



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1193 del 2012, proposto da:
Società Wind Telecomunicazioni Spa, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Prof. Beniamino Caravita Di Toritto, Sara
Fiorucci e Roberto Santi, con domicilio eletto presso Studio Legale Caravita Di
Toritto & Assoc. in Roma, via di Porta Pinciana, 6;

contro

Autorita' Per Le Garanzie Nelle Comunicazioni, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello
Stato, presso i cui Uffici è domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Società Telecom Italia Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata
e difesa dagli avv.ti Prof. Francesco Cardarelli, Filippo Lattanzi e Iacopo D'Auria,
con domicilio eletto presso Filippo Lattanzi in Roma, via P.G. Da Palestrina, 47;
Società Vodafone Omnitel Nv, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Prof. Mario Libertini e Prof. Vincenzo Cerulli

Irelli, con domicilio eletto presso Mario Libertini in Roma, via Boezio, 14; Società H3g Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Prof. Aristide Police e Filippo Degni, con domicilio eletto presso Aristide Police in Roma, via di Villa Sacchetti, 11;

e con l'intervento di

ad

opponendum:

Società Fastweb Spa in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Prof. Andrea Guarino ed Elenia Cerchi, con domicilio eletto presso Andrea Guarino in Roma, p.zza Borghese, 3;

per l'annullamento

previa sospensione dell'esecuzione,

della delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 621/11/cons, notificata a Wind il 20.12.2011, recante "*mercato dei servizi di terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili (mercato n. 7 fra quelli indentificati dalla raccomandazione della commissione europea n. 2007/879/ce): definizione del mercato ed eventuale imposizione di obblighi regolamentari*", pubblicata sul sito web dell'autorità il 20.12.2011 e nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana del 4 gennaio 2012 - supplemento ordinario n. 3;

di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Per Le Garanzie Nelle Comunicazioni, di Telecom Italia Spa, Vodafone Omnitel Nv e H3g Spa;

Visto l'atto di intervento *ad opponendum* di Fastweb s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2012 il cons. Rosa Perna e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso in epigrafe Wind Telecomunicazioni s.p.a. (di seguito, anche “Wind” o “ricorrente”), operatore di telefonia mobile terzo entrante nel mercato italiano e attivo sin dal 1999, impugna, chiedendone l’annullamento, la delibera dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito, anche “Agcom” o “Autorità”) n. 621/11/Cons, avente ad oggetto “Mercato dei servizi di terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili/mercato n. 7 fra quelli identificati dalla raccomandazione della Commissione europea 2007/879/CE”: definizione del mercato rilevante, identificazione delle imprese aventi significativo potere di mercato ed eventuale imposizione di obblighi regolamentari”.

Rappresenta l’odierna esponente che la delibera in questione ha previsto un percorso di graduale riduzione (*glide path*) delle tariffe del servizio di terminazione mobile (servizio che consente al cliente dell’operatore di rete di rispondere alle chiamate ricevute e di comunicare con il chiamante, il quale paga il costo della chiamata: Calling Party Pays - CPP), teso al raggiungimento per Wind, Telecom Italia, Vodafone e H3G della tariffa efficiente e simmetrica, calcolata in 0,98 eurocent/min., a far tempo dal 1° luglio 2013.

Nello specifico, la ricorrente lamenta che l’Agcom con la presente delibera abbia stravolto il *glide path* già previsto dalla Delibera 254/11/Cons, che prefigurava il raggiungimento della tariffa-obiettivo di 0,98 eurocent/min soltanto nel gennaio del 2015; e tanto, nonostante il 2012 si sia presentato per gli operatori di comunicazione mobile come un anno critico in ragione degli ingenti investimenti richiesti per l’assegnazione ed i successivi interventi infrastrutturali relativi alle

nuove frequenze LTE (*Long term evolution*, o frequenze 4G) messe in gara e rese disponibili a partire dal gennaio 2013.

2. Per quanto in questa sede rileva, in Italia il mercato dei servizi di terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili veniva regolato, da ultimo, con delibera n. 667/08/Cons; con essa l'Autorità, in esito al secondo ciclo di analisi del mercato della terminazione mobile avviato con la delibera n. 305/08/Cons, identificava i titolari di ciascuna rete (Telecom Italia, Vodafone Omnitel, Wind, H3G) quali operatori con significativo potere di mercato e imponeva loro le condizioni attuative degli obblighi in materia di controllo dei prezzi di cui all'art. 12 del d.lgs n. 259/03 (di seguito, "Codice delle comunicazioni elettroniche" o "CCE").

In particolare, la delibera n. 667/08/Cons prevedeva il raggiungimento al 1° luglio 2012 di un prezzo di terminazione simmetrico, ossia eguale per tutti gli operatori mobili, pari a 4,5 euro/cent al minuto. Alla determinazione dei costi unitari del servizio di terminazione mobile 2009-2011, l'Agcom era pervenuta facendo ricorso ad un modello di costo di tipo *top down*, definito sulla base dei dati di contabilità regolatoria forniti dagli operatori e sottoposti a certificazione da parte di un soggetto esterno, e applicando al costo, prodotto dal modello suddetto, un tasso di remunerazione del capitale impiegato.

3. La delibera Agcom n. 667/08/Cons veniva impugnata da H3G per contestare la riduzione dei valori tariffari della terminazione sulla propria rete nonché il raggiungimento della simmetria tariffaria prevista per luglio 2012, a fronte della dedotta ineguale assegnazione di frequenze tra operatori: dal momento che il Ministero dello Sviluppo economico, con nota 19.5.2010, aveva aggiudicato ad H3G un blocco di 5 MHz in banda 900 MHz accoppiato a regime su base nazionale, con disponibilità solo dal 31.12.2012, l'assoggettamento del medesimo operatore ad una effettiva simmetria tariffaria avrebbe dovuto essere prorogato almeno sino a quella data.

Il giudice di prime cure (Tar Lazio, III-ter, 11 febbraio 2011, n. 1336) respingeva il ricorso di H3G, affermando l'adeguatezza e la proporzionalità del sistema di graduale riduzione (*decalage*) dei livelli tariffari contenuto nella delibera n. 667/08, e ritenendo altresì le misure congruamente motivate e conformi alle indicazioni della Commissione europea; la decisione trovava conferma in sede d'appello (Cons. Stato, III, 23 maggio 2011, n. 3106).

4. Come già anticipato nella delibera n. 667/08 (art. 14, comma 1), e dando seguito a quanto suggerito dalla Commissione Europea con la Raccomandazione 2009/396/CE del 7 maggio 2009 “sulla regolamentazione delle tariffe di terminazione su reti fisse e mobili nella UE” (di seguito, “Raccomandazione”), con la successiva delibera 60/11/Cons l'Autorità approvava un diverso sistema per il calcolo dei costi, improntato sul modello ingegneristico di tipo BU-LRIC (*bottom-up long run incremental costs*), basato sulla configurazione della rete di un ipotetico operatore efficiente che si avvale di una tecnologia moderna e compete sulla base dei costi correnti.

Assunto il nuovo modello di verifica dei costi, con la delibera 254/11/Cons l'Agcom avviava quindi la consultazione pubblica sull'analisi di mercato relativo alla identificazione dei servizi di terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili, proponendo uno schema di delibera che rimodulava il percorso di riduzione delle tariffe originariamente stabilito.

In detto schema l'Autorità, identificati Telecom, Vodafone, Wind e H3G come operatori dominanti sulla propria rete, prevedeva un *decalage* delle tariffe di terminazione sulla base dei risultati del nuovo modello di costo: per i tre operatori Telecom, Vodafone e Wind veniva prevista la completa simmetria tariffaria a partire dal gennaio del 2012, con un *decalage* delle tariffe da € 4,1 cent./min. sino ad € 0,98 cent./min. per il 2015; per H3G un *decalage* da € 5,1 cent./min. sino ad € 0,98 cent./min; a favore di quest'ultimo operatore veniva peraltro confermata

l'asimmetria tariffaria, prorogandola al 1° gennaio del 2014, vale a dire, per un ulteriore anno e mezzo rispetto a quanto previsto dalla precedente delibera n. 667/08/Cons.

Lo schema di delibera veniva trasmesso alla Commissione Europea ed agli operatori mobili per le rispettive osservazioni; in particolare, l'Organismo comunitario (con nota SG-Greffe (2011) D/10210 del 23 giugno 2011, di seguito anche "Nota" oppure "osservazioni") formulava due distinti ordini di osservazioni, da un lato sul ritardo nell'imposizione dell'orientamento ai costi delle tariffe di terminazione mobili, dall'altro sull'asimmetria nelle tariffe di terminazione suddette.

5. L'Autorità adottava quindi la delibera n. 621/11/Cons e, sulla scorta delle indicazioni rese dalla Commissione, riduceva il percorso di livellamento delle tariffe, indicando nel 1° luglio 2013 la data per il raggiungimento della tariffa efficiente e simmetrica.

In sintesi, nella delibera veniva: anticipato al 1° luglio 2013 il raggiungimento della tariffa di terminazione efficiente, mediante tre tappe semestrali (1° luglio 2012, 1° gennaio 2013 e 1° luglio 2013) in luogo delle quattro tappe annuali previste nello schema di delibera proposto dall'Autorità; fissata al 1° luglio 2012 (anziché al 1° gennaio 2012, come nello schema predetto), la decorrenza del nuovo *glide path*; anticipato di sei mesi il raggiungimento della tariffa efficiente scaturita dal nuovo Modello (0,98 eurocent/min. rispetto a quanto proposto nello schema); concesso un trattamento differenziato all'operatore H3G sino al 30 giugno 2013 (anziché al 31 dicembre 2013).

6. Avverso la predetta delibera la odierna ricorrente si è dunque gravata, per lamentare come essa, da un lato, abbia stravolto lo schema di graduale riduzione previsto dalla Delibera 254/11/Cons, introducendo una sensibile abbreviazione del *glide path* e una significativa riduzione delle tariffe di terminazione per tutti gli

operatori di settore; dall'altro, abbia mantenuto in favore di H3G - in quanto ultimo entrante nel mercato italiano delle comunicazioni mobili - una asimmetria tariffaria fino al 1° luglio 2013, vale a dire per un periodo ulteriore rispetto a quello stabilito dalla Delibera n. 667/08/Cons.

Questi i motivi di ricorso proposti:

- 1) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 8 della direttiva 2002/21/CE e dell'art. 13, par. 1 della direttiva 2002/19/CE come modificata dalla direttiva 2009/140/CE. Violazione e falsa applicazione dell'art. 4, comma 2 e 3, lett. e) e 13, comma 4, lett. c), e comma 8 e dell'art. 50 del Dlgs n. 259 del 2003. Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 della legge n. 229 del 2003. Violazione e falsa applicazione dei paragrafi 114, 117 e 118 delle Linee direttrici della Commissione europea per l'analisi di mercato (2002/C 165/03). Violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza in relazione alle misure regolatorie adottate. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, irragionevolezza, illogicità, erronea valutazione dei fatti e contraddittorietà manifesta.*
- 2) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 296 del TFUE e dell'art. 41, comma 2, lett. c) della CEDU. Violazione degli artt. 7 e 8 della direttiva 2002/21/CE. Violazione e falsa applicazione degli artt. 11 e 12 del Dlgs n. 259 del 2003. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, irragionevolezza, illogicità, erronea valutazione dei fatti e contraddittorietà manifesta.*
- 3) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 11 e 12 del Dlgs n. 259 del 2003. Violazione e falsa applicazione dell'art. 4, comma 1, della delibera n. 453/03/Cons. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 10 della legge n. 241 del 1990. Violazione delle garanzie partecipative. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento dei fatti, irragionevolezza, illogicità manifesta, contraddittorietà intrinseca ed estrinseca.*
- 4) *Violazione del principio di simmetria fissato nella Raccomandazione della Commissione europea del 7 maggio 2009. Violazione e falsa applicazione dell'art. 7, comma 5, della direttiva*

2002/21/CE. *Violazione e falsa applicazione dell'art. 12, comma 5, del Dlgs n. 259 del 2003. Violazione del principio di proporzionalità, non discriminazione e parità di trattamento. Contrasto con quanto statuito dalle sentenze Tar Lazio, III-ter, n. 1336 del 2011 e del Consiglio di Stato, III, n. 3106 del 2011 e 288 del 2012. Eccesso di potere per contraddittorietà intrinseca ed estrinseca, difetto di istruttoria e motivazione, irragionevolezza, illogicità manifesta, disparità di trattamento.*

5) *Violazione dei principi di legittimo affidamento, buona fede e certezza del diritto. Violazione dell'art. 97 della Costituzione, eccesso di potere per contraddittorietà manifesta, irragionevolezza, difetto di istruttoria e motivazione.*

7. Per resistere al ricorso in epigrafe si è costituita nel presente giudizio l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, che ne ha chiesto il rigetto nel merito siccome infondato.

Nel presente giudizio si sono altresì costituiti:

H3G per spiegare le proprie difese, chiedendo il rigetto del ricorso nella parte in cui si contesta il mantenimento della asimmetria tariffaria in favore del suddetto operatore;

Telecom Italia s.p.a chiedendo l'annullamento della impugnata delibera nella parte in cui si prevede il mantenimento della asimmetria tariffaria in favore dell'operatore H3G;

Vodafone Omnitel NV per chiedere l'annullamento della impugnata delibera;

Fastweb s.p.a., con intervento *ad opponendum* notificato in data 13 giugno 2012, per chiedere il rigetto del ricorso;

8. Alla pubblica udienza del 4 luglio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione; nella discussione in camera di consiglio il Collegio si è riservato, rinviandone la decisione alla camera di consiglio del 2 ottobre 2012.

DIRITTO

1. Con il primo motivo Wind lamenta l'illegittimità della delibera impugnata sotto diversi profili.

In primo luogo, la rimodulazione del *glide path* delle tariffe di terminazione mobile confliggerebbe con l'obiettivo della promozione dello sviluppo delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, ivi compresi quelli a banda larga, quale individuato dalla disciplina nazionale e comunitaria in materia di telecomunicazioni (Codice delle comunicazioni elettroniche e direttiva 2002/19/CE, o "direttiva accesso"). In particolare, l'art. 13 della direttiva accesso, nel testo sostituito dalla direttiva 2009/140/CE, prevede che le Autorità nazionali di regolamentazione, in materia di controllo dei prezzi; dovrebbero " *Incoraggiare gli investimenti effettuati dall'operatore anche nelle reti di prossima generazione*" volgendo una particolare attenzione " *ad eventuali rischi specifici di un nuovo progetto particolare di investimento nella rete*".

Tuttavia le misure introdotte con la delibera impugnata – essendo state assunte a valle della recente gara per l'assegnazione delle nuove frequenze LTE (Long term evolution, o frequenze 4G) che ha visto gli operatori di comunicazione mobile effettuare ingenti esborsi - sarebbero in contrasto con i richiamati obiettivi in quanto avrebbero l'effetto di deprimere l'economia del settore della telefonia mobile.

Per tale ragione le suddette misure contrasterebbero anche con il principio comunitario di proporzionalità, espresso nelle Linee direttrici della stessa Commissione 2002/C 165/03, per cui gli interventi regolatori possono dirsi proporzionati solo quanto perseguano scopi legittimi ed i mezzi impiegati per ottenere tali scopi siano "il meno onerosi possibile", consistendo nel "minimo necessario" per conseguirli.

1.1 Le censure non sono nel loro complesso meritevoli di favorevole considerazione.

1.2 Si osserva in primo luogo che il riferimento operato dalla ricorrente al nuovo testo della direttiva accesso – che pone l'obiettivo di incoraggiare gli investimenti effettuati dall'operatore anche nelle reti di prossima generazione - non può essere di immediata incidenza nella presente vicenda, posto che, all'atto dell'avvio della consultazione pubblica (5 maggio 2011), coincidente con la data di avvio del procedimento che portava all'adozione della delibera impugnata, il nuovo testo dell'art. 13 non era in alcun modo applicabile nel nostro ordinamento, difettandone in radice il presupposto. E invero, la direttiva 2009/140/CE in questione, non solo non era stata ancora trasposta nell'ordinamento italiano ma neppure si rendeva altrimenti applicabile, pur in mancanza di un formale recepimento, non essendo nemmeno scaduto il termine fissato per la sua trasposizione (25 maggio 2011); e, in ogni caso, essa non presentava i caratteri della direttiva dettagliata o *self executing*, suscettibile di applicazione diretta, non essendo invero qualificata, nella parte invocata, dalla prescrizione di obblighi chiari, precisi ed incondizionati e, in definitiva, dal carattere dell'autosufficienza, ma rimetteva agli Stati membri le relative modalità procedurali e attuative.

1.3 In secondo luogo, quanto alla lamentata onerosità e sproporzione della contestata misura regolatoria anche in relazione alla particolare situazione economica di Wind e degli altri operatori a seguito della partecipazione alla gara per le nuove frequenze, è da ritenere che l'Autorità fosse ben conscia di tale situazione e che di essa abbia tenuto conto nella rimodulazione del *glide path*, che risulta adottato all'esito di una ponderazione dei diversi interessi in gioco e nella considerazione, da un lato della ritenuta estraneità dei nuovi investimenti alla telefonia vocale dall'altro dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo.

E, invero, i risultati emersi dal procedimento di consultazione ed analisi di mercato conducevano l'Agcom ad indicare nella delibera n. 621/11 (V.42, V. 43 e V.44) i motivi per cui la riduzione progressiva delle tariffe di terminazione mobile secondo

il programmato *glide path* sarebbe risultata del tutto sostenibile economicamente da parte di un operatore efficiente.

1.4 In particolare, in replica alle contestazioni in proposito espresse da Wind e dagli altri operatori nel corso del procedimento di consultazione, l'Autorità esponeva le valutazioni effettuate e la posizione assunta in modo puntuale, evidenziando, tra l'altro, come la propria posizione fosse conforme alle osservazioni pervenute sia dalla Commissione europea che dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (parere dell'11 luglio 2011), nonché in linea con la policy regolamentare adottata nella larga maggioranza dei Paesi comunitari; e pertanto assumeva *“che, sebbene la riduzione programmata presenti sensibili riduzioni dal momento che le tariffe sono orientate ai costi di un operatore efficiente, queste appaiono economicamente sostenibili da parte di un soggetto che presenti tali caratteristiche di efficienza”*. L'Autorità riteneva quindi *“opportuno dare seguito all'invito della Commissione europea a pervenire quanto prima al raggiungimento della tariffa di terminazione efficiente (così come indicato nella lettera SG-Greffe(2011)D/10210), compatibilmente all'esigenza di garantire agli MNO notificati il tempo sufficiente ad adeguare la programmazione delle attività di investimento e le strategie commerciali al nuovo contesto che si viene a determinare in materia di tariffe di terminazione mobile, ossia la più accentuata e rapida dinamica di riduzione delle stesse....”*.

In replica alle ulteriori osservazioni di Wind (di cui al punto O.48 della delibera), in merito al fatto che una possibile variazione delle tariffe di terminazione mobile dovesse tenere in considerazione le rilevanti tematiche del *refarming* e della gara delle frequenze, l'Autorità (punto V.49) chiariva che, come già delineato nel procedimento che ha condotto alla definizione del modello BU-LRIC, i costi legati al *refarming* ed alla recente gara per l'acquisizione di ulteriori frequenze *“non possono considerarsi pertinenti al servizio di terminazione, dal momento che si tratta di costi comuni a tutti i servizi, se non addirittura specifici per i servizi dati in mobilità”*. Ciò risultava coerente con quanto affermato nel precedente punto V.44 della delibera - e non contestato

dagli operatori né nel corso del procedimento né in questa sede - laddove si metteva in relazione la programmazione degli investimenti degli operatori per la realizzazione delle reti LTE con lo sviluppo di nuovi servizi ad alto valore aggiunto e contenuto innovativo.

1.5 Dalle superiori considerazioni si evince che le reti LTE saranno utilizzate per la fornitura di servizi non pertinenti alla telefonia vocale - e quindi addirittura in un mercato diverso, ancorché contiguo - e che i relativi costi non concorreranno dunque alla produzione dei ricavi cui le tariffe di terminazione si riferiscono; e se tali immobilizzazioni rappresentano un bene di investimento profittevole, suscettibile di generare futuri ricavi dalla vendita di servizi dati a banda larga con profitti destinati a remunerare gli investimenti effettuati, non si vede perché gli investimenti relativi alle frequenze LTE debbano essere remunerati attraverso l'applicazione di una tariffa, relativa ad un servizio diverso (quello di terminazione delle chiamate mobili vocali), superiore al livello dei costi efficienti, come si vorrebbe da parte della ricorrente.

E, invero, pur nella considerazione dell'unicità dell'attività d'impresa, non risponde ad una logica economica lineare la messa in relazione di voci economiche e patrimoniali di bilancio aventi natura eterogenea ed afferenti a fatti aziendali così diversi che solo in via di mero fatto risultano legati. Si osservi infatti che i ricavi generati dal servizio di terminazione delle chiamate sono componenti positivi di reddito che afferiscono alla gestione caratteristica dell'impresa, e come tali servono a coprire i costi pertinenti al servizio di terminazione: se si attestano su una tariffa superiore alla tariffa di terminazione efficiente, generano extra-profitti; le spese per investimenti relativi alle frequenze LTE (per l'assegnazione delle frequenze ed i successivi interventi infrastrutturali) costituiscono immobilizzazioni immateriali le quali, una volta acquisite, vengono iscritte nell'attivo dei bilanci degli operatori telefonici e, una volta entrate nel ciclo tecnico di produzione, parteciperanno, dal

lato dei costi per quote annuali di ammortamento, dal lato dei ricavi mediante i corrispettivi per le prestazioni dei nuovi servizi, alla formazione del risultato economico di esercizio. Non si vede dunque sulla base di quale regola di natura economica, prima ancora che giuridica, le spese per investimenti in questione possano ritenersi almeno in parte “compensabili” con eventuali extra-profitti ad esse non pertinenti e rivenienti dalla prestazione di servizi diversi.

D'altra parte la ricorrente non ha dimostrato in concreto che l'adozione della tariffa efficiente secondo il *glide path* rimodulato dalla delibera n. 621/11 avrebbe pregiudicato la fattibilità degli investimenti.

2. Né – e con ciò si viene a trattare, per ragioni di connessione, delle censure svolte con il terzo mezzo - la ricorrente può dolersi del fatto che l'Autorità non abbia puntualmente motivato le ragioni che l'avevano indotta a non accogliere i precisi rilievi dalla stessa formulati in sede di consultazione pubblica, e ciò, considerato che l'Agcom non è obbligata a confutare direttamente ciascuna osservazione pervenuta dai partecipanti al procedimento.

2.1 E invero, per costante giurisprudenza, nell'atto regolatorio l'Autorità è tenuta ad indicare la finalità dell'intervento e a motivare la decisione finale, e tanto anche con riguardo alle osservazioni presentate, ma non è tuttavia tenuta a fornire una puntuale replica ad ogni osservazione formulata, non sussistendo alcun obbligo di riportare nel testo del provvedimento adottato l'analitica esposizione delle osservazioni presentate dalle parti interessate nel corso del procedimento e la loro puntuale confutazione (Cons. Stato, VI, 27 dicembre 2006, n. 7972; id., 6 dicembre 2005, n. 2007; Tar Lazio, III-ter, 11 febbraio 2011, n. 1336; id., 11 novembre 2007, n. 11260).

2.2 In ogni caso, la semplice lettura della delibera 621/11/Cons evidenzia l'infondatezza degli assunti di parte ricorrente, essendovi puntualmente riportate le

considerazioni svolte da tutti gli operatori e soggetti intervenuti nel procedimento, unitamente alle osservazioni dell'Autorità.

2.3 D'altra parte è evidente che in un procedimento complesso come quello svolto per l'analisi del mercato della terminazione vocale su rete mobile, l'Agcom debba tener conto degli interessi dei vari operatori di rete mobile che forniscono il servizio di terminazione vocale sulla propria rete mobile come degli altri operatori di telefonia che fruiscono del servizio nonché di altre esigenze di primario rilievo come la tutela del consumatore e la promozione della concorrenza nel mercato. E pertanto, fermo rimanendo che le valutazioni di carattere tecnico discrezionale compiute dall'Autorità sono in ogni caso sindacabili dal giudice amministrativo soltanto nei limiti dell'assoluta irragionevolezza ed illogicità, la necessaria considerazione della logica complessiva del provvedimento impugnato in funzione della quale è stata operata la complessa e complessiva attività di bilanciamento di interessi da parte dell'Autorità, rende evidente l'infondatezza di un censura che predica l'illegittimità della misura regolatoria sulla base di asseriti effetti negativi della medesima sui conti economici di uno o più soggetti (nella specie, gli operatori mobili), considerato che il raggiungimento degli obiettivi generali della regolamentazione non può essere pregiudicato da eventuali effetti economici sfavorevoli in capo a singoli soggetti; di tal che, in disparte la rilevata estraneità dei costi per investimenti per i nuovi servizi rispetto alla telefonia vocale e, in particolare, al servizio di terminazione, profili attinenti alla situazione economica di Vodafone e/o degli altri operatori mobili non potevano assumere, nella specie, rilevanza determinante ed incidere sulla fissazione delle tariffe di terminazione.

2.4 E invero, come questo Tribunale non ha mancato di osservare (Tar Lazio, III-ter, 11 febbraio 2011, n. 1336), l'Autorità, a mente dell'art. 13, comma 4, CCE, ha tra i suoi obiettivi la promozione di una concorrenza sostenibile che garantisca agli utenti "il massimo beneficio sul piano della scelta, del prezzo e della qualità",

mentre la stessa non ha il dovere di tutelare la situazione economico-finanziaria dei singoli operatori; laddove l'imposizione di obblighi regolamentari ai vari operatori concorrenti, quale il controllo dei prezzi di terminazione, deve rispondere ai "principi di trasparenza, non distorsione della concorrenza, non discriminazione e proporzionalità" (art. 4, comma 2, CCE).

2.5 D'altra parte, la ricorrente non può essere seguita nemmeno allorché, sempre con il motivo in rassegna, lamenta il difetto di motivazione della gravata delibera rispetto agli investimenti sostenuti dagli operatori di rete per l'assegnazione delle frequenze LTE, atteso che tale elemento è stato, invece, attentamente valutato dall'Autorità e, soprattutto, fatto oggetto di contemperamento con gli altri interessi rilevanti, primo tra tutti la promozione della concorrenza, attraverso la fissazione di tariffe di terminazione orientate ai costi di un operatore efficiente. L'Autorità ha infatti ritenuto "necessario stabilire un giusto equilibrio tra l'anticipazione del raggiungimento della tariffa efficiente e la necessità di non compromettere comunque la programmazione degli investimenti degli operatori per la realizzazione delle reti LTE ed in ultima analisi di non rallentare lo sviluppo di nuovi servizi ad alto valore aggiunto e contenuto innovativo di cui si avvantaggerebbero consumatori ed imprese utilizzatrici" (par. V. 44) . Pertanto, la rilevanza degli investimenti sostenuti dagli operatori di rete nell'ambito dell'asta per le frequenze LTE è stata bilanciata con gli altri obiettivi regolamentari, "dando comunque modo agli operatori notificati di adeguarsi al contesto significativamente mutato" (par. V.45).

2.6 Infine, quanto alle osservazioni degli operatori di prevedere nell'ambito del modello BU-LRIC utilizzato dall'Autorità un meccanismo di riconciliazione che tenga adeguatamente conto delle peculiarità del mercato italiano, va osservato che, contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, l'Autorità ha fornito risposta nella delibera impugnata (V.62-V.66), compiutamente motivando le ragioni per cui

non ha ritenuto necessario modificare la metodologia di riconciliazione e di confermare quella approvata con delibera n. 60/11/Cons.

3. Con il secondo motivo Wind contesta la circostanza che nella delibera impugnata l'Agcom abbia rimodulato il *glide path* delle tariffe di terminazione mobile, originariamente indicato nello schema di delibera messo in consultazione (delibera n. 254/11/Cons.), giungendo alla fissazione della tariffa di terminazione efficiente (0,98/euro cent/min.) in soli due anni (1° luglio 2013) anziché nei quattro indicati nello schema suddetto; le determinazioni suddette sarebbero illegittime anche sotto il profilo della illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà nei confronti delle risultanze dell'ampia istruttoria effettuata oltre che sfornite di una seria ed approfondita motivazione a giustificazione di una penalizzazione così sensibile dei soggetti regolati. Infine, col quarto motivo che qui si esamina per connessione, la ricorrente lamenta la violazione dei principi del legittimo affidamento e della buona fede, in quanto la delibera impugnata modifica altresì il *glide path* delle tariffe di terminazione già in atto, stabilito con la delibera n. 667/08/Cons a conclusione della precedente analisi di mercato

3.1 Le tesi non hanno pregio, alla luce del quadro normativo vigente in materia di comunicazioni elettroniche.

3.2 In primo luogo, si rileva che nella formulazione del terzo motivo di ricorso, la ricorrente assume lo schema di delibera posto in consultazione alla stregua di un "*tertium comparationis*" per dimostrare l'arbitrarietà della decisione dell'Autorità nella delibera n. 621/11 di abbreviare la durata del *glide path* delle tariffe di terminazione mobile.

Si consideri in contrario che lo schema di delibera messo in consultazione è un atto con la finalità di consentire alle imprese del mercato di esporre la propria posizione, all'AGCM di emanare un parere non vincolante e alla Commissione di

fornire le proprie osservazioni; sulla base dei riscontri così acquisiti, l'Autorità è dunque in grado di disporre di tutti gli elementi necessari a decidere.

3.3 Contrariamente a quanto lascia intendere l'odierna ricorrente, lo schema di delibera non è quindi una sorta di provvedimento anticipato sul quale gli operatori possano maturare un legittimo affidamento e sulla scorta del quale lamentare l'illegittimità del provvedimento finale laddove esso non confermi o riduca le più favorevoli misure in esso previste (conf. Tar Lazio, I, 10 ottobre 2012, n. 8382). Detto schema costituisce, invece, “un atto endoprocedimentale, come tale non direttamente lesivo, atteso che il procedimento con lo stesso aperto avrebbe potuto non concludersi con la riduzione del prezzo massimo di terminazione delle chiamate vocali sulla rete della ricorrente nella misura individuata dall'Agcom” (così Tar Lazio, III ter, 16 febbraio 2009, n. 1491, sulla delibera n. 304/08/Cons con cui era stato avviato il procedimento di regolamentazione ex ante del mercato della terminazione mobile poi concluso con delibera n. 446/08/Cons).

3.4 Tanto premesso, il Collegio non ritiene condivisibili neppure sul piano sostanziale le censure e doglianze svolte con il secondo mezzo, avuto riguardo alla disciplina nazionale e comunitaria in materia e, in primo luogo, alla Raccomandazione della Commissione europea e alle osservazioni rese dall'Organismo comunitario ai sensi dell'art. 7, par. 3, della direttiva quadro.

3.5 Per quanto di stretto interesse, si osserva che la Raccomandazione, nel richiamare la posizione comune del Gruppo di Regolatori Europei, ERG (07) 83 final 080312 del 28 febbraio 2008, affermava che:

“...le tariffe di terminazione dovrebbero di norma essere simmetriche e le asimmetrie esigono un'adeguata giustificazione” (cons. n. 2);

“L'esistenza di divergenze significative nella regolamentazione delle tariffe di terminazione fisse e mobili crea gravi distorsioni della concorrenza ..” (cons. n. 3);

“...l’adozione di un approccio comune fondato sul costo efficace e sull’applicazione di tariffe di terminazione simmetriche favorirebbe l’efficienza e la concorrenza sostenibile oltre a massimizzare i benefici per i consumatori in termini di offerta di prezzi e servizi” (cons. 7);

“...Per raggiungere tali obiettivi, e un’applicazione coerente in tutti gli Stati membri, le tariffe di terminazione regolamentate vanno ridotte quanto prima possibile al livello dei costi sostenuti da un operatore efficiente” (cons. n. 8);

“Le autorità nazionali di regolamentazione (ANR), quando impongono obblighi in materia di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi... dovrebbero stabilire tariffe di terminazione basate sui costi sostenuti da un operatore efficiente. Ciò implica che dette tariffe sarebbero inoltre simmetriche “(racc. n. 1);

“La presente raccomandazione lascia impregiudicate le decisioni normative adottate in precedenza dalle ANR nelle materie in essa trattate. Ciò malgrado, le ANR dovrebbero far sì che entro il 31 dicembre 2012 le tariffe di terminazione siano applicate a un livello di costi efficiente e simmetrico, fatte salve le eventuali differenze oggettive di costo determinate in conformità ai punti 9 e 10” (racc. n. 11).

3.5.1 Dalla lettura della Raccomandazione sulla regolamentazione delle tariffe di terminazione risulta dunque che, in linea generale, le Autorità nazionali determinano detti costi in conformità a quelli dell’“operatore efficiente”, ferma la necessità di garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori con allineamento dei prezzi entro il 31 dicembre 2012.

Il termine del 31 dicembre 2012 non è generico o meramente indicativo ma rappresenta una data precisa, univoca ed unitariamente stabilita per tutti gli Stati Membri.

3.6 Ciò è tanto vero che la Commissione europea, nel rendere le proprie osservazioni sullo schema di delibera notificato - nel quale erano originariamente previsti un più lungo periodo di riduzione graduale delle tariffe e il raggiungimento della simmetria tariffaria a partire dal gennaio 2014 – sul versante del ritardo

nell'imposizione dell'orientamento ai costi nelle tariffe di terminazione mobili, formulava i seguenti incisivi rilievi:

“L'Agcom propone tariffe di terminazione mobili orientate ai costi solo a partire dal 1° gennaio 2015, cioè due anni dopo il termine fissato nella raccomandazione della Commissione sulle tariffe di terminazione. La Commissione prende nota della posizione dell'Agcom ... ma osserva che tale proposta non è in linea col periodo transitorio prefigurato nella raccomandazione (fino al 31 dicembre 2012), entro il quale i regolatori nazionali dovrebbero attuare il modello di costi raccomandato e fissare le tariffe di terminazione mobili ad un livello di costi efficiente e simmetrico.

La Commissione teme che i livelli delle tariffe di terminazione mobili proposti siano, nell'intero periodo di transizione quale calcolato dall'Agcom, notevolmente al di sopra di livelli “orientati ai costi” e alla media dell'UE....Stando così le cose, la Commissione insiste perché l'Agcom fissi un percorso di transizione che porti a tariffe di terminazione mobili efficienti sotto il profilo dei costi già entro il 31 dicembre 2012, ad esempio limitando il numero di tappe previste dal percorso proposto” (n.d.r.: enfasi aggiunta).

3.6.1 In definitiva, in materia di orientamento ai costi, la Commissione europea osservava come il proposto periodo di *decalage* non fosse in linea con il periodo transitorio prefigurato dalla Raccomandazione e i livelli delle tariffe di terminazione fossero notevolmente al di sopra dei livelli orientati ai costi, e pertanto insisteva per un percorso che portasse a tariffe di terminazione efficienti già entro il 31 dicembre 2012.

In esito alle osservazioni della Commissione, l'Autorità riduceva il percorso di livellamento delle tariffe e anticipava la data per il raggiungimento di tariffe di terminazione efficienti al 1° luglio 2013, peraltro ampiamente motivando rispetto alle ragioni della scelta regolatoria, con riferimento sia al parere reso dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sullo schema di delibera sia alla Nota della Commissione europea.

3.6.2 Con particolare riferimento a quest'ultima, invero, l'Agcom, si determinava ad anticipare al 1° luglio 2013 il raggiungimento della tariffa di terminazione efficiente, avendo “*Ritenuto preliminarmente che l'Autorità è tenuta a tenere in massimo conto le osservazioni della Commissione europea e ne suggerisce una declinazione concreta.....*”, che è “*necessario dare seguito alle sollecitazioni della Commissione europea a pervenire quanto prima al raggiungimento della tariffa di terminazione efficiente , anche attraverso una riduzione del numero delle tappe previste dal glide path*” e che è “*contestualmente opportuno che agli operatori notificati sia garantito il tempo minimo necessario ad adeguare la programmazione delle attività di investimento e le strategie commerciali al nuovo contesto ...*” (pag. 72 della delibera).

3.7 Il comportamento dell'Autorità la quale, onde conformarsi alle indicazioni formulate dalla Commissione europea sulla base della Raccomandazione del 2009, riduceva il periodo di *decalage* ed anticipava il raggiungimento della tariffa efficiente, deve ritenersi dunque legittimo.

3.7.1 Si consideri, infatti, che per la Raccomandazione sulle tariffe di terminazione viene in specifico rilievo l'art. 22 CCE (che costituisce trasposizione dell'art. 19 della richiamata direttiva quadro 2002/21/CE), giusta il quale, nell'assolvimento dei propri compiti, l'Autorità deve tenere “*in massima considerazione (“utmost account”) le raccomandazioni della Commissione europea concernenti l'armonizzazione dell'attuazione delle disposizioni oggetto del Codice..*” e qualora decida di non conformarsi, “*ne informa[no] la Commissione europea motivando le proprie decisioni*”.

3.7.2 Ciò comporta che nel diritto dell'unione europea, se in linea generale le raccomandazioni sono uno strumento non vincolante (*not binding*) a disposizione delle varie istituzioni, contenenti l'invito a conformarsi ad un certo comportamento e normalmente dirette agli Stati membri (art. 288 TFUE), nello specifico settore delle telecomunicazioni le Raccomandazioni della Commissione presentano carattere di specialità, trovando la loro efficacia una autonoma base

giuridica nella suindicata direttiva quadro, come trasposta nell'ordinamento interno; in altre parole, *in subjecta materia*, il quadro regolamentare comunitario pone all'Autorità un vincolo di ordine procedimentale, di tenere in “*utmost account*” le Raccomandazioni dell'Organismo europeo, motivando le proprie decisioni qualora decida di non conformarvisi.

Cosicché, seppure il contenuto delle Raccomandazioni può non essere vincolante, cogente si appalesa, di contro, il rispetto della procedura che l'Autorità è tenuta a seguire per l'adozione di una misura ai sensi dell'art. 7 della direttiva.

3.7.3 A tanto consegue che, nel caso di reputato contrasto, il giudice nazionale non può, a sua volta, semplicemente disattendere la Raccomandazione ritenendola non vincolante oppure limitarsi a considerarne genericamente la *ratio*, ma deve piuttosto spingersi ad individuare il significato sostanziale della Raccomandazione e a verificare se la misura dell'Autorità nazionale si sia ad essa conformata ovvero presenti comunque una motivazione sufficientemente congrua per giustificare la deviazione dal contenuto dell'atto comunitario pur tuttavia tenuto in “*utmost account*”; e solo in questo caso il giudice potrà ritenere la legittimità della misura, dovendo, in caso contrario, invalidarla .

3.7.4 Quanto alle osservazioni rese dalla Commissione nella procedura ex art. 7 della direttiva, analogamente soccorre l'art. 12, comma 5, CCE a prevedere che “*l'autorità nazionale di regolamentazione interessata tiene in massima considerazione le osservazioni delle autorità di regolamentazione di altri Stati membri e della Commissione europea e [...] adotta il provvedimento risultante e lo comunica alla Commissione europea*”.

Si osservi, incidentalmente, che le osservazioni in parola mirano a contribuire allo sviluppo di un mercato unico delle telecomunicazioni assicurando la cooperazione tra autorità di regolazione e tra queste e la Commissione, in vista di una coerente e trasparente applicazione delle Direttive *in subjecta materia* in tutti gli Stati membri.

3.7.5 Come il Giudice europeo ha riconosciuto (Tribunale di I Grado, 12 Dicembre 2007, T-109/06, Vodafone España, SA and Vodafone Group plc; 22 February 2008, T-295/06, Base), le osservazioni della Commissione rese nel corso della procedura di cui all'art. 7 della direttiva 2002/21/CE – specialmente "*comments/no comments-letters*" e "*serious doubts-letters*" - se non possono considerarsi come atti direttamente incidenti sulla posizione giuridica della singola impresa interessata ("*not directly affecting the legal situation of the undertakings concerned*") si da costituire materia di un'autonoma e diretta azione di annullamento - devono tuttavia ritenersi un atto comunitario preparatorio nel contesto della procedura che conduce all'adozione di una misura dell'autorità nazionale di regolazione ("*constitute a preparatory Community act in the context of a procedure which leads to the adoption of a national measure by the NRA concerned*"). Tale rapporto di preordinazione dell'atto comunitario rispetto al provvedimento dell'Autorità nazionale –come la Sezione ha già avuto occasione di considerare (Tar Lazio, I, 10 ottobre 2012, nn. 8381 e 8382) - dà ragione del vincolo, posto all'autorità nazionale, di tenere nel debito conto i rilievi dell'organo comunitario nell'adozione del provvedimento finale.

3.7.6 Pertanto, in consonanza con l'orientamento di questo Tribunale (cfr. Tar Lazio, I, 10 ottobre 2012, nn. 8381 e 8382; id, III ter, 11 febbraio 2011, n. 1336, 16 febbraio 2009, n. 1491 e 29 gennaio 2009, n. 895), deve ribadirsi che i rilievi della istituzione comunitaria, se "*non vincolano l'Autorità di regolamentazione la quale ... non è obbligata a conformarsi sempre e comunque alle osservazioni svolte dalla Commissione, anche se ex art. 12 del Codice deve tenerle in massima considerazione, trattandosi non di prescrizioni, ma sostanzialmente di un atto di collaborazione dell'organo comunitario al programma di razionalizzazione del sistema del quale l'Autorità è investita*"; ... "*cionondimeno, poiché essi comunque determinano un obbligo rafforzato di motivazione, occorre valutare se l'Autorità abbia ponderato le ragioni esposte dall'organo consultivo e di aver però deciso di perseverare nel proprio*

orientamento" (Tar Lazio, III ter, 14 dicembre 2011, n. 9739 e 29 gennaio 2009, n. 895).

3.8 In conclusione, le misure di regolazione proposte nello schema di delibera posto in consultazione - percorso di livellamento tariffario e raggiungimento delle tariffe di terminazione efficienti al 1° gennaio 2015 – si ponevano in frontale contrasto con le previsioni contenute nella Raccomandazione sulle tariffe di terminazione e risultavano prive di giustificazione, come puntualmente osservato dalla stessa Commissione europea; un loro eventuale mantenimento – quale auspicato dalla ricorrente nell’odierno gravame – non avrebbe potuto dunque legittimarsi, alla luce della richiamata disciplina nazionale e comunitaria; tutte le censure al riguardo svolte con il secondo mezzo sono pertanto da disattendere.

4. Con il quarto motivo ci si duole infine del mantenimento fino al 1° luglio 2013 di asimmetrie tariffarie in favore dell’operatore H3G, ultimo entrante nel mercato italiano delle comunicazioni mobili, al quale si permette di applicare fino al 1° luglio 2013 tariffe di terminazione nettamente più elevate rispetto a quelle praticabili dagli altri operatori aventi significativo potere di mercato, laddove, secondo quanto stabilito dalla delibera n. 667/08/Cons, peraltro avvalorata dalle decisioni di questo Tribunale e del Giudice di Appello (Tar Lazio, III-ter, 11 febbraio 2011, n. 1336 e Cons. Stato, III, 23 maggio 2011, n. 3106), la asimmetria sarebbe dovuta cessare già nel luglio 2012.

Wind deduce l’illegittimità di siffatta scelta regolatoria sotto il profilo della violazione dei principi stabiliti a livello comunitario in materia di regolamentazione delle tariffe di terminazione, in primo luogo dalla Raccomandazione della Commissione europea che impone il raggiungimento della simmetria tariffaria tra gli operatori entro il 31 dicembre 2012, e ribaditi nelle osservazioni rese dall’Organismo europeo sullo schema di delibera in contestazione; inoltre, la ricorrente censura i vizi del difetto di motivazione e della disparità di trattamento

in cui sarebbe incorsa la delibera, laddove ha ritenuto la sussistenza di differenze oggettive di costo a carico di H3G – discendenti dalla situazione di ineguale assegnazione delle frequenze tra gli operatori - per ritenere verificata la situazione contemplata dalla Raccomandazione quale possibile giustificazione nel caso di scostamento dal principio della simmetria tariffaria.

4.1 Le censure sono meritevoli di positivo apprezzamento nei termini di seguito precisati.

4.2 Per quanto concerne il profilo in esame, la Raccomandazione 2009/396/CE affermava quanto segue:

“ ...le tariffe di terminazione dovrebbero di norma essere simmetriche e le asimmetrie esigono un’adeguata giustificazione” (cons. n. 2);

“L’esistenza di divergenze significative nella regolamentazione delle tariffe di terminazione fisse e mobili crea gravi distorsioni della concorrenza ..” (cons. n. 3);

“Nel fissare le tariffe di terminazione, ogni scostamento rispetto a un livello unico di costo efficiente deve essere dettato da differenze oggettive di costo che sfuggono al controllo degli operatori ...Nelle reti mobili un’assegnazione ineguale delle frequenze può essere considerata un fattore estrinseco che comporta differenze di costo unitario tra gli operatori. E’ possibile rilevare differenze di costo estrinseche quando l’assegnazione delle frequenze non è avvenuta in base a meccanismi di mercato, ma secondo un processo sequenziale di autorizzazione. Quando l’assegnazione delle frequenze avviene in base a meccanismi di mercato, come una vendita all’asta, o se esiste un mercato secondario, le differenze di costo dovute alle frequenze sono determinate piuttosto da fattori intrinseci e potrebbero essere notevolmente ridotte o eliminate” (cons. n. 16);

“I nuovi operatori dei mercati della telefonia mobile potrebbero essere soggetti a costi unitari più elevati per un periodo transitorio prima di raggiungere la dimensione minima atta a garantire l’efficienza... Facendo riferimento alla posizione comune dell’ERG, è ragionevole prevedere un lasso temporale di quattro anni per l’eliminazione delle asimmetrie, sulla base della stima che nel mercato della telefonia mobile sono probabilmente necessari da tre a quattro anni, dopo l’ingresso

nel mercato, per raggiungere una quota di mercato compresa tra il 15 e il 20 % e quindi per avvicinarsi alla dimensione minima atta a garantire l'efficienza" (cons. n. 17);

"Le autorità nazionali di regolamentazione (ANR), quando impongono obblighi in materia di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi... dovrebbero stabilire tariffe di terminazione basate sui costi sostenuti da un operatore efficiente. Ciò implica che dette tariffe sarebbero inoltre simmetriche "(racc. n. 1);

"Nella determinazione dei livelli di costo efficiente, l'eventuale scostamento dai principi summenzionati dovrà trovare giustificazione in differenze oggettive di costo che sfuggono al controllo degli operatori interessati. Tali differenze possono essere dovute, nei mercati della terminazione mobile, a un'assegnazione ineguale delle frequenze. Nella misura in cui il modello per il calcolo dei costi include le frequenze supplementari acquisite per fornire il servizio di terminazione di chiamata all'ingrosso, le ANR dovrebbero riesaminare con regolarità le eventuali differenze oggettive di costo, tenendo tra l'altro conto di un possibile aumento, in prospettiva, della disponibilità di frequenze da assegnare mediante procedure basate sul mercato, che potrebbero ridurre le differenze dei costi derivanti dalle assegnazioni attuali, e dovrebbero valutare se lo svantaggio relativo in termini di costi diminuisce nel tempo con l'aumentare della quota di mercato dei nuovi operatori. Nella misura in cui il modello per il calcolo dei costi include le frequenze supplementari acquisite per fornire il servizio di terminazione di chiamata all'ingrosso, le ANR dovrebbero riesaminare con regolarità le eventuali differenze oggettive di costo, tenendo tra l'altro conto di un possibile aumento, in prospettiva, della disponibilità di frequenze da assegnare mediante procedure basate sul mercato, che potrebbero ridurre le differenze dei costi derivanti dalle assegnazioni attuali, e dovrebbero valutare se lo svantaggio relativo in termini di costi diminuisce nel tempo con l'aumentare della quota di mercato dei nuovi operatori " (racc. n. 9);

"Qualora sia dimostrabile che un nuovo operatore nel mercato della telefonia mobile, che opera al di sotto della dimensione minima atta a garantire l'efficienza, deve sostenere costi unitari incrementali superiori a quelli degli operatori modellizzati, se è appurato che nel segmento al dettaglio esistono ostacoli all'ingresso e all'espansione nel mercato, le ANR possono consentire di

recuperare tali costi nel corso di un periodo transitorio mediante tariffe di terminazione regolamentate. Tale periodo non dovrebbe essere superiore a quattro anni a decorrere dalla data di ingresso sul mercato” (racc. n. 10);

“La presente raccomandazione lascia impregiudicate le decisioni normative adottate in precedenza dalle ANR nelle materie in essa trattate. Ciò malgrado, le ANR dovrebbero far sì che entro il 31 dicembre 2012 le tariffe di terminazione siano applicate a un livello di costi efficiente e simmetrico, fatte salve le eventuali differenze oggettive di costo determinate in conformità ai punti 9 e 10” (racc. 11).

4.2.1 Come sopra evidenziato (cfr. par. 3.5.1), dall’esame della Raccomandazione risulta, in linea generale, che le Autorità nazionali determinano i costi di terminazione in conformità a quelli dell’“operatore efficiente”, ferma la necessità di garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori con allineamento dei prezzi entro il 31 dicembre 2012. Ancora, per quanto di specifico interesse, si osserva che le Autorità possono ammettere, per breve tempo e sulla base di elementi oggettivi sottoposti a continuo monitoraggio, eventuali asimmetrie tariffarie in presenza di operatori *newcomer* che non abbiano raggiunto la dimensione minima d’efficienza o debbano sostenere costi superiori a quelli degli operatori efficienti o di operatori che subiscano costi per loro incontrollabili per effetto d’assegnazione ineguale di frequenze (Cons. Stato , III, 23 maggio 2011, n. 3106).

Poiché, nel caso di operatori *newcomer*, l’indicazione temporale in 4 anni proviene dalla Commissione europea, così come il Tribunale ha avuto modo di considerare, l’eventuale adozione di misure non rispondenti ai criteri di efficienza e simmetria indicati dalla Commissione stessa sarebbe contraria agli obiettivi da essa definiti, discriminatoria nei confronti degli operatori che hanno perseguito l’efficienza e distorsiva della concorrenza, oltre che contraria all’interesse dei consumatori (Tar Lazio, III-ter, 11 febbraio 2011, n. 1336).

Nel caso di specie, H3G non è più un *newcomer*, avendo da tempo superato il periodo di quattro anni dal proprio ingresso nel mercato, ed avendo goduto, per tal periodo, di asimmetrie tariffarie a suo vantaggio, in ragione della sua iniziale condizione la quale, peraltro, è in continuo divenire anche grazie alla progressiva liberazione delle frequenze (Cons. Stato , III, 23 maggio 2011, n. 3106) e pertanto l'Agcom, nello stabilire le nuove tariffe di terminazione, deve tener conto dei criteri indicati dalla Commissione se non vuole andare contro i principi cardine dell'azione regolamentare.

4.2.2 Tuttavia, nella vicenda in esame (dalla Sezione già esaminata in Tar Lazio, I, 10 ottobre 2012, nn. 8381 e 8382, pervenendo alle conclusioni di seguito esposte) – il (contestato) prolungamento della asimmetria tariffaria nei confronti di H3G viene in rilievo non già con riferimento tout court alla sua posizione di *newcomer*, bensì con riguardo al distinto, ancorché collaterale, profilo del ritenuto persistente squilibrio, in sfavore di detto operatore, nella dotazione di frequenze.

Sullo specifico profilo, la posizione espressa nella Raccomandazione è quella secondo cui le tariffe di terminazione dovrebbero di norma essere simmetriche e le asimmetrie esigono un'adeguata giustificazione; l'eventuale presenza di differenze nell'attribuzione delle frequenze tra operatori non rappresenta, in sé, un elemento atto a giustificare automaticamente l'asimmetria delle tariffe di terminazione.

La diseguale assegnazione delle frequenze può assumere, invero, rilevanza nella determinazione dei prezzi di terminazione, allorquando essa dia luogo a differenze oggettive di costo che sfuggono al controllo degli operatori, ciò che, nelle reti mobili, corrisponde all'ipotesi in cui l'assegnazione delle frequenze non sia avvenuta in base a meccanismi di mercato; in caso contrario, le differenze di costo sono determinate piuttosto da fattori intrinseci e potrebbero essere notevolmente ridotte o eliminate. Inoltre, rappresentando la misura dell'asimmetria tariffaria una situazione eccezionale, non necessariamente essa, una volta introdotta, deve essere

mantenuta sino al momento effettivo del raggiungimento dell'eguale assegnazione frequenziale, potendo piuttosto cessare in vista di un possibile aumento, in prospettiva, della disponibilità di frequenze da assegnare mediante procedure basate sul mercato, che potrebbero ridurre le differenze dei costi.

Ne consegue che la gara pubblica per l'assegnazione di nuove frequenze rappresenta un elemento che dovrebbe condurre ad un'accelerazione del raggiungimento della simmetria tariffaria.

4.3 Vanno poi considerati i rilievi successivamente svolti dalla Commissione Europea sullo schema di delibera notificato nel quale era previsto il raggiungimento della simmetria tariffaria a partire dal gennaio 2014:

“..le tariffe di terminazione dovrebbero essere fissate ad un livello che rispecchia il costo di un operatore efficiente, il che dovrebbe dare quindi esito ad un' unica tariffa simmetrica. L'asimmetria, pur se ammissibile in casi eccezionali, deve essere adeguatamente e compiutamente giustificata. Nella raccomandazione sulle tariffe di terminazione della Commissione si riconosce che tale giustificazione potrebbe dipendere da differenze oggettive di costi al di fuori del controllo dell'operatore. Simili differenze possono essere ascrivibili, ad esempio, a un'allocazione ineguale di frequenze. Al riguardo, la Commissione invita l'AGCOM a tener conto del fatto che, se per l'allocazione dello spettro si ricorre a un meccanismo di mercato, come un vendita all'asta come è stato fatto in Italia, oppure laddove esista un mercato secondario, le eventuali differenze di costo dovute alle frequenze sono determinate piuttosto da fattori endogeni e possono essere notevolmente ridotte o eliminate.

Alla luce di quanto precede la Commissione ritiene che l'AGCOM non abbia fornito una giustificazione adeguata dell'asimmetria delle tariffe di terminazione mobili in Italia nel suo schema di provvedimento. Nella presente notifica, scostandosi rispetto alla notifica precedente, l'AGCOM sostiene che l'asimmetria delle tariffe di terminazione mobili sia giustificata esclusivamente dalle differenze tuttora significative nell'assegnazione dello spettro. La Commissione ritiene che l'AGCOM non abbia spiegato in che misura l'allocazione ineguale di

frequenze abbia un impatto sulla differenza dei costi di fornitura di servizi di terminazione delle chiamate mobili. L'AGCOM non ha inoltre fornito informazioni sulla quantificazione delle potenziali differenze del costo di terminazione delle chiamate vocali sulle reti GSM900, DCS1800 o UMTS2100' (nдр: enfasi aggiunta).

4.3.1 In altri termini, nelle osservazioni in esame, dopo aver premesso che l'asimmetria delle tariffe di terminazione mobile, pur se ammissibile in casi eccezionali, deve essere adeguatamente e compiutamente giustificata, la Commissione europea riteneva che l'Agcom non avesse fornito una giustificazione adeguata della suddetta asimmetria in quanto l'Autorità nazionale, nel sostenere che l'asimmetria fosse per il presente giustificata esclusivamente da differenze tuttora significative nell'assegnazione dello spettro, non spiegava tuttavia in che misura l'allocazione ineguale di frequenze avesse un impatto sulla differenza dei costi di fornitura di servizi di terminazione delle chiamate mobili, né forniva informazioni sulla quantificazione delle potenziali differenze del costo di terminazione delle chiamate vocali sulle reti GSM900, DCS1800 o UMTS2100.

Pertanto, la Commissione Europea osservava come, al fine di giustificare la concessione di una misura tariffaria asimmetrica, la mera allegazione di una situazione di ineguale assegnazione delle frequenze tra gli operatori non risultasse in sé sufficiente, essendo invece necessario che fossero esplicitate la modalità e la misura dell'impatto di tale situazione sulla differenza dei costi di fornitura dei servizi di terminazione.

4.3.2 In esito alle osservazioni della Commissione, l'Autorità riduceva il percorso di livellamento delle tariffe, anticipando la data per il raggiungimento della simmetria tariffaria al mese di luglio 2013: per il 2012 e parte del 2013, manteneva l'asimmetria in favore di H3G.

In tal modo, ritiene il Collegio che l'Agcom abbia disatteso le precise indicazioni espresse dall'istituzione europea in quanto, da un lato essa ha fissato per il

raggiungimento della simmetria tariffaria un termine successivo a quello ultimo del dicembre 2012 a tal fine previsto nella citata Raccomandazione e ribadito nelle successive osservazioni della Commissione; dall'altro, la stessa Autorità ha omesso di fornire una puntuale motivazione, nei termini espressamente richiesti dalla nota D/10210, circa la sussistenza di ragioni obiettive che giustificassero la disposta misura.

4.4 E invero, nel corpo della delibera impugnata non è dato rinvenire alcuna adeguata motivazione in ordine alla sussistenza dei presupposti indicati dall'organo comunitario come idonei a giustificare ulteriori misure asimmetriche in favore di H3G.

Nella motivazione del provvedimento, infatti, si rappresenta in modo generico la mera opportunità di *“posticipare, rispetto a quanto stabilito dalla delibera n. 667/08/CONS, il raggiungimento della piena simmetria delle tariffe di terminazione di chiamate vocale su rete mobile in quanto si rileva che al 2012 continuerà a permanere lo squilibrio tra gli operatori nella dotazione di frequenze. Si osserva, infatti, che l'attività di riallocazione e razionalizzazione dell'intera banda a 900 MHz - secondo quanto indicato nella Determina ministeriale di cui al punto 103 - si concluderà per il 31 dicembre 2013. Di conseguenza, l'Autorità ritiene che prima di tale data non si saranno ridotte le differenze oggettive di costo derivanti dall'iniziale assegnazione delle frequenze, che costituiscono elementi esogeni tali da giustificare un'asimmetria tariffaria tra gli operatori, come previsto anche dalla Raccomandazione sulla terminazione”* (4.3.4. 154).

Pertanto l'Agcom non ha chiarito in che misura l'allocazione ineguale di frequenze avesse un impatto sulla differenza dei costi di fornitura dei servizi di terminazione delle chiamate vocali, né si quantificano le potenziali differenze del costo di terminazione delle chiamate vocali sulle diverse reti (GSM900, DCS1800 e UMTS2100).

Nessun utile elemento in tal senso può ricavarsi dalle ulteriori e generiche affermazioni rese nel prosieguo della motivazione, laddove si afferma che *“permangono valide le motivazioni alla base del riconoscimento della asimmetria tariffaria a vantaggio di H3G”* (V.51) e che *“occorrerà ancora un certo lasso di tempo prima che le disparità nella dotazione frequenziale tra H3G e gli altri operatori siano risolte con riflessi apprezzabili anche in termini di efficienza e riduzione dei costi unitari di fornitura del servizio di terminazione”* (ultimo Considerato).

Né adeguata giustificazione per il prolungamento della contestata asimmetria tariffaria può trarsi dal passaggio della delibera in cui l'Agcom rappresenta che le valutazioni sul tema dell'asimmetria tariffaria contenute nello schema di provvedimento sottoposto a consultazione pubblica, sono state elaborate senza tener conto della sentenza del Consiglio di Stato resa sulla precedente delibera n. 667/08/Cons (n. 3106/11, che confermava la sentenza Tar n. 1306/11, entrambe citate), essendo stata questa decisione depositata in data 23 maggio 2010, ossia un giorno dopo la data di pubblicazione della delibera di avvio della consultazione (V.50).

Tale argomentazione non soddisfa il ridetto onere motivazionale per una duplice ragione: da un lato, perché la giustificazione richiesta nella nota della Commissione non era una motivazione a schema libero, ma un percorso argomentativo individuato nell'oggetto e nei contenuti, al quale il passaggio motivazionale in esame in nulla corrisponde; dall'altro, perché la circostanza che le decisioni del giudice amministrativo siano intervenute successivamente all'adozione dello schema di delibera non poteva esimere l'Autorità dal conformarvisi, essendo state le stesse pubblicate svariati mesi prima dell'adozione del provvedimento finale per cui è controversia, sicché l'Autorità ben avrebbe potuto tenerle presenti nella rimodulazione del percorso di livellamento tariffario, in tal modo conformandosi anche alle indicazioni provenienti dalla Commissione europea.

4.5 Conclusivamente, l'Autorità non ha soddisfatto l'onere motivazionale rafforzato e specifico che discendeva dal carattere puntuale e circoscritto delle questioni sollevate dall'organo europeo con le richiamate "osservazioni", non avendo essa, di fatto, contrapposto argomenti adeguati e conferenti (Tar Lazio, III-ter, 14 dicembre 2011, n. 9739), al fine di giustificare l'adozione di misure asimmetriche disallineate rispetto a quanto stabilito nella Raccomandazione del 2009 e ribadito nelle pertinenti osservazioni.

E il deficit motivazionale della delibera rispecchia la mancata ponderazione da parte dell'Agcom delle ragioni evidenziate dall'organo comunitario, ciò che determina l'illegittimità *in parte qua* del provvedimento impugnato anche per l'avvenuta violazione della disciplina - nazionale e comunitaria - che imponeva alla medesima Autorità di tenere in massimo conto, nell'assolvimento dei propri compiti, gli atti giuridici della Commissione.

4.6 Né a diverse conclusioni potrebbero condurre le pur articolate difese svolte nel presente giudizio dalla controinteressata H3G s.p.a., volte (correttamente) a distinguere concettualmente tra l'operatore *newcomer*, che opera al di sotto della dimensione minima atta a garantire l'efficienza, e il soggetto che si trovi a subire costi unitari più elevati a causa di differenze oggettive di costo, riconducibili alla ineguale dotazione frequenziale, per dedurre la correttezza dell'operato dell'Agcom laddove essa ha riconosciuto al medesimo operatore un regime di asimmetria tariffaria in relazione alla persistente, diseguale dotazione di frequenze; situazione, questa, che a dire della controinteressata, cesserebbe tuttavia oltre la data fissata dall'Autorità per il raggiungimento della simmetria tariffaria (luglio 2013), e cioè soltanto a partire dal 31 dicembre 2013, con l'effettiva conclusione del piano di *refarming* e l'assegnazione ad H3G di una banda su frequenza 900 MHz con copertura su tutto il territorio nazionale.

4.7 A quanto già considerato dal Collegio è sufficiente aggiungere che il prolungamento al luglio 2013 della asimmetria tariffaria non era nella specie giustificabile, non ricorrendo le condizioni previste nella Raccomandazione sulle tariffe di terminazione.

E invero, la previsione di una “*giustificazione in differenze oggettive di costo che sfuggono al controllo degli operatori interessati*”, di cui al citato par. 9 della Raccomandazione, fa evidente riferimento a differenze di costo reali ed effettive, e non meramente teoriche, le quali debbono, inoltre, essere dimostrabili, e non anche a scostamenti ricavabili in via meramente presuntiva; di tali maggiori costi, in quanto discendenti da un’inequale assegnazione delle frequenze, occorreva dunque dare prova; ciò che, nella specie, come rilevato anche dalla Commissione europea, è mancato.

5. Il motivo in esame è dunque fondato e il ricorso deve pertanto essere accolto limitatamente al quarto motivo di gravame, con conseguente annullamento, *in parte qua*, della delibera impugnata.

6. Stante la difficoltà delle questioni trattate si ritiene sussistano giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per l’effetto, annulla *in parte qua* la delibera impugnata.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 4 luglio 2012 e 2 ottobre 2012, con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Roberto Politi, Consigliere

Rosa Perna, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/12/2012

IL SEGRETARIO

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