



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 1376 del 2012, proposto da:
Società H3g Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata
e difesa dagli avv.ti Aristide Police e Filippo Degni, con domicilio eletto
presso Aristide Police in Roma, via di Villa Sacchetti, 11;

contro

Autorità Per Le Garanzie Nelle Comunicazioni, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura
Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Ministero dello Sviluppo Economico, non costituito;

nei confronti di

Società Wind Telecomunicazioni Spa, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Roberto Santi,
Beniamino Caravita Di Toritto e Sara Fiorucci, con domicilio eletto
presso Beniamino Caravita Di Toritto in Roma, via di Porta Pinciana, 6;

Società Telecom Italia Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Cardarelli, Filippo Lattanzi e Jacopo D'Auria, con domicilio eletto presso Francesco Cardarelli in Roma, via G. Pierluigi Da Palestrina, 47; Società Vodafone Omnitel Nv, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Mario Libertini, con domicilio eletto presso Mario Libertini in Roma, via Boezio, 14;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Postemobile Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Gilberto Nava, Valerio Mosca e Filippo Pacciani, con domicilio eletto presso Studio Legale Associato Legance in Roma, via XX Settembre, 5

per l'annullamento

previa sospensione dell'esecuzione,

della delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito "Agcom" o "Autorità") n. 621/11/Cons, comunicata alla ricorrente in data 19 dicembre 2011, successivamente pubblicata sul sito internet dell'autorità il 20 dicembre 2011 ed in g.u.r.i. in data 4 gennaio 2012, con particolare riferimento alle parti in cui si stabilisce che la ricorrente possa praticare per la fornitura del servizio di terminazione di chiamate vocali sulla propria rete mobile prezzi al minuto non superiori a 0,98 centesimi di euro a far data dal 1° luglio 2013 e nella misura di 1,7 cent. euro nel periodo compreso tra il 1° gennaio 2013 ed il 30 giugno 2013, ai fini delle condizioni attuative degli obblighi in materia di controllo dei prezzi, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale, ad oggi non comunicati né altrimenti

conosciuti,

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

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 H3G s.p.a., operatore di telefonia mobile attivo sul mercato italiano sin dal 2003 con servizi offerti sulla rete UMTS, impugna, chiedendone l'annullamento *in parte qua*, 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"), nella parte in cui ridetermina la misura dell'asimmetria delle tariffe di terminazione mobili in favore di H3G e ne prevede l'anticipata cessazione al luglio 2013.

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 telecomunicazioni).

In particolare, la delibera n. 667/08/Cons estendeva ad H3G l'obbligo di stabilire prezzi di terminazione non superiori a quelli fissati e prescriveva una riduzione graduale (*decalage*) dei prezzi praticati (dal 1° luglio 2009, 11 euro/cent al minuto; dal 1° luglio 2010, 9 euro/cent; dal 1° luglio 2011, 6,3 euro/cent; dal 1° luglio 2012, 4,5 euro/cent); per il 2012 prevedeva dunque 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.

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, sez. III ter, n. 1336/2011) respingeva il ricorso di H3G, affermando l'adeguatezza e proporzionalità del sistema di *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 (Consiglio di Stato, sez. III, n. 3106/2011), con motivazione - a dire della ricorrente - diversa riguardo al capo della sentenza sull'influenza della dotazione frequenziale sul c.d. *decalage*.

2. Peraltro, come già anticipato nella medesima 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 (sulle tariffe di terminazione), con la successiva delibera 60/11/Cons l'Autorità approvava un diverso sistema per il calcolo dei costi, improntato sul modello ingegneristico di tipo bottom-up LRIC (*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 livellamento delle tariffe originariamente stabilito.

In detto schema l'Autorità, identificati Telecom, H3G, Vodafone e Wind come operatori dominanti sulla propria rete, prevedeva un graduale 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 una graduale riduzione delle tariffe da € 4,1 cent./min. sino ad € 0,98 cent./min. per il 2015, per H3G da € 5,1 cent./min. sino ad € 0,98 cent./min; a favore di quest'ultimo operatore veniva invece confermata l'asimmetria tariffaria, prorogandola tuttavia al 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 provvedimento veniva trasmesso alla Commissione UE ed agli operatori mobili per le rispettive osservazioni; in particolare, la Commissione Europea (nota SG-Grefe(2011)D/10210) 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.

3. L'Autorità adottava quindi la delibera n. 621/11/Cons e, a seguito delle indicazioni rese dalla Commissione, riduceva il percorso di livellamento delle tariffe, indicando come data per il raggiungimento della simmetria tariffaria il mese di luglio 2013.

Avverso la predetta delibera si è dunque gravata la odierna ricorrente che, nel rappresentare come essa abbia introdotto una significativa riduzione dei costi di terminazione per tutti gli operatori di settore - riduzione ancor più incisiva per H3G -, lamenta che l'asimmetria tariffaria tra la stessa H3G e gli altri operatori sia stata ridotta in misura eccessivamente penalizzante (essendo stato ridefinito in appena € 0,2 cent/min. lo *prezzo* già fissato in € 0,8 cent/min nello schema di provvedimento) e contesta l'anticipata eliminazione al 1° luglio 2013 del sistema di *decaage*, atteso che a quella data non sarà venuta meno la diseguale e discriminante dotazione frequenziale sulla banda 900 MHz in favore di H3G.

4. Questi i motivi di ricorso proposti:

I. *Violazione degli artt. 4, co. 1, letto c) e 50 del Codice delle comunicazioni elettroniche conseguente all'adozione di una tariffa di costo per il servizio di terminazione delle chiamate vocali proporzionata ed irragionevolmente lesiva della posizione di H3G rispetto a quella degli altri operatori. - Violazione dell'art. 18 del Codice delle comunicazioni digitali per effetto della mancata applicazione della raccomandazione della Commissione Europea 2009/396/CE nonché delle Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato che impongono l'obbligo di introdurre misure di regolamentazione ex ante rispettose dei principi di ragionevolezza e proporzionalità. - Violazione dei generali principi di tutela della concorrenza nel mercato. - Eccesso di potere per contraddittorietà, irragionevolezza ed ingiustizia della delibera dell'AGCOM n. 621/11/Cons nella parte in cui riduce eccessivamente ed elimina alla data 1° luglio 2013 l'asimmetria tariffaria rispetto alla lettera di osservazioni della Commissione Europea n. D/10210 del 2011 e del parere dell'AGCM del 13 luglio 2011. - Eccesso di potere per l'eguale trattamento riservato a situazioni diseguali, e per violazione dei principi di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità. Ingiustizia man jesta.*

II. *Violazione dell'art. 3 della l. 7 agosto 1990 n. 241 per effetto di istruttoria e conseguente insufficienza della motivazione in ordine alla rilevanza della diseguale assegnazione delle frequenze. - Eccesso di potere per travisamento delle circostanze di fatto poste a base della decisione di ridurre ed anticipare la fine della asimmetria tariffaria alla data 1° luglio 2013. - Eccesso di potere per irragionevolezza e disparità di trattamento conseguente all'applicazione di una misura proporzionata.*

III. *In via subordinata. Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee per contrasto con la direttiva 2002/21/CE e con la Raccomandazione della Commissione Europea 396/2009/CE e con i più generali principi di tutela della concorrenza nel mercato.*

5. 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.

Si sono costituite altresì Wind Telecomunicazioni s.p.a., Telecom Italia s.p.a, e Vodafone Omnitel N.V., per contrastare le richieste di H3G.

Con atto notificato in data 4-5 giugno 2012, Poste Mobile s.p.a. ha spiegato intervento *ad opponendum* nel presente giudizio, chiedendo il rigetto del ricorso.

6. 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 24 luglio 2012.

DIRITTO

1. Con il primo motivo la ricorrente deduce la violazione della disciplina nazionale e comunitaria in materia di comunicazioni elettroniche, nonché l'irragionevolezza e l'illogicità della delibera impugnata, nella parte in cui l'Autorità ha adottato una tariffa di costo per il servizio di terminazione delle chiamate vocali sproporzionata ed irragionevolmente lesiva della posizione di H3G rispetto a quella degli altri operatori, nonché ridotto eccessivamente ed eliminato alla data del 1° luglio 2013 l'asimmetria tariffaria in favore di H3G, anche rispetto alla lettera di osservazioni della Commissione europea.

1.1 La ricorrente, richiamata la distinzione concettuale 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, deduce l'illegittimità della delibera impugnata in quanto con essa si pone termine al regime di asimmetria tariffaria previsto a favore di H3G con sei mesi di anticipo (1° luglio 2013)

rispetto alla data a partire dalla quale verrebbe meno la situazione di diseguale dotazione frequenziale da essa lamentata (31 dicembre 2013), con l'effettiva conclusione del piano di *nudging* e l'assegnazione ad H3G di una banda su frequenza 900 MHz con copertura su tutto il territorio nazionale.

La tesi della ricorrente si basa sull'assunto che una ineguale assegnazione delle risorse frequenziali incide sulla determinazione dei costi di terminazione delle chiamate e, in presenza di una tale variabile esogena, indipendente dalle scelte imprenditoriali dell'operatore, l'Agcom avrebbe dovuto confermare l'asimmetria tariffaria fino al 31 dicembre 2013 – come già previsto nello schema di delibera presentato alla consultazione – per non imporre ad H3G un onere sproporzionato rispetto alla sua posizione sul mercato.

La delibera n. 621/11 si porrebbe dunque, *in parte qua*, in insanabile contrasto con le norme comunitarie e nazionali che disciplinano il sistema di regolazione dei costi del servizio di terminazione delle chiamate vocali su reti mobili, e *in primis* con la Raccomandazione della Commissione europea 2009/396/CE sulle tariffe di terminazione e le Linee guida perché, pur in presenza di una “differenza oggettiva di costo che sfugge al controllo” dell'operatore interessato, *sub specie* di “assegnazione ineguale di frequenze” suscettibile di legittimare ed anzi rendere necessitato il rinvio dell'introduzione della simmetria tariffaria, l'Autorità avrebbe deciso di uniformare i costi di terminazione.

1.2 A dire della ricorrente, la possibilità che l'Agcom riconosca ad H3G un regime di asimmetria tariffaria in conseguenza della ineguale assegnazione delle frequenze, non sarebbe peraltro esclusa *pro futuro* dal giudicato formatosi sulla sentenza n. 3106/11 nel contenzioso dalla stessa instaurato avverso la precedente delibera n. 667/08/Cons

dell’Autorità, e ciò, sia perché in quel giudizio i motivi articolati da H3G sono stati ritenuti da un lato inammissibili, dall’altro infondati - ma ciò, solo per la mancata dimostrazione di una ripercussione immediata della insufficiente disponibilità di frequenze sui costi di terminazione - sia perché la delibera n. 667/08 regolava il mercato in un contesto del tutto diverso.

2. A fini del corretto inquadramento della vicenda, il Collegio ritiene utile richiamare il precedente contenzioso avente ad oggetto la delibera Agcom n. 667/08/Cons, la quale prevedeva il raggiungimento della simmetria tariffaria a partire già dal luglio 2012, per individuarne i rapporti e gli effetti rispetto all’odierna controversia.

2.1 Nel respingere il ricorso di H3G, questo Tribunale osservava che con detta delibera *“non si è imposto un rimedio nuovo ma si è applicato in misura diversa il rimedio del controllo di prezzo già introdotto, stabilendo un’ulteriore riduzione dei prezzi di terminazione di H3G, al fine di proseguire il percorso di graduale allineamento di questi ultimi a quelli, più contenuti, imposti agli altri operatori”* per concludere che *“la determinazione dell’Autorità, anche alla luce delle indicazioni giunte dalla Commissione europea, è ispirata a criteri pro concorrenziali”* (Tar Lazio, III ter, n. 1336/11).

Con particolare riguardo alla censura – in un secondo momento irrualmente introdotta in quel giudizio - secondo cui la sopravvenuta impossibilità, per l’operatore H3G, di disporre dell’assegnazione di un blocco di 5 MHz in banda 900 prima della fine del 2013, avrebbe determinato un ulteriore profilo di illegittimità della delibera n. 667/08 laddove questa aboliva l’asimmetria tariffaria già a partire dal 2012, la decisione in esame, ritenutane la inammissibilità, precisava che in ogni caso essa era infondata in quanto *“nei casi di specie, non è ravvisabile alcun diretto nesso di causalità tra il sopravvenuto provvedimento del Ministero delle*

comunicazioni in materia di frequenze a 900 Mhz e il calendario di riduzione dei prezzi, prestabilito dalla delibera gravata.

E, invero, seppure nella delibera n. 667/08 l'Agcom, nell'elencare la pluralità di motivi che spingono verso la simmetria dei prezzi di terminazione, enumera anche il principio della progressiva parità di spettro frequenziale disponibile, affermando che 'alla data del 2012 non dovrebbero esservi più diversità nell'allocazione delle risorse di spettro frequenziale tra gli operatori', deve tuttavia ritenersi che, nella prospettiva dell'Autorità, la disponibilità di banda aggiuntiva per H3G entro la suddetta data non assunse a presupposto o a condizione della scelta di ridurre i prezzi, esprimendo piuttosto un "considerando" orientativo, indice di una eventualità meramente plausibile, con la conseguenza che detta previsione, proprio perché non vincolante (neanche semanticamente, come attestato dall'uso del modo condizionale dei verbi), non era idonea a determinare una illegittimità (supervenuta) della delibera nell'ipotesi di mancato avveramento.

In ogni caso, il principio della progressiva parità di spettro frequenziale, ove pure se ne ammettesse la valenza motivazionale, avrebbe costituito pur sempre, manifestamente ed incontestabilmente, il singolo capo di una motivazione plurima, come si evince dal par. 4.3.2.2. della delibera n. 667/08; il successivo venir meno di tale principio, pertanto, non avrebbe irroccato gli altri capi della motivazione né l'atto nel suo complesso, stante che, nell'atto a motivazione plurima, è sufficiente che anche uno solo dei motivi fornisca autonomamente la legittima e congrua giustificazione della determinazione adottata e, nel caso in cui lo stesso atto sia sorretto da più ragioni giustificatrici tra loro autonome, è sufficiente la fondatezza anche di una sola di esse a sorreggere la legittimità dell'atto (Cons. Stato, Sez. IV, 20.12.2002, n. 7251; T.A.R. Toscana, sez. II, 4.6.2010, n. 6457; TAR Friuli, 11.2.2010, n. 101; TAR Lazio, Sez. II ter, 24.10.2007, n. 10469; TAR Lombardia, Bs, 6.12.1989, n. 1144; GARS, 20.12.1988, n. 211) (ancora, Tar Lazio, III ter, n. 1336/11).

2.2 Tali assunti venivano confermati dal giudice di seconde cure che, nel ritenere “*condivisibile la statuizione del TAR sull’inutilità di tal censura*”, ampiamente motivava come segue: “*Non judge al Consiglio che quest’ultima raccomandazione indica alle Autorità nazionali di tener conto nei mercati delle terminazioni mobili, ai fini della determinazione di costi efficienti, tra l’altro sia dell’ineguale assegnazione attuale di frequenze, sia della futura assegnazione di queste, sia di un’eventuale diminuzione dei costi grazie all’aumento della quota di mercato di un operatore newcomer. Tuttavia, non illogico o erroneo è il decisum del TAR nel concludere che l’ingresso dell’operante a nuove frequenze è nel provvedimento impugnato indicato come possibile ed auspicabile, non come questione dirimente, non essendovi diretta consequenzialità logica tra la scansione temporale del decalogo e la previsione del Ministero dello sviluppo economico circa il momento concreto della liberazione delle frequenze su banda a 900 MHz.*

Anzi, tal aspetto s’evince da una lettura, al contempo serena e più ampia, della raccomandazione medesima, quando anche fosse a sua volta da ritenere la considerazione dell’AGCOM sui termini di disponibilità di dette frequenze una vera e propria statuizione. Le Autorità nazionali determinano i costi di terminazione in conformità a quelli dell’operatore efficiente’, oltre alla necessità di garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori con allineamento dei prezzi entro il 31 dicembre 2012. Le Autorità possono altresì ammettere, per breve tempo (non oltre quattro anni) e sulla base di elementi oggettivi sottoposti a continuo monitoraggio, eventuali asimmetrie in presenza di operatori newcomer che non abbiano raggiunto la dimensione minima di efficienza, che debbano sostenere costi superiori a quelli degli operatori efficienti o che subiscano costi per loro incontruabili per effetto di assegnazione ineguale di frequenze. Ebbene, l’operante non è newcomer (operando da più di quattro anni), ha goduto per tal periodo di asimmetrie tariffarie a suo vantaggio appunto per la sua iniziale condizione e questa è in continuo divenire anche grazie alla progressiva liberazione delle frequenze.

E si badi: non può l'uffeante reputare illegittima l'impugnata deliberazione mercé l'argomento del maggior costo che in ogni caso le deriverebbe, a seconda della sua progettazione, dall'omessa, o tardiva, o insufficiente assegnazione delle ripetute frequenze, perché essa sovrappone al riguardo, al fine di giustificare la necessaria ultrattività delle asimmetrie tariffarie, due distinti ordini di costi. L'uno riferisce all'uso innovativo della tecnologia UMTS (par. 103 della delibera in esame) e alle frequenze su banda a 2100 MHz (che dev'esser più copiare e diffusa e ha una minor propagazione all'aperto e negli edifici), per i quali l'uffeante ha goduto e gode tuttora della preesistente asimmetrie[.....] L'altro concerne (l'ancora per poco) insufficiente disponibilità di frequenze su banda a 900 MHz, vicenda, questa, di cui non si giustifica o si dimostra di come e quanto si riverbera in via diretta ed immediata sui costi di terminazione. Così scolorano tutte le questioni dell'illegittimità comunitaria dell'impugnata deliberazione, tali, cioè, da imporre una richiesta pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, giacché, in dipendenza di ogni deliberazione sulla relativa rilevanza, nella specie l'AGCOM non ha adottato misure di variazione della tariffa di determinazione o ha stabilito restrizioni o discriminazioni a danno dell'uffeante, in contrasto con il § 9) dell'invocata raccomandazione. Quest'ultima pone linee-guida per dirimere solo rebus sic stantibus le distorsioni del mercato per i newcomers, non certo per perpetuarne le misure d'appoggio, come hanno chiarito il TAR e, soprattutto, le reiterate richieste della Commissione UE e finché l'AGCOM provveda a realizzare la simmetria tariffaria tra tutti gli operatori.

Tanto, peraltro, non volendo considerare il giusto principio affermato dal Giudice di prime cure, per cui la questione della progressiva parità frequenziale non sarebbe, ove appunto la si ritenesse statuizione, solo uno dei tanti motivi su cui si basa l'impugnata deliberazione, inidoneo, come tale e se illegittimo, a travolgere in toto, né ad incidere gli altri capi della motivazione, qualora corretti e legittimi (ndr.: enfasi aggiunta) (Consiglio di Stato, III, n. 3106/11).

2.3 I giudici amministrativi, in relazione alla delibera n. 667/08/Consportata al loro esame, ritenevano dunque legittime le scelte dell'Autorità sul raggiungimento della simmetria tariffaria a partire dal luglio 2012. Si considerava che nel caso di operatori *newcomer*, l'indicazione temporale in 4 anni proviene dalla Commissione europea e pertanto l'eventuale adozione di misure non rispondenti ai criteri di efficienza e simmetria indicati dall'istituzione europea sarebbe stata 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, n. 1336/11 cit.).

Si osservava che 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 (C.d.S., n. 3106/11 cit.) e pertanto l'Agcom, nello stabilire le nuove tariffe di terminazione, doveva tener conto dei criteri indicati dalla Commissione se non voleva andare contro i principi cardine dell'azione regolamentare. Nel precedente giudizio, invece, il profilo della ineguale dotazione frequenziale da parte di H3G veniva dedotto solo successivamente ed in modo irrituale, di tal che, dopo averne ritenuto l'inammissibilità, solo per completezza di disamina lo stesso veniva giudicato irrilevante (*rectius*: inutile) anche dal giudice di seconde cure, e ciò, sostanzialmente, sia per l'assenza di una diretta consequenzialità logica tra la scansione temporale del *decalage* prevista nella delibera n. 667/08 e la previsione della liberazione delle frequenze su banda a 900 MHz; sia per la mancata prova, nell'ambito di quel giudizio, degli effetti della disparità frequenziale sui costi di terminazione di H3G.

2.4 In ogni caso, si rileva per completezza che nella odierna vicenda la riduzione ed eliminazione dell'asimmetria tariffaria in favore di H3G, operate dalla successiva delibera n. 621/11/Cons, vengono in contestazione, non già con riferimento ad una allegata posizione di *newcomer* dell'operatore, così come nel precedente contenzioso, bensì con esclusivo riguardo al distinto, seppure collaterale, profilo dell'asserito persistente squilibrio della dotazione frequenziale in sfavore di H3G; pertanto, nell'odierno giudizio neanche la *causa petendi* potrebbe dirsi coincidente con le situazioni, giuridiche e fattuali, prospettate dalla ricorrente H3G nella precedente controversia a sostegno delle proprie domande.

Per tutte le ragioni espresse, si ritiene quindi che il giudicato formatosi sulla sentenza n. 3106/11 non sia idoneo a precludere, anche *pro iure*, il riconoscimento ad H3G di un regime di asimmetria tariffaria in conseguenza della diseguale dotazione frequenziale, onde le censure in proposito svolte dalla ricorrente con il ricorso in epigrafe non sono inammissibili.

3. Tanto premesso, il Collegio ritiene non condivisibili le doglianze e censure svolte con il primo mezzo.

3.1 Per quanto di stretto interesse, si osserva che la raccomandazione 2009/396/CE, 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);

“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 giungono 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. È possibile rievare 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 nei mercati 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 “(par. 1);

“Nella determinazione dei livelli di costo efficiente, l'eventuale scostamento dai principi summenzionati dovrà trovare giustificazione in differenze oggettive di costo che giungono 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 deroghe 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 ricorre le deroghe 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. Nuova 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 deroghe 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 ricorre le deroghe 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' (par. 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 accertato 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” (par. 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 deroghe oggettive di costo determinate in conformità ai punti 9 e 10” (par. 11).

3.1.1 Dalla lettura della Raccomandazione sulle tariffe di terminazione

risulta dunque, 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.

Le tariffe di terminazione devono 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.

Tale differenza può assumere 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, poiché la misura dell'asimmetria tariffaria rappresenta una situazione eccezionale, ne consegue che non necessariamente essa, una volta introdotta, debba 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, le quali 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.

3.1.2 Vale la pena di notare che 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; di tali maggiori costi, in quanto discendenti da un’ineguale assegnazione delle frequenze, occorre dunque dare la prova, non essendo consentito dare rilievo a scostamenti dai livelli di costo efficiente ricavabili in via meramente presuntiva.

3.1.3 E, nella specie, proprio tale prova risulta carente, in quanto non viene dimostrato o giustificato come e quanto l’insufficiente disponibilità di frequenze si riverberi in via diretta ed immediata sui costi di terminazione di H3G. Né tale dimostrazione può trarsi dalla perizia del Prof. Ing. Bernardini depositata in giudizio dalla ricorrente, che in definitiva si fonda sullo stesso assunto per cui la diseguale attribuzione delle frequenze dovrebbe determinare automaticamente il prolungamento dell’asimmetria tariffaria di H3G.

La richiesta, sottesa al presente gravame, di prorogare ulteriormente l’asimmetria in favore di H3G non trova dunque alcun fondamento nella disciplina comunitaria – come si sostiene da parte della ricorrente - ma si pone piuttosto in contrasto con essa.

4. Ciò è tanto vero che la Commissione europea, nel rendere le proprie osservazioni sul progetto di delibera notificato - nel quale erano originariamente previsti un più lungo periodo di *decarage* e il raggiungimento della simmetria tariffaria a partire dal gennaio 2014 – con la nota SG-Grefe (2011) D/10210 formulava i seguenti incisivi rilievi, oltre che sul versante del ritardo nell’imposizione dell’orientamento ai costi, anche su quello dell’asimmetria nelle tariffe di terminazione mobili:

4.1.1 “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 imitando il numero di tappe previste dal percorso proposto' (n.d.r.: enfasi aggiunta).

4.1.2 “...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, eppure 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 preceae 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 nota, scostandosi rispetto alla nota 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' (n.d.r.: enfasi aggiunta).

4.2 In definitiva, la Commissione europea, in materia di orientamento ai costi 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 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 materia di asimmetria nelle tariffe di terminazione mobili, dopo aver premesso che l'asimmetria delle tariffe di terminazione mobile, pur se ammissibile in casi eccezionali, deve essere adeguatamente e compiutamente giustificata, riteneva che l'Agcom non avesse fornito una giustificazione adeguata della suddetta asimmetria in quanto la stessa Autorità, 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.

4.3 In esito alle osservazioni della Commissione, l'Autorità riduceva il

percorso di livellamento delle tariffe e anticipava la data per il raggiungimento della simmetria tariffaria al mese di luglio 2013.

4.4 La tesi della ricorrente, che con il primo motivo censura in particolare la chiusura anticipata del *decauge*, assumendo che l'Agcom avrebbe dovuto confermare l'asimmetria tariffaria fino al 31 dicembre 2013 in relazione al persistere fino a quella data della ineguale dotazione di frequenze in favore di H3G, non può quindi essere seguita, non essendo dato rinvenire nel corpo della delibera impugnata – come già osservato dalla Commissione rispetto allo schema - alcuna adeguata motivazione in ordine alla sussistenza dei presupposti indicati dall'organo comunitario come idonei a giustificare ulteriori misure asimmetriche in favore di H3G.

4.4.1 Nella motivazione del provvedimento, infatti, si rappresenta in modo generico la mera opportunità di *“partecipare, rispetto a quanto stabilito dalla delibera n. 667/08/CONS, al raggiungimento della piena simmetria delle tariffe di terminazione di chiamate vocali su rete mobile in quanto si rievoca 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 Determinazione 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 essenziali tali da giustificare un'asimmetria tariffaria tra gli operatori, come previsto anche dalla Raccomandazione sulla terminazione”* (4.3.4.154).

4.4.2 In tal modo, si continua a non chiarire in che misura l'allocazione ineguale di frequenze abbia 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).

4.4.3 Né utili elementi in tal senso potrebbero 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 la parità nella dotazione frequenziale tra H3G e gli altri operatori siano risolte con risultati apprezzabili anche in termini di efficienza e riduzione dei costi unitari di fornitura del servizio di terminazione”* (ultimo Considerato).

5. Le superiori considerazioni portano a disattendere anche il secondo motivo di ricorso, con cui, sul presupposto che l'Agcom avrebbe dato un'interpretazione distorta alle osservazioni della Commissione europea oltre che al parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, si contestano il difetto di istruttoria e la carenza di motivazione del provvedimento impugnato, e tanto, sia con riguardo alla riduzione del periodo di *average* sia rispetto all'anticipazione della data per il raggiungimento della simmetria tariffaria.

A tal fine, la ricorrente assume lo schema di provvedimento posto in consultazione alla stregua di un *“tertium comparationis* per dimostrare l'irragionevolezza della decisione dell'Autorità di ridurre lo *spread* e di anticipare la fine del regime di asimmetria tariffaria di sei mesi”, e censura pertanto l'illegittimità della delibera n. 621/11 per aver irragionevolmente ridotto, rispetto al provvedimento in consultazione, l'asimmetria tariffaria in misura sproporzionata ed ingiustificata rispetto agli sviluppi del mercato.

5.1 Si osserva 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 quindi in grado di disporre di tutti gli elementi necessari a decidere.

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.

Come non si è mancato di osservare, lo schema di delibera costituisce, invece, "un atto endoprocedimentale, come tale non direttamente lesivo, giacché 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, n. 1491/09, 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).

5.2 Tanto premesso, non v'è chi non veda come, di fronte alle severe osservazioni rese dalla Commissione europea sulla proposta di delibera, l'Autorità non potesse non essere indotta a ridurre il periodo di *accrual* e ad anticipare il raggiungimento della simmetria tariffaria tra gli operatori, al fine di conformarsi alle indicazioni provenienti dalla Commissione europea, tanto più in quanto formulate sulla base della Raccomandazione del 2009.

5.3 Invero, quanto alla Raccomandazione sulle tariffe di terminazione, viene in rilievo l'art. 22 del Codice delle Comunicazioni elettroniche (che costituisce trasposizione dell'art. 19 della richiamata direttiva

2002/21/CE), giusta il quale l'Autorità, nell'assolvimento dei propri compiti, deve tenere *“in massima considerazione le raccomandazioni della Commissione europea concernenti l'armonizzazione dell'attuazione delle disposizioni oggetto del Codice.”* e qualora decida di non conformarsi, *“ne informa la Commissione europea motivando le proprie decisioni”*.

E, trovando le raccomandazioni una specifica base giuridica nella direttiva quadro sulle comunicazioni elettroniche, come trasposta nell'ordinamento interno, ed essendo quindi l'autorità nazionale di regolamentazione del settore tenuta ad averne massima considerazione (“utmost account”), deve ritenersi che il giudice nazionale, ove una decisione dell'Autorità sia contestata per asserito contrasto con una raccomandazione, non possa a sua volta disattendere la raccomandazione ritenendola non vincolante oppure limitarsi a considerarne genericamente la *ratio*, ma debba piuttosto spingersi ad individuare il significato sostanziale della Raccomandazione e verificare se il provvedimento contestato abbia una motivazione sufficientemente congrua che ne giustifichi la deviazione dal contenuto della raccomandazione, vale a dire, se quest'ultima sia stata tenuta in “utmost account” dall'Autorità nazionale.

5.4 Quanto alle osservazioni che la Commissione rendeva nella procedura ai sensi dell'art. 7 della direttiva, soccorre invece l'art. 12, comma 5, del ripetuto Codice, secondo il quale *“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, rese nel corso delle procedure di consultazione, 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 subiecta materia* in tutti gli Stati membri.

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 –osserva il Collegio - dà ragione del vincolo, posto all'autorità nazionale, di tenere nel debito conto i rilievi dell'organo comunitario nell'adozione del provvedimento finale.

Pertanto, in consonanza con l'orientamento di questo Tribunale (cfr. Tar Lazio, III ter, nn. 1336/11, 1491/2009 e 895/09), 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"*

dei sistema del quale l'Autorità è investita"; ... 'nonondimeno, poiché essi comunque determinano un obbligo rafforzato di motivazione, occorre valutare se l'Autorità abbia ponderato le ragioni espresse dall'organo consultivo e di aver però deciso di perseverare nel proprio orientamento" (Tar Lazio, III ter, nn. 9739/11 e 895/2009).

5.5 In conclusione, le misure di regolazione proposte nello schema di delibera - percorso di livellamento tariffario e prolungamento dell'asimmetria fino al 31 dicembre 2013 – 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.

Per converso, infondate si appalesano le deduzioni attoree sull'illegittimità della impugnata delibera n. 621/11 che non ha confermato le suddette misure.

6. Inammissibile, infine, si appalesa l'istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, formulata da H3G con il terzo motivo, stante la genericità delle censure e la omessa indicazione delle norme del diritto comunitario che si assumerebbero violate dalla delibera impugnata, laddove, per giurisprudenza consolidata, l'istanza di rinvio deve indicare sia l'atto comunitario che si ritiene violato dalla normativa interna, sia il motivo di contrasto.

7. Il ricorso è dunque infondato e deve dunque essere respinto.

8. 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 respinge.

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 24 luglio 2012, con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Roberto Politi, Consigliere

Rosa Perna, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/10/2012

IL SEGRETARIO

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