

**Archivio selezionato:** Sentenze T.A.R.

---

**Autorità:** T.A.R. Roma sez. III

**Data:** 29/01/2009

**n.** 895

**Classificazioni:** RICORSI AMMINISTRATIVI - Ricorso straordinario al Capo dello Stato - -  
trasferimento e trasposizione in sede giurisdizionale e opposizione

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio  
- Sezione Terza Ter -

composto dai Magistrati:

Italo Riggio Presidente

Giulia Ferrari Consigliere - relatore

Stefano Fantini Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 6920/08, proposto da **Telecom Italia s.p.a.**, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Lattanzi e Clelia Vitocolonna presso il cui studio in Roma, via G.P. da Palestrina n. 47, è elettivamente domiciliata,

contro

l'**Autorità per le garanzie nelle comunicazioni**, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato presso i cui Uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, è per legge domiciliata, nonché

nei confronti

della **H3G s.p.a.**, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Sanino e Marcello Clarich e con questi elettivamente domiciliata in Roma, viale Parioli n. 180, presso lo studio dell'avv. Sanino,

della **Wind s.p.a.** in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Beniamino Carivita di Toritto e Sara Fiorucci presso il cui studio in Roma, via di Porta Pinciana n. 6, è elettivamente domiciliata,

della **Vodafone s.p.a.**, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio,

per l'**annullamento**

della **delibera consiliare n. 628/07/Cons**, recante Mercato della terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili (mercato n. 16 tra quelli identificati dalla Raccomandazione della Commissione europea 2003/311/CE): valutazione ai sensi dell'art. 15, comma 4, della delibera n. 3/06/Cons, circa l'applicazione all'operatore H3G degli obblighi di cui all'art. 50 del Codice delle comunicazioni elettroniche, e, ove occorra, dell'art. 9 della delibera 3/06/Cons, nonché della delibera n. 123/07/Cons del 7 marzo 2007.

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di H3G s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Wind s.p.a.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 22 gennaio 2009 il Consigliere Giulia Ferrari; uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

**Fatto**

FATTO

1. Con ricorso n. 6920/08, notificato in data 4 luglio 2008 e depositato il successivo 9 luglio, Telecom Italia s.p.a. ha trasposto dinanzi al giudice amministrativo il ricorso straordinario proposto avverso la delibera consiliare n. 628/07/Cons, recante Mercato della terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili (mercato n. 16 tra quelli identificati dalla Raccomandazione della Commissione europea 2003/311/CE): valutazione ai sensi dell'art. 15, comma 4, della delibera n. 3/06/Cons, circa l'applicazione all'operatore H3G degli obblighi di cui all'art. 50 del Codice delle comunicazioni elettroniche, e, ove occorra, anche avverso l'art. 9 della delibera 3/06/Cons.

Espone, in fatto, che con deliberazione 3/06/Cons l'Agcom ha proceduto all'analisi del mercato della terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili e all'individuazione delle imprese da notificare come aventi significativo potere di mercato (Tim, Vodafone, Wind e H3G). Con detta delibera l'Autorità ha anche stabilito gli obblighi in capo alle imprese notificate e l'assoggettamento, per i soli operatori Tim, Vodafone e Wind, all'obbligo di controllo dei prezzi di terminazione, di orientamento al costo e di predisposizione di un sistema di contabilità regolatoria. È stata quindi prevista l'introduzione, per gli anni 2006 - 2008, di un meccanismo programmato di riduzione dei prezzi di terminazione delle chiamate vocali sulle reti degli operatori assoggettati all'obbligo di controllo (Tim, Vodafone e Wind). L'Agcom peraltro, nel graduare la riduzione del prezzo del servizio di terminazione, per gli operatori assoggettati all'obbligo di controllo, ha stabilito che gli stessi dovessero predisporre un sistema di contabilità regolatoria a costi storici e a costi correnti per gli anni 2005, 2006 e 2007 ed il modello a costi incrementali. Per la ricorrente, invece, l'Autorità ha stabilito che avrebbe valutato l'applicazione degli obblighi di cui all'art. 50 del Codice delle comunicazioni elettroniche, approvato con D.L.vo 1 agosto 2003 n. 259 (d'ora in poi, Codice), entro il 31 luglio 2006.

Successivamente, con delibera 712/06/Cons, l'Autorità ha avviato la consultazione pubblica per valutare l'applicabilità, all'operatore H3G, degli obblighi ex art. 50 del Codice. Con delibera 628/07/Cons del 12 dicembre 2007 l'Agcom ha applicato anche ad H3G i predetti obblighi, confermando in capo a questi tutti gli obblighi previsti dall'art. 2 della delibera 3/06/Cons, ivi incluso quello di controllo dei prezzi di terminazione e di predisposizione di un sistema di contabilità regolatoria.

Sostiene la ricorrente Telecom Italia s.p.a. che il livello tariffario massimo individuato dall'Agcom per H3G è molto elevato ed ingiustificato, traducendosi in una misura di sostegno adottata in suo favore a distanza di 5 anni dal suo ingresso sul mercato ed in assenza di una ragionevole giustificazione. Illegittimamente, dunque, H3G è autorizzata a praticare una tariffa di terminazione superiore al 63,1% rispetto a quella della ricorrente.

Aggiunge che dal luglio 2008 sia essa che Vodafone saranno tenute a ridurre ulteriormente la tariffa ad €8,84 centesimi al minuto, mentre per H3G non è prevista ulteriore riduzione, con la conseguenza che da quel momento la tariffa di H3G, severamente stigmatizzata dalla Commissione CE, sarà superiore addirittura dell'83,9% rispetto a quella di Telecom.

2. Avverso la predetta delibera - nella parte in cui autorizza H3G ad applicare un prezzo di terminazione sulla sua rete non superiore a 16,26 centesimi di euro al minuto con decorrenza dall'1 marzo 2008 - la ricorrente è insorta deducendo l'illegittimità del modo con il quale il criterio del cd. *delayed approach*, di per se valido per la determinazione del prezzo in questione, è stato utilizzato dall'Autorità. Ques'ultima avrebbe dovuto imporre ad H3G una tariffa di terminazione sulla sua rete almeno equivalente a quella prevista inizialmente per Wind con la delibera 286/05/Cons, e, quindi, un prezzo massimo pari a €14,35 centesimi al minuto.

Aggiunge che, nonostante la Commissione europea abbia espresso puntuali riserve sulla delibera in questione, l'Agcom non ha assunto alcuna determinazione correttiva né ha reso ulteriore motivazione, limitandosi a rinviare l'esame dei rilievi critici alla prossima analisi di mercato.

3. Si è costituita in giudizio l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, che ha sostenuto l'infondatezza nel merito del ricorso.

4. Si è costituita in giudizio H3G s.p.a., che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso potendo la trasposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato in sede giurisdizionale essere richiesta solo dalla controinteressata e non, come nel caso in esame, dall'Amministrazione resistente. Nel merito ha sostenuto l'infondatezza del ricorso.

5. Si è costituita in giudizio la Wind s.p.a., che ha sostenuto l'infondatezza nel merito del ricorso.

6. Vodafone s.p.a. non si è costituita in giudizio.

7. Con memorie depositate alla vigilia dell'udienza di discussione le parti costituite hanno ribadito le rispettive tesi difensive.

8. All'udienza del 22 gennaio 2009 la causa è stata trattenuta per la decisione.

## **Diritto**

### **DIRITTO**

1. Come esposto in narrativa Telecom Italia s.p.a. (d'ora in poi, Telecom) ha impugnato, con ricorso straordinario al Capo dello Stato, poi trasposto in sede giurisdizionale su richiesta dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (d'ora in poi, Agcom o Autorità), la delibera consiliare n. 628/07/Cons del 12 dicembre 2007, con la quale detta Autorità ha imposto per la prima volta ad H3G s.p.a. (d'ora in poi, H3G) gli obblighi di controllo dei prezzi di terminazione delle chiamate vocali sulla propria rete, nonché di predisposizione di un sistema di contabilità analitica dei costi *ex art. 50* del Codice delle comunicazioni elettroniche, approvato con D.L.vo 1 agosto 2003 n. 259 (d'ora in poi, Codice). Detta decisione è stata assunta (delibera 3/06/Cons) dopo che, a conclusione dell'analisi del mercato 16 (mercato della terminazione di chiamate vocali su singole rete mobili), l'Agcom ha ritenuto che ciascun operatore di rete mobile deve essere considerato dominante sulla propria rete. La stessa delibera n. 628/07/Cons ha disposto (art. 3) che il prezzo massimo del servizio di terminazione delle chiamate vocali sulla rete dell'operatore H3G è ridotto, a partire dall'1° marzo 2008, da 18,76 centesimi di euro al minuto a 16,26 centesimi di euro al minuto. H3G è tenuta a comunicare, entro il 1° gennaio 2008, all'Autorità e agli altri operatori interconnessi il prezzo di terminazione da applicare dall'1 marzo 2008, che non potrà comunque essere superiore a 16,26 centesimi di euro al minuto.

A tale risultato l'Agcom è pervenuta, come risulta dall'Allegato A al provvedimento impugnato, facendo ricorso non ad un mero calcolo matematico ma ad una serie di fattori, quali: a) lo sviluppo delle infrastrutture, b) l'evoluzione del mercato 2004 - 2006; c) l'analisi del segmento UMTS; d) l'andamento delle tariffe di terminazione; e) la performance economica e finanziaria di H3G; f) i riferimenti internazionali (*benchmarking* internazionale). In particolare, essendo l'imposizione dell'obbligo di controllo del prezzo coeva alla previsione di un sistema di contabilità, l'Agcom ha dovuto necessariamente procedere facendo ricorso ad elementi indiretti, ricavabili a seguito dell'applicazione del criterio del *deleyed approach* (id est, approccio di reciprocità temporale ritardata, consistente nel riconoscere all'operatore di più recente ingresso nel mercato un livello di prezzo di terminazione analogo a quello riconosciuto, in passato, agli operatori che erano entrati nello stesso mercato in una seconda fase) o di parametri del *benchmarking* internazionale.

2. Preliminarmente occorre esaminare l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata da H3G sul rilievo che la trasposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato in sede giurisdizionale può essere richiesta solo dalla controinteressata e non, come nel caso in esame, dall'Amministrazione intimata e resistente.

L'eccezione è infondata.

È noto che l'art. 10 D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199, in considerazione delle maggiori garanzie offerte dal ricorso giurisdizionale rispetto a quello straordinario, assegna espressamente ai controinteressati la legittimazione attiva a chiedere, entro il termine di sessanta giorni dalla notificazione del ricorso, con atto notificato al ricorrente e all'organo che ha emanato l'atto impugnato, che il ricorso sia deciso in sede giurisdizionale.

A tale categoria di soggetti la Corte costituzionale, con sentenza 29 luglio 1982 n. 148, ha equiparato l'ente pubblico (diverso dallo Stato) che ha emanato l'atto impugnato. Ha osservato il giudice delle leggi che le amministrazioni non statali, al pari dei privati controinteressati, non sono in condizione di svolgere, nel procedimento amministrativo finalizzato alla decisione sul ricorso straordinario, il medesimo ruolo determinante di cui, agli effetti decisori, fruiscono le amministrazioni statali emananti, in quanto componenti dello stesso sistema organizzatorio di cui fanno parte il Ministro e il Presidente del Consiglio dei Ministri chiamati a decidere sul gravame, con conseguente 'ingiustificata disparità di trattamento, stante le maggiori garanzie che il ricorso giurisdizionale offre anche alle amministrazioni non statali. Ad avviso del giudice delle leggi non si può non convenire sulla diversità della posizione dell'autorità resistente, a seconda che l'atto, contro il quale è rivolto il ricorso, provenga da un organo dello Stato o di altro Ente pubblico. Nel primo caso, infatti, è pur sempre la stessa Amministrazione, in un ambito organizzativo unitario, che decide sull'impugnativa avverso l'atto che da essa emana, collocandosi perciò nel procedimento su un piano di sostanziale preminenza di fronte al ricorrente ed ai controinteressati. Radicalmente diversa, nello stesso procedimento, è invece la posizione dell'Autorità non statale, la quale assume la veste di mera controparte rispetto al ricorrente, senza alcun potere di decidere, e neppure di influire, più di quanto non sia dato alle altre parti, sulla decisione.

Tale essendo la *ratio*, sottesa alla decisione della Corte costituzionale, di estendere la garanzia dell'istituto della trasposizione alle amministrazioni diverse da quelle statali perché prive delle garanzie implicitamente riconosciute a queste ultime in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato, ritiene il Collegio che si possa prescindere dal verificare la natura che nel nostro ordinamento assumono le Autorità indipendenti, atteso che le stesse non hanno, comunque, in sede straordinaria alcuna possibilità di influire sulla decisione e possono essere, sotto questo profilo, equiparate agli enti pubblici diversi dallo Stato. Le Autorità indipendenti, chiamate ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo ed agli organi di ogni Amministrazione, rispondono all'esigenza di dare corpo ad una funzione amministrativa di garanzia in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo (Cons.Stato, Sez. I, 29 maggio 1998 n. 988; Sez. VI, 29 maggio 2008 n. 2548, secondo cui le Autorità indipendenti si pongono in posizione peculiare rispetto all'apparato esecutivo, in quanto caratterizzate da autonomia nei confronti del Governo). In questo senso la Corte costituzionale, con una pronuncia (sentenza 7 novembre 1995 n. 482) che riveste portata generale anche se occasionata dalla istituzione, ad opera dell'art. 4 L. 11 febbraio 1994 n. 109, dell'Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici, ha osservato che "le attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di Amministrazione attiva o di controllo".

In altri termini, anche aderendo alla tesi che fa rientrare dette Autorità nelle Amministrazioni dello Stato (Cons.Stato, Sez. I, 25 ottobre 2000 n. 260), è comunque certo che esse non hanno in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato la possibilità di occupare una posizione di sostanziale preminenza di fronte al ricorrente ed ai controinteressati, possibilità che ha portato il Legislatore del 1971 ad escludere implicitamente che l'Autorità emanante, che sia "Amministrazione dello Stato", sia legittimata a chiedere la trasposizione del ricorso in sede giurisdizionale.

La trasposizione effettuata da Telecom su richiesta dell'Agcom è dunque ammissibile.

3. Passando al merito, con una prima censura del primo e articolato motivo di ricorso Telecom deduce l'illegittimità dell'impugnata delibera sul rilievo che facendo ricorso al criterio del *deleyed approach*, e cioè all'approccio di reciprocità temporale ritardata, l'Autorità avrebbe dovuto imporre ad H3G una tariffa di terminazione almeno equivalente a quella prevista inizialmente, con la

delibera 286/05/Cons, per Wind s.p.a. (d'ora in poi, Wind), cioè per l'ultimo operatore entrato nel mercato, e quindi un prezzo massimo pari ad €14,35.

La censura non è suscettibile di positiva valutazione.

Con riferimento a ben diversa fattispecie, ma con pronuncia che nei principi generali espressi è estensibile al caso in esame, il Consiglio di Stato (Sez. VI, 21 settembre 2007 n. 4888) ha affermato che i diversi vincoli imposti dall'Agcom agli operatori del settore della telefonia riflettono la posizione dagli stessi occupata nel mercato e sono giustificati da esigenze di sviluppo della concorrenza e di sopravvivenza di tutti gli operatori, che hanno la necessità di recuperare - anche con i ricavi da interconnessione - i maggiori costi conseguenti al ritardo con il quale sono entrati nel mercato della telefonia. È dimostrato dall'istruttoria compiuta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (A357, provvedimento 17131) che H3G ha avuto iniziali difficoltà ad entrare (nel 2003) nel mercato sia perché lo stesso era ormai saturo, sia perché è titolare unicamente di diritti d'uso delle frequenze radio della banda UMTS a 1.900 - 2.100 MHz (a differenza degli altri operatori della telefonia mobile, ai quali sono state assegnate frequenze anche sulle bande GSM a 900 e 1800 MHz), con necessità di investimenti infrastrutturali che richiedono, almeno nel breve periodo, costi maggiori rispetto a quelli connessi con la realizzazione della rete GSM. Segue da ciò che l'iniziale posizione di H3G non può essere equiparata a quella ricoperta da Wind al suo esordio nella telefonia mobile, avvenuto peraltro nel lontano 1999.

Logico corollario di questa premessa è la legittimità della decisione dell'Autorità di non applicare ad H3G lo stesso prezzo massimo del servizio di terminazione a suo tempo imposto a Wind.

In altri termini e per concludere sul punto, ritiene il Collegio che non è possibile invocare un precedente al quale l'Agcom avrebbe dovuto uniformare la propria determinazione finale - ferma restando la legittimità del criterio adoperato, riconosciuta dalla stessa ricorrente - se le fattispecie messe a confronto non sono perfettamente identiche.

Altro profilo di illegittimità della delibera impugnata è, ad avviso della ricorrente, dato dalla circostanza che in nessun paese europeo esistono misure asimmetriche tariffarie di questa portata a favore di un operatore entrato nel mercato da cinque anni. Prova della correttezza di questo assunto è la lettera della Commissione europea SG-Greffe (2007) D/204910 del 2 agosto 2007, contenente osservazioni sullo schema di provvedimento poi divenuto delibera n. 628/07/Cons. In detta nota l'organo comunitario ha segnalato che il livello della tariffa di terminazione di H3G risulta eccessivamente elevato (tra i più elevati d'Europa), nonostante che la quota di mercato della società in Italia sia di gran lunga superiore a quelle delle altre società del gruppo operanti in ambito comunitario. Anche in questo caso, dunque, ad avviso di Telecom, pur essendo giusto il ricorso al criterio del *benchmarking* internazionale, lo stesso non sarebbe stato poi correttamente applicato.

Detta censura non è suscettibile di positiva valutazione, pure se le osservazioni della Commissione CE sono meritevoli di attenta riflessione e di esse l'Agcom ha tenuto debito conto in successive deliberazioni afferenti alla stessa materia ed oggetto di ricorsi di H3G affidati allo stesso Collegio e portati alla stessa udienza di discussione. Sembra peraltro di poter obiettare che l'equiparazione tra la tariffa imposta ad H3G in Italia e quella vigente nel resto di Europa sarebbe possibile solo in situazione di identità di condizioni di mercato, che nella specie non risulta sussistente. Le tariffe di terminazione praticate in Italia erano, al momento dell'adozione della delibera impugnata, tra le più alte in Europa, con la conseguenza che per conservare l'assimetria tra gli operatori italiani, la tariffa applicata ad H3G nel nostro Paese non poteva che essere più alta rispetto a quella praticata dallo stesso operatore in altri Paesi europei.

Neppure configura vizio di illegittimità dell'impugnata delibera la circostanza che la stessa si discosti dal parere reso, in termini sicuramente non favorevoli alla decisione dell'Autorità regolatoria, dalla Commissione europea.

L'Agcom, infatti, anche se *ex art. 12* del Codice deve tenere "in massima considerazione" le osservazioni della Commissione, non è obbligata a conformarsi sempre e comunque alle osservazioni da essa svolte, atteso che non si tratta di prescrizioni, ma sostanzialmente di un atto di collaborazione dell'organo in questione al programma di razionalizzazione del sistema nel quale è impegnata l'Autorità. È ben vero che, come accade ogni qual volta un organo intenda discostarsi da un parere obbligatorio ma non vincolante, sussiste per lui l'obbligo di esplicitare le ragioni che non gli consentono di conformarsi ad esso. In altri termini, l'organo in questione deve dare atto di aver ponderato le ragioni esposte da quello consultivo e di aver però deciso di perseverare nel proprio orientamento. Peraltro nel caso in esame tale obbligo di *clare loqui* risulta, almeno formalmente e con riserva di valutare appresso il merito delle argomentazioni addotte, adempiuto atteso che l'Autorità ha chiarito che il prezzo di terminazione di H3G sarebbe stato a breve nuovamente rivisto *in minus* e che nei primi dodici mesi di attività detto operatore ha dovuto ritardare il completo lancio commerciale dei servizi UMTS a causa della limitata disponibilità di apparecchi riceventi, con la conseguenza che il periodo di tempo dall'ingresso nel mercato è risultato, di fatto, inferiore ai cinque anni rilevati dalla Commissione europea.

Ha ancora affermato la ricorrente che illegittimamente l'Agcom ha proporzionato la riduzione del prezzo in questione prendendo, come periodo di libertà del prezzo (*grace period*) goduto da H3G, un arco temporale di quattro anni, e ciò gli ha consentito di pervenire ad una riduzione del 13,3% e ad una tariffa massima di 16,26 centesimi di euro al minuto. Avrebbe dovuto invece considerare che H3G è sul mercato da cinque anni.

La censura, pur nell'indubbia delicatezza della problematica sottesa, non appare fondata.

Come si è detto, il prezzo da imporre ad H3G non è stato individuato dall'Autorità con un semplice calcolo matematico ma attraverso una serie di fattori, individuati al precipuo scopo di assicurare un equilibrio di mercato tra tutti gli operatori nello stesso presenti.

Tale previsione, unitamente alle altre contenute nell'impugnata delibera, costituisce frutto di un'attività tecnico - discrezionale che l'Autorità pone in essere, nell'esercizio dei poteri ad esso demandati dal D.L.vo n. 259 del 2003, al fine, come si è detto, di garantire l'equilibrio economico nel mercato della telefonia, evitando la presenza di posizioni dominanti che inibiscano l'accesso degli operatori minori o rendano più difficile la loro permanenza nel mercato. Proprio in considerazione della natura discrezionale dell'attività posta in essere dall'Autorità nella complessa valutazione e ponderazione dei diversi interessi in gioco, la stessa può essere sindacata da questo giudice nei ristretti limiti della illogicità ed irragionevolezza manifesta. In altri termini, il giudizio di discrezionalità tecnica qualificata delle Autorità indipendenti, in caso di corretta e completa acquisizione degli elementi di fatto rilevanti, è sindacabile esclusivamente sul piano della ragionevolezza e della congruità della valutazione, restando esclusi interventi di carattere sostitutivo incompatibili con l'opinabilità dei giudizi e con la non oggettività ed esattezza delle discipline di riferimento; pertanto, con riguardo a una valutazione complessa in funzione dell'applicazione di concetti giuridici indeterminati, il sindacato del giudice amministrativo è di tipo debole in quanto non è consentito un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del concetto indeterminato all'operato dell'Autorità e dovendo corrispondentemente darsi atto della ragionevolezza di una "riserva di amministrazione" in ordine al merito, con conseguente sottrazione delle relative valutazioni di opportunità ai poteri di indagine del giudice, specie laddove vengano in rilievo provvedimenti adottati, al di fuori del circuito dell'indirizzo politico, da un organo posto in posizione di particolare indipendenza nell'esercizio di poteri neutrali (T.A.R. Lazio, I Sez., 27 luglio 2008 n. 7549; Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2003 n. 1054 e 1 ottobre 2002 n. 5156).

Ciò chiarito, non appare al Collegio viziata da manifesta illogicità la scelta dell'Agcom di non considerare nel *grace period* (periodo di libertà tariffaria) l'intero arco temporale in cui H3G è sul mercato ma di sottrarre quello iniziale in cui ha avuto un numero esiguo di clienti e, quindi, di

entrate. In questo periodo il beneficio della cd. libertà di prezzi sarebbe stato, infatti, impercettibile. Si è già detto che nel primo anno (2003) di presenza sul mercato di H3G i suoi ricavi, per effetto dell'utilizzo dei servizi UMTS e della limitata disponibilità di apparecchi riceventi, sono stati pressoché nulli con la conseguenza che non appare irragionevole la decisione dell'Agcom di non considerare, nel determinare la riduzione del prezzo, il periodo di effettiva presenza di H3G sul mercato (cinque anni) ma solo quello in cui ha cominciato effettivamente a registrare ricavi (quattro anni).

2. Con il secondo motivo la ricorrente afferma che illegittimamente l'Autorità ha fissato il prezzo di terminazione per la controparte con un notevole ritardo rispetto alla decisione assunta nella delibera 3/06/Cons, nella quale aveva rinviato al massimo al 31 luglio 2006 la valutazione in ordine alla necessità o meno di estendere ad H3G gli obblighi previsti dall'art. 50 del Codice. Ha aggiunto che altrettanto illegittimamente è stata prorogata l'entrata in vigore della nuova tariffa dall'1 gennaio 2008 all'1 marzo 2008, in tal modo costringendola a corrispondere ad H3G un prezzo superiore per un ulteriore periodo di due mesi.

Ad avviso del Collegio la prima censura dedotta con il secondo motivo di ricorso non è suscettibile di positiva valutazione ove si consideri che il termine previsto nella delibera 3/06/Cons per chiudere la procedura ha carattere meramente sollecitatorio, non essendo collegato, al suo mancato esercizio nel predetto termine, la perdita del relativo potere in capo all'Autorità.

A diversa conclusione ritiene invece di dover pervenire relativamente alla seconda censura, risultando inconferente il richiamo negli scritti difensivi dell'Autorità all'art. 9 della delibera 3/06/Cons. Detta norma, al secondo comma, dispone infatti che "l'offerta di riferimento venga aggiornata con un preavviso di almeno sessanta giorni nel caso di variazione delle condizioni economiche dei servizi e con un preavviso di almeno novanta giorni nel caso di variazione delle condizioni tecniche di offerta dei servizi", dispone cioè il differimento della vigenza nel caso di offerta presentata dall'operatore, e non anche nell'ipotesi, che si verifica nel caso in esame, di tariffa autoritativamente imposta dall'Autorità regolatoria.

3. Nei limiti predetti il ricorso deve essere accolto, con conseguente annullamento del secondo comma della delibera 628/07/Cons.

Quanto alle spese di giudizio, può disporsi l'integrale compensazione fra le parti costituite in giudizio, attesa la complessità delle ragioni che le parti in causa hanno sottoposto all'esame del Collegio.

**PQM**  
P.Q.M.

### **Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione III Ter,**

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto annulla il secondo comma della delibera 628/07/Cons.

Compensa integralmente tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 22 gennaio 2009.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 29 GEN. 2009.

Note

**Ute:** lumsa0946 LUMSA

