mercato dei servizi di trasporto ferroviario di passeggeri

12. Come da consolidata prassi dell'Autorità, il mercato del prodotto rilevante è quello del trasporto regionale passeggeri, dove la domanda è rappresentata dagli utenti con esigenze di mobilità a carattere continuativo in determinate fasce orarie delle giornate feriali (trasporto di tipo pendolare di studenti e lavoratori) ed esigenze di mobilità a carattere saltuario su tratte secondarie. Il trasporto ferroviario regionale generalmente presenta caratteristiche tali da individuare un mercato del prodotto distinto rispetto a tutte le altre modalità di trasporto pubblico locale. Tuttavia, in talune circostanze e per alcune tratte, le descritte esigenze di mobilità potrebbero essere soddisfatte, per parte della domanda passeggeri, da altre modalità di trasporto pubblico, in particolare tramite il trasporto su gomma, la quale, tuttavia, risente maggiormente dei problemi di congestione di traffico caratteristici delle aree densamente urbanizzate e dunque non è sempre un adeguato sostituto del trasporto su ferro. Peraltro, in genere, nella fornitura dei servizi di trasporto pubblico locale le autorità competenti per la programmazione (Regioni ed Enti Locali) utilizzano il trasporto su gomma piuttosto in una logica di intermodalità rispetto al trasporto ferroviario o in alternativa a quest'ultimo su percorsi non adeguatamente coperti dall'infrastruttura ferroviaria. Solo talvolta sono istituiti servizi "sostitutivi" del trasporto ferroviario, spesso garantiti dallo stesso gestore⁹.

13. Con riferimento al caso di specie, va sottolineato come nella Regione Puglia le reti di trasporto siano individuate dalla Giunta Regionale tenendo conto dell'assetto della domanda di trasporto e

⁶ Cfr. art. 3 della Legge della Regione Puglia n. 24 del 20 agosto 2012 Rafforzamento delle pubbliche funzioni nell'organizzazione e nel governo dei servizi pubblici, che a livello regionale definisce il riparto delle competenze in tema di TPL.

⁷ Cfr. Delibera della Giunta della Regione Puglia n. 1453/2013, attuata con la Determinazione dirigenziale n. 100/2014. La Regione, alla scadenza del contratto nel 2015 si è avvalsa della possibilità di rinnovo per altri 6 anni, senza ricorrere a procedure competitive di affidamento dei servizi.

⁸ L'interscambio con la rete di RFI avviene in corrispondenza delle stazioni di Bari Centrale, Lecce, Taranto e Francavilla F. (Linea Adriatica Bari-Lecce e Linea Taranto-Brindisi)

⁹ Cfr. provv. n. 22355 del 28 aprile 2011 sul caso C11018 - TRENITALIA-FERROVIE NORD MILANO/TRENITALIA-LENORD.

dell'organizzazione ottimale dell'offerta per l'erogazione dei servizi¹⁰. Tali reti comprendono anche gli eventuali servizi automobilistici c.d. sostitutivi e integrativi¹¹, nonché quelli aventi esclusiva finalità di adduzione del traffico alle stazioni ferroviarie. La Regione Puglia ha, tuttavia, stabilito che il sistema di trasporto ferroviario sia la struttura portante della rete di trasporto pubblico regionale, disponendo che i servizi svolti mediante altre modalità siano organizzati ed integrati alla rete dei trasporti su ferro¹². La Regione prevede, pertanto, la progressiva eliminazione dei servizi sostitutivi/integrativi su gomma e il contestuale potenziamento di quelli ferroviari oppure la loro sostituzione con i servizi su gomma extraurbani convenzionali, con l'obiettivo di integrare la modalità ferroviaria¹³. Per ciò che riguarda la rete di competenza di FSE questo processo appare allo stato attuale sospeso, in ragione degli interventi di adeguamento dell'infrastruttura ferroviaria. Per questo motivo, si è reso necessario il mantenimento, e in taluni casi il potenziamento, di un'adeguata rete di servizi su gomma sostitutivi e integrativi per tutta la durata dei lavori e delle successive fasi di collaudo.

14. Dal punto di vista geografico, il mercato del trasporto pubblico locale ferroviario (come quello mediante autobus) si caratterizza per il riferimento a bacini di utenza interessati da flussi di mobilità locale/regionale. Considerata la caratteristica dell'affidamento dei servizi in esclusiva attraverso la stipula di contratti di servizio, il mercato geografico interessato coincide con il bacino di utenza rientrante nell'ambito del contratto di servizio di cui è titolare l'impresa¹⁴. Attualmente in Puglia offrono servizi di trasporto ferroviario regionale cinque operatori: Trenitalia sulla rete principale gestita da RFI, sulla base di un contratto di servizio già scaduto il 31 dicembre 2015 ed in fase di rinegoziazione, FSE ed altre tre imprese regionali di dimensioni minori, Ferrovie del Gargano S.p.A., Ferrovie Apulo-Lucane S.r.l. e Ferrotranviaria S.p.A., operanti su quattro reti regionali. Tutti i contratti delle imprese ferroviarie regionali minori scadono nel 2021.

15. Nel caso di specie, nella prospettiva di una valutazione statica dell'operazione, il bacino interessato è quello attualmente servito da FSE. Ove, invece, si volesse valutare l'Operazione in esame anche in una prospettiva di medio termine, con riferimento all'affidamento di tutti o parte dei servizi ferroviari regionali in Puglia, il bacino interessato potrebbe essere di dimensioni più ampie (o comunque definite dall'oggetto dell'affidamento), fino a coincidere con l'insieme di tutti i servizi ferroviari regionali presenti nella Regione Puglia.

iii) Il mercato dei servizi di trasporto pubblico locale di passeggeri mediante autobus

16. Il mercato del prodotto rilevante nel caso di specie è quello del trasporto pubblico locale di passeggeri, così come disciplinato dall'art. 1, comma 2, del Decreto Legislativo n. 422/1997, ai

¹⁰ V. l'art. 16, comma 8, della L.R. n. 18/2002.

¹¹ Ai sensi dell'art. 34-octies, comma 3, del D.L. n. 179/2012, i "servizi sostitutivi" dei servizi ferroviari sono i servizi a carattere temporaneo resi necessari dalla provvisoria interruzione della rete ferroviaria o dalla provvisoria sospensione del servizio ferroviario per interventi di manutenzione straordinaria, guasti e altre cause di forza maggiore; i "servizi integrativi" dei servizi ferroviari sono i servizi a carattere temporaneo resi necessari da un provvisorio e non programmabile picco della domanda di trasporto e svolti in orari ed itinerari identici al servizio ferroviario da essi integrato.

¹² V. art. 16 della Legge Regionale n. 16/2008.

¹³ V. la citata DGR n. 1221/2013 con la quale è stato adottato il Piano di riclassificazione dei servizi sostitutivi/integrativi delle ferrovie regionali in cui è previsto, con fasi e modalità diverse, la riconversione in servizi ferroviari di quota parte dei servizi oggi automobilistici.

¹⁴ Cfr. provv. n. 22355 del 28 aprile 2011, cit..

sensi del quale per TPL s'intende "l'insieme dei sistemi di mobilità terrestri, marittimi, lagunari, lacuali, fluviali e aerei che operano in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite, ad accesso generalizzato, nell'ambito di un territorio di dimensione normalmente regionale o infraregionale". In particolare, nel caso di specie si tratta di trasporto pubblico locale di passeggeri mediante autobus in ambito extraurbano.

17. Secondo il consolidato orientamento dell'Autorità, nell'ambito del TPL i mercati rilevanti dal punto di vista geografico vengono identificati con i bacini di traffico in relazione ai quali viene effettuato dagli Enti competenti l'affidamento dei servizi¹⁵. Attualmente in Puglia l'insieme dei servizi regionali di trasporto pubblico locale su gomma viene fornito da un consorzio di imprese private Co.TR.A.P. sulla base di un contratto di servizio in scadenza nel 2018.

18. Anche in questo caso, ai fini di una valutazione statica della presente operazione, il mercato rilevante è costituito dai servizi di trasporto pubblico locale nel bacino di traffico rientrante nell'ambito del contratto di servizio che disciplina i servizi di TPL extraurbano prestati da FSE mediante autobus nel territorio della Regione Puglia. In una prospettiva di medio termine, invece, deve essere preso in considerazione l'intero sistema di trasporto regionale extraurbano su gomma che, a seguito della scadenza del contratto di servizio tra regione e CO.TR.A.P. sarà messo a gara nel 2018. Sotto questo profilo rileva anche la circostanza che una serie di servizi di trasporto su gomma svolti da FSE e anche della altre imprese ferroviarie regionali, ed attualmente rubricati come servizi sostitutivi/integrativi di quello ferroviario, saranno inseriti nell'ambito dei servizi di trasporto su gomma convenzionale a livello regionale.

2. Gli effetti dell'Operazione sui mercati rilevanti

19. Nell'immediato, l'Operazione non produce alcuna modifica della struttura dei mercati rilevanti come più sopra definiti (e cioè i bacini di utenza del servizio di trasporto su gomma e su ferro gestiti da FSE), in quanto essa determina la mera sostituzione di un operatore, FSE, con un altro, FSI, nel contratto di servizio con la Regione Puglia gestito in regime di monopolio legale.

20. In una prospettiva di medio termine, occorre, tuttavia, verificare se l'Operazione possa produrre degli effetti concorrenziali nell'ambito delle procedure di affidamento del servizio di trasporto locale ferroviario e su gomma all'interno dell'intero territorio pugliese.

i) L'affidamento del servizio regionale di trasporto pubblico extraurbano mediante autobus

21. In relazione al servizio di trasporto pubblico regionale extraurbano mediante autobus, dove gli Enti responsabili del servizio possono derogare all'obbligo di gara solo ove ricorrano i requisiti per il c.d. *in-house providing*¹⁶, l'affidamento del servizio avverrà senz'altro per il tramite di una procedura ad evidenza pubblica da bandirsi nel 2018 per l'intero ambito regionale.

22. Attualmente un operatore, il menzionato consorzio di imprese private Co.T.R.A.P., riveste il ruolo di impresa *incumbent* nei servizi di TPL su gomma regionali. Rispetto a questa impresa, FSE

¹⁵ Cfr., tra i vari, provv. n. 21366 del 14 luglio 2010, sul caso C10663 – *RATP/TRANSDEV ITALIA*; provv. n. 24016 del 23 ottobre 2012 sul caso C11749 – *Busitalia Sita Nord-CAP Autolinee cooperativa autotrasporti pratese-autoguidovie italiane/ATAF Gestioni*.

¹⁶ V. l'art. 16, comma 1, della Legge Regionale n. 18/2002. V., inoltre, l'art. 34-octies del D.L. n. 179/2012, che impone che a far data dal 31 dicembre 2013 l'affidamento dei servizi automobilistici "sostitutivi" e "integrativi" del servizio di trasporto ferroviario potrà avvenire esclusivamente per il tramite di procedure ad evidenza pubblica da effettuarsi in bacini ottimali (ATO) tali da massimizzarne l'efficienza, previamente individuati dalle Regioni. V., inoltre, l'art., comma 3, del Reg. CE n. 1370/2007.

e il gruppo FSI rappresentano, rispettivamente, il secondo e il terzo operatore¹⁷. Nella prospettiva della gara del 2018, pertanto, pare ragionevole ipotizzare che l'Operazione non produrrà alcun effetto negativo sulla concorrenza *per* il mercato. Infatti, l'aggregazione tra i servizi di trasporto su gomma di BI e FSE, peraltro non certa a quella data, potrebbe, al più, contribuire a bilanciare la posizione di mercato del soggetto *incumbent*. In altri termini, con l'acquisizione di FSE, gli spazi per un confronto concorrenziale in occasione della gara del 2018 diversi da quelli che si avrebbero in assenza dell'Operazione, e soprattutto la possibilità di aggiudicazione della stessa da parte del gruppo FSI, appaiono del tutto analoghe a quelle che il gruppo avrebbe anche senza l'acquisizione di FSE.

23. A tale conclusione si giunge, inoltre, ove si osservi quanto riportato *supra* al §7 relativamente alle dichiarazioni di FSI in audizione, ed in particolare al fatto che, a causa delle difficili condizioni finanziarie in cui versa l'impresa acquisita, FSI richiederà una procedura di concordato preventivo con i creditori di FSE. Fino alla conclusione del concordato (che, si diceva, potrebbe avere una durata minima di due anni, anche se verosimilmente essa si protrarrà più a lungo¹⁸), FSE rimarrà un'entità economica autonoma, non integrata con le società operative del gruppo. Con ogni probabilità, quindi, alla luce della descritta tempistica, FSI non integrerà FSE in BI, la società del gruppo che si occupa di trasporto su gomma, prima dell'avvio della procedura di selezione del 2018 e, dunque, la sua eventuale partecipazione avverrà senza alcun vantaggio derivante in maniera specifica dall'Operazione in esame.

ii) L'affidamento del servizio regionale di trasporto pubblico ferroviario

24. Per ciò che riguarda il trasporto pubblico locale ferroviario, si osserva, invece, che la disciplina applicabile non obbliga l'Ente responsabile dell'organizzazione del servizio a procedere all'affidamento con lo strumento dell'evidenza pubblica ma gli consente di avvalersi dell'affidamento diretto¹⁹. Tanto è vero che il contratto di servizio stipulato tra Trenitalia e la Regione Puglia è, come si diceva, già scaduto ed è in corso la rinegoziazione del nuovo contratto per un periodo di 10 anni rinnovabile per altri 5²⁰.

25. Tuttavia, non si esclude che, alla scadenza dei contratti di cui sono titolari FSE e le altre tre imprese ferroviarie pugliesi, prevista nel 2021, l'affidamento del servizio possa avvenire per il tramite di una procedura ad evidenza pubblica. In quest'ultimo caso la gara riguarderebbe solo la gestione del servizio ferroviario e non anche la gestione della rete, che dovrebbe essere già ricondotta nell'ambito delle attività svolte da RFI, e il cui accesso a condizioni trasparenti e non discriminatorie, pertanto, sarebbe garantito dalla legislazione e dalla regolamentazione nazionale ed europea applicabile in materia.

26. L'effetto specifico che si realizza con l'Operazione risulta, tuttavia, decisamente trascurabile se si considera che FSI è già titolare del maggior contratto di servizio in termini di treno*km/anno

¹⁷ V. l'allegato n. 8 al formulario notificato da FSI, p. 38-43

¹⁸ Secondo un recente studio, la durata media di una procedura di concordato in un campione di sei Tribunali è di cinque anni. V. Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili Milano, Il concordato preventivo: riflessioni teoriche, I quaderni di Scuola di Alta Formazione, n. 57, 2015, p. 20.

¹⁹ V. l'art. 5, comma 6, del Reg. CE n. 1370/2007, che dispone un'eccezione alla regola dell'evidenza pubblica per il settore ferroviario, apponendo cionondimeno un limite di dieci anni alla durata dei contratti

²⁰ V. il combinato disposto tra l'art. 5, comma 6, e l'art. 4, comma 3, del Reg. (CE) n. 1370/2007.

sulla rete pugliese, indipendentemente dall'acquisizione di FSE (non essendo questa la sede per entrare nel merito delle scelte che saranno effettuate dalla Regione con riguardo alla sottoscrizione di nuovi contratti di servizio con FSE). Anche con riferimento all'affidamento degli altri servizi ferroviari regionali in scadenza al 31 dicembre 2021, si ritiene che l'Operazione non sia in grado di attribuire particolari vantaggi a Trenitalia, rispetto a quelli già detenuti, sia nel caso in cui la Regione scelga di procedere con affidamento diretto, sia che si proceda ad un affidamento del servizio tramite gara.

RITENUTO, pertanto, che l'Operazione in esame non determini, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 187/90, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sui mercati interessati, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza;

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90, alle imprese interessate e al Ministro dello Sviluppo Economico.

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

IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Chieppa

f.f. IL PRESIDENTE
Gabriella Muscolo

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1312 - BILANCIO DI PREVISIONE DELLO STATO PER L'ANNO FINANZIARIO 2017 E BILANCIO PLURIENNALE PER IL TRIENNIO 2017-2019 IN MATERIA DI ACQUISTO DI FARMACI BIOTECH E LORO VERSIONI BIOSIMILARI

Roma, 17 novembre 2016

Presidente della Camera dei Deputati

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 16 novembre 2016 ha deliberato di esprimere un parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/1990, relativamente a un articolo del disegno di legge *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019*, attualmente in discussione presso la Camera dei Deputati.

Nella sua forma attuale, l'art. 59, comma 11, prevede che all'articolo 15 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, sia inserito dopo il comma 11-ter quanto segue: "*11-quater. L'esistenza di un rapporto di biosimilarità tra un farmaco biosimilare e il suo biologico di riferimento sussiste solo ove accertato dalla European Medicine Agency (EMA). Non è consentita la sostituibilità automatica tra farmaco biologico di riferimento e un suo biosimilare né tra biosimilari. Nelle procedure pubbliche di acquisto non possono essere posti in gara nel medesimo lotto principi attivi differenti, anche se aventi le stesse indicazioni terapeutiche. Al fine di razionalizzare la spesa per l'acquisto di farmaci biologici a brevetto scaduto e per i quali siano presenti sul mercato i relativi farmaci biosimilari, si applicano le seguenti disposizioni:*

a) le procedure pubbliche di acquisto devono svolgersi mediante utilizzo di accordi-quadro con tutti gli operatori economici titolari di medicinali a base del medesimo principio attivo. A tal fine le centrali regionali d'acquisto predispongono un lotto unico per la costituzione del quale si devono considerare lo specifico principio attivo (ATC di V livello), i medesimi dosaggio e via di somministrazione. La base d'asta dell'accordo-quadro deve essere il prezzo massimo di cessione al Servizio sanitario nazionale del farmaco biologico di riferimento;

b) al fine di garantire un'effettiva razionalizzazione della spesa e nel contempo un'ampia disponibilità delle terapie, i pazienti devono essere trattati con uno dei primi tre farmaci nella graduatoria dell'accordo-quadro, classificati secondo il criterio del minor prezzo o dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il medico è comunque libero di prescrivere, senza obbligo di

motivazione, il farmaco, tra quelli inclusi nella procedura di cui alla lettera a), ritenuto idoneo a garantire la continuità terapeutica ai pazienti [...]”.

La disposizione sopra riportata sembra volta ad aprire a un acquisto su base per così dire ordinaria di farmaci biosimilari da parte delle stazioni appaltanti di volta in volta rilevanti per l’approvvigionamento del SSN, inserendo tali prodotti e il farmaco biotech di riferimento in una modalità di approvvigionamento continuata quale quella degli accordi-quadro, di cui all’articolo 54 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Se, dunque, simile previsione è da apprezzarsi nella prospettiva di una maggiore apertura all’uso di biosimilari, in linea con quanto già sollecitato dall’Autorità in suoi precedenti interventi¹, occorre nondimeno considerare come il medesimo articolo disponga, nei fatti:

- (1) un obbligo di acquisto di farmaci biotech (originatori o biosimilari) solo attraverso accordi-quadro con una base d’asta corrispondente al prezzo più elevato del farmaco originatore, ovvero in assoluto il prodotto più caro tra quelli disponibili;
- (2) una rigida esclusione di ogni possibile sostituibilità automatica tra farmaco originatore e una sua versione biosimilare, nonché tra versioni biosimilari di un medesimo originatore;
- (3) un divieto di messa in gara diretta di farmaci aventi medesime indicazioni terapeutiche ma principi attivi diversi.

Quanto al punto (1), quando si cali l’applicazione di uno strumento come l’accordo-quadro nella realtà operativa degli acquisti di farmaci biotech, occorre debitamente considerare le specificità di tali prodotti, a partire dalla circostanza che la presenza di versioni biosimilari è sempre molto limitata. Richiedere un accordo-quadro per l’acquisto di simili farmaci, con la specificazione che i pazienti debbano essere trattati con uno dei primi tre farmaci nella graduatoria dell’accordo-quadro, significa dunque far sì che in tali contratti generali di acquisto rientreranno praticamente sempre tutti i prodotti disponibili sul mercato (ovvero il biologico di riferimento e le sue poche versioni biosimilari). Se ciò può valutarsi in maniera positiva per il suo garantire ai medici un’ampia disponibilità terapeutica, in una prospettiva concorrenziale è però necessario che la disciplina di gara sia predisposta per incentivare nella maniera più efficace il confronto – sul minor prezzo, ovvero l’offerta economicamente più vantaggiosa – tra operatori che sono comunque ricompresi tra quelli idonei a fornire.

Ora, in base alla lettera attuale dell’articolo in oggetto, simile confronto appare irrimediabilmente pregiudicato dalla richiesta che la base d’asta dell’accordo-quadro debba essere il prezzo massimo di cessione al SSN del farmaco biologico di riferimento. Siffatta condizione, infatti, anziché spingere a un confronto di partenza a partire da livelli di prezzo riconducibili alla disponibilità di più prodotti concorrenti (es. come media dei prezzi di tali prodotti, ovvero, sulla falsariga di quanto avviene con le c.d. liste di trasparenza per gli acquisti di un farmaco a base chimica dal brevetto scaduto, a partire dal prezzo della versione generica meno costosa), fissa il confronto concorrenziale di partenza al livello di prezzo più alto in assoluto, così evidentemente disincentivando ogni possibile stimolo alla presentazione di offerte competitive da parte di soggetti che, si ripete, si ritroveranno comunque qualificati a fornire ai sensi dell’accordo-quadro.

¹ Cfr. AGCM, segnalazione AS1049 del 15 giugno 2013, *Disciplina speciale di alcune gare per la fornitura di farmaci*, ove si richiamava, tra l’altro, “la posizione da ultimo espressa in sede comunitaria, secondo cui ‘la disponibilità di biosimilari migliora la concorrenza e può contribuire ad ampliare la platea dei pazienti che possono accedere ai farmaci biologici, contribuendo alla sostenibilità dei sistemi sanitari europei’”.

L'articolato in discorso, nel prevedere la piena libertà per il medico competente di prescrivere il farmaco tra quelli inclusi nell'accordo-quadro ritenuto idoneo a garantire la continuità terapeutica ai pazienti, fa quindi ulteriormente sì che, al di là di chi vincerà la selezione, potrà comunque essere richiesto l'acquisto degli altri farmaci: per i rispettivi produttori, pertanto, non vi è alcun razionale incentivo a presentare offerte particolarmente competitive, tenuto conto che le dinamiche di acquisto dipenderanno comunque dalle decisioni dei singoli medici curanti. Fatta salva la fondamentale libertà di decisione terapeutica propria del medico competente, nella prospettiva di garantire anche i margini di opportuno incentivo a un confronto pro-concorrenziale da cui discendano risparmi di spesa per il SSN, l'Autorità raccomanda pertanto di riconsiderare quantomeno la mancanza nell'attuale lettera dell'articolo di qualsivoglia onere di motivazione rispetto alle scelte di consumo.

Per quanto riguarda il punto (2), l'Autorità prende atto del fatto che l'articolo in discorso ribadisce le condizioni operative già attualmente vigenti in Italia. Tale posizione, nondimeno, appare suscettibile di bloccare rigidamente ogni possibile sviluppo futuro nella prospettiva di una sostituibilità automatica tra versione originatrice e biosimilari di un farmaco biotecnologico, nonostante un dibattito in tal senso sempre più aperto.

Quanto al punto (3), si rileva come il testo attuale dell'articolo sia poco chiaro, al punto da poter anche essere letto come un possibile divieto alla messa in concorrenza diretta di farmaci aventi principi attivi diversi non solo quando si tratti di prodotti biotech, ma anche a base chimica. Al proposito, è appena il caso di rilevare come ciò contrasterebbe con il lungo e faticoso cammino sin qui percorso per sviluppare una concorrenza in tal senso, e per cui col c.d. decreto Balduzzi è stata appositamente prevista una competenza preventiva dell'Agenzia Italiana del Farmaco volta a valutare la legittimità di siffatti disegni di gara.

Si confida che il legislatore vorrà tenere nella debita considerazione le valutazioni qui esposte.

f.f. IL PRESIDENTE

Gabriella Muscolo

*Autorità garante
della concorrenza e del mercato*

Bollettino Settimanale
Anno XXVI- N. 41 - 2016

Coordinamento redazionale

Giulia Antenucci

Redazione

Sandro Cini, Alberto Fardin, Francesca Melchiorri,
Valerio Ruocco, Simonetta Schettini
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
