



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 443 del 2016, proposto da:
Fastweb s.p.a. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Guarino e Gilberto Nava, con domicilio eletto presso l'avvocato Andrea Guarino in Roma, piazza Borghese n. 3;

contro

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata presso i suoi uffici in Roma, via dei Portoghesi n. 12;
Telecom Italia s.p.a. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Lattanzi e Francesco Cardarelli, con domicilio eletto presso l'avvocato Filippo Lattanzi in Roma, via Giovanni Pierluigi da Palestrina n. 47;

e con l'intervento di

ad opponendum:
Wind Telecomunicazioni s.p.a. in persona del legale rappresentante, rappresentata

e difesa dall'avvocato Gian Michele Roberti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via del Foro Traiano n. 1/A;

per l'ottemperanza

della sentenza del Consiglio di Stato - Sezione III, n. 05733/2014, resa tra le parti, concernente approvazione offerta di Telecom Italia relativa ai servizi bitstream anno 2009

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e di Telecom Italia s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visto l'art. 114 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2016 il consigliere Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Cecilia Martelli su delega di Andrea Guarino, Alessandro Botto su delega di Andrea Guarino e di Gilberto Nava, Filippo Lattanzi e l'avvocato dello Stato Roberta Guizzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale Amministrativo del Lazio, sede di Roma, Fastweb s.p.a. impugnava la delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 71/09/CIR, recante approvazione dell'offerta di riferimento di Telecom Italia per i servizi "*bitstream*" per l'anno 2009, nella parte in cui sono state dettate (a) la tempistica e le modalità di applicazione del nuovo prezzo del canone mensile del servizio "*bitstream naked*", nonché (b) le modalità di definizione ed il valore del contributo di attivazione del medesimo servizio.

Con sentenza n.04032/2014 il Tribunale Amministrativo adito respingeva il ricorso.

Avverso la predetta sentenza Fastweb s.p.a. proponeva appello a questo Consiglio di Stato contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Con la sentenza in epigrafe, n. 5733 in data 21 novembre 2014, questo Consiglio di Stato, Sezione III, accoglieva in parte il ricorso, per l'effetto annullando la deliberazione impugnata nella parte in cui approvava l'offerta di riferimento di Telecom Italia per l'anno 2009 relativamente ai servizi "*bitstream*" quanto alla determinazione del "canone di accesso *naked*".

Con il ricorso in epigrafe, rubricato al n. 443/2016, Fastweb s.p.a. chiede l'esecuzione della predetta sentenza, sostenendo la manifesta elusività degli atti posti in essere dall'Autorità, chiedendo quindi venga dichiarata la loro nullità; in subordine, qualora questo Consiglio ritenesse che la controversia ha contenuto impugnatorio, chiede che la causa venga rimessa al Tribunale Amministrativo per il relativo esame.

Si è costituita l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni chiedendo che il ricorso venga dichiarato inammissibile ovvero respinto nel merito.

Analoghe conclusioni formulate da Telecom Italia s.p.a e da Wind Telecomunicazioni s.p.a., quest'ultima intervenuta "*ad opponendum*".

La causa è stata assunta in decisione all'udienza camerale del 14 aprile 2016.

2. La principale pretesa è inammissibile.

La sentenza di cui si chiede l'esecuzione annulla il provvedimento impugnato, di cui al punto 1 della presente sentenza, sulla base delle seguenti considerazioni: "*Ciò posto, fondato si rivela il secondo motivo d'appello (il cui esame assume logica priorità), relativo alle modalità di determinazione del canone mensile del servizio "bitstream naked" come individuato con l'offerta di riferimento approvata con la deliberazione oggetto del giudizio ed in*

particolare all'effettuata applicazione automatica del "retail minus" del 20 venti per cento in mancanza di un'ulteriore verifica sulla correttezza e congruità di tale valore.

Invero, nell'attuale regime (in cui, come s'è visto, detta offerta "presenta le condizioni economiche, tecniche e di fornitura dettagliate e disaggregate per ciascun servizio", i prezzi dei servizi bitstream "sono valutati, nel rispetto del principio di parità di trattamento interno-esterno, a partire dai dati di contabilità regolatoria, sulla base dei costi pertinenti ai servizi erogati e della remunerazione del capitale investito fissata dall'Autorità" e "per ciascun componente del servizio che viene offerto in diverse modalità, la contabilità reca evidenza delle quantità prodotte al fine di permettere la valutazione dei costi unitari secondo ciascuna modalità di offerta": artt. 5 e 7 della delibera n. 34/06), se si può convenire sul fatto che l'aumento del fattore base (il canone residenziale di Telecom Italia) preso a riferimento per la determinazione del canone di "accesso naked" consenta la rivalutazione di tale canone, siffatta operazione, lungi dal configurare quell'automatismo ravvisato dal T.A.R., comporta che la rivalutazione del prezzo dell'offerta "wholesale" debba scaturire, oltre che dalla considerazione dell'intervenuto aumento del diverso canone mensile assunto normativamente a riferimento, anche da una rinnovata analisi dei costi non pertinenti al servizio all'ingrosso, da scorporare in una percentuale, che, all'ésito di detta verifica incentrata sui costi industriali e commerciali (che hanno influito anche sulla nuova determinazione del fattore di riferimento), non può ritenersi normativamente ancorata al valore del 20%; il che, chiaramente, vale anche a ritenere infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado sollevata dalla controinteressata sul presupposto che la contestazione de qua attenga ad un profilo applicativo di precedenti delibere Agcom (n. 249/07 e n. 34/06) rimaste in oppugnature, atteso che, come s'è detto, tali delibere fissano senza eccezioni il principio, secondo cui i prezzi dell'offerta bitstream ATM ed IP sono valutati per ciascun anno utilizzando la contabilità regolativa dell'anno precedente, sì che la denuncia della intervenuta violazione di siffatto principio relativamente all'offerta 2009 non comporta certo di per sé l'onere di impugnazione di norme regolatorie delle offerte precedenti, all'ésito di analisi di mercato ad esse specificamente riferibili.

Tanto costituisce, del resto, puntuale attuazione anche di quanto affermato dall'Autorità Antitrust, secondo cui l'obbligo di predisposizione di un'offerta wholesale disaggregata deriva direttamente dal rispetto degli obblighi di trasparenza e di non discriminazione.”

La sentenza di cui si chiede l'esecuzione, quindi, afferma l'illegittimità del sistema di calcolo forfettario di determinazione del canone mensile del servizio “bitstream naked” seguito dall'Autorità; la stessa sentenza impone di ricalcolare il suddetto canone sulla base di una rinnovata analisi dei costi non pertinenti.

La sentenza non pone alcun altro vincolo all'attività dell'Amministrazione.

Di conseguenza, appaiono estranee alla mera esecuzione del giudicato le doglianze della ricorrente, che giungono fino alla contestazione del costo di singoli componenti della struttura destinata al servizio.

Si tratta di aspetti di mero dettaglio, per niente considerati dalla sentenza della cui esecuzione si discute.

Di conseguenza, ammettere la loro discussione in sede di esecuzione del giudicato comporterebbe la sottrazione della loro discussione al doppio grado del giudizio, ammissibile solo quando la sentenza da eseguire ha un contenuto sufficientemente determinato.

Più specificamente, la ricorrente sostiene che le determinazioni assunte dall'Autorità sono così palesemente erranee da acclarare l'intento di eludere il giudicato, adottando una delibera il cui impatto è di fatto sostanzialmente identico a quello della delibera annullata.

Tale impostazione non può essere condivisa in quanto tali elementi, deve essere ribadito, sono stati integralmente trascurati nel giudizio di merito.

In verità la ricorrente sembra di fatto richiamare, pur senza mai evocarlo espressamente, il concetto di “giudicato a formazione progressiva”; la sua tesi si sostanzia infatti nell'affermazione del palese scostamento dell'operato dell'Autorità

dai canoni della ragionevolezza, che consente la proposizione del ricorso in ottemperanza.

Osserva il Collegio che il concetto di giudicato a formazione progressiva è stato recentemente posto in discussione dalla giurisprudenza (C. di S., V, ord. 17 luglio 2015, n. 3587).

In ogni modo, anche gli orientamenti più aperti all'utilizzazione dell'istituto avvertono che la sua funzione è costituita dalla compiuta determinazione del contenuto del giudicato quale correttamente desumibile dalla sentenza, in modo da assicurare la realizzazione sostanziale del bene della vita perseguito con il giudizio (C. di S., IV, 27 gennaio 2015, n. 362).

Ad avviso del Collegio, deve di conseguenza essere affermato che in sede di esecuzione del giudicato è consentito (secondo l'orientamento ora richiamato) specificare il contenuto del comando contenuto nella sentenza da eseguire, mentre non è consentito porre ulteriori vincoli all'Amministrazione, diversi da quelli scaturiti dalla discussione in contraddittorio, svoltasi in sede di cognizione.

Deve quindi essere affermato, in conclusione, che il ricorso in epigrafe introduce delle pretese estranee al contenuto della sentenza di cui si chiede l'esecuzione, per cui non possono essere proposte nelle forme del giudizio di ottemperanza.

3. La ricorrente chiede infine, in subordine, che qualora la sua pretesa venga ritenuta improponibile nelle forme del giudizio di ottemperanza la causa venga riconvertito in giudizio di cognizione e rimessa al Tribunale Amministrativo competente.

Neanche questa domanda può essere accolta.

La conversione del giudizio è ammissibile qualora entrambi i giudizi, di esecuzione e di cognizione, rientrino nella competenza dello stesso giudice.

Non è invece consentito al giudice della esecuzione convertire il giudizio qualificandolo come cognitorio quando quest'ultimo rientra nella competenza di

altro giudice, al quale spetta in via esclusiva la deliberazione dell'esistenza dei presupposti per l'esame del ricorso nel merito.

4. Il ricorso deve, in conclusione, essere dichiarato inammissibile.

In considerazione della complessità delle questioni trattate le spese devono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso n. 443/2016 in epigrafe lo dichiara inammissibile.

Compensa integralmente spese e onorari del giudizio fra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/05/2016

IL SEGRETARIO

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

