

CONSIGLIO DI STATO

22 DICEMBRE 1997

PRESIDENTE DE LISE**ESTENSORE:** MILLEMAGGI

COGLIANI

PARTI: TELECOM ITALIA

MOBILE S.P.A.

(Avv. Guarino, Petrucci, Pellegrino)

MINISTERO POSTE E TELECOMUNICAZIONI

(Avv. Stato)

OMNITEL S.P.A.

(Avv. Merusi, Ripa di Meana)

**Telecomunicazioni •
Telefonia mobile • Roaming
• Accertamento copertura •
Ineffettuato • Interesse
legittimo • Violazione**

Il Ministero delle Comunicazioni doveva effettuare il controllo e la verifica della copertura nazionale di Omnitel prima di disporre il roaming biennale con le reti di Telecom Italia Mobile, poiché esiste in capo a quest'ultimo una posizione qua-

lificata riguardo a tale attività. Ai fini giustificativi dell'inadempienza della P.A. non assume rilievo né la natura autocertificatoria della dichiarazione di OPI, né la circostanza che nella Convenzione intercorsa non vi fossero norme che prevedessero una specifica autorizzazione al riguardo.

1.1. Con un primo ricorso notificato al Ministero delle poste e telecomunicazioni ed alla Omnitel Pronto Italia (OPI) S.p.A. in data 8 marzo 1996, la Telecom Italia Mobile (T.I.M.) S.p.A. impugnava, davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, le note 12 gennaio 1996 n. 137/PSG, 26 gennaio 1996 n. 322/PSG e 6 marzo 1996 n. 996/PSG, tutte a firma del Segretario generale del Ministero delle poste e telecomunicazioni, con le quali secondo quanto affermato dalla ricorrente — l'Amministrazione aveva stabilito di non dover provvedere formalmente in merito all'avvio del servizio commerciale da parte di OPI ed alla fornitura del servizio di roaming da parte di TIM in favore della stessa OPI ed aveva autorizzato quest'ultima ad avviare il servizio commerciale ed a pretendere da TIM l'erogazione del roaming sulla base di una sola sua dichiarazione unilaterale di avere raggiunto le condizioni di cui all'art. 5 dalla convenzione 2 dicembre 1994. Con le suddette note erano inoltre impugnati gli atti connessi e conseguenziali.

Il ricorso — rubricato al R.G. n. 884/95 — muovendo da talune premesse in tema di *roaming* nazionale e dalle vicende relative alle convenzioni intercorse fra la controinteressata e l'Amministrazione da un lato e fra la stessa ricorrente e l'Amministrazione dall'altro (approvate rispettivamente con DD.P.R. 2 dicembre 1994 e 22 dicembre 1994) in relazione al servizio di radiotelefonía mobile, evidenziava, in narrativa, come il Ministero avesse presunto il concretarsi dei presupposti perché OPI potesse avviare il servizio commerciale e pretendere da TIM il servizio di roaming nazionale sulla sola base di una comunicazione OPI (del 6 dicembre 1995) con la quale si assicurava il Ministero di avere raggiunto la copertura prevista dalla Convenzione e di avere adempiuto a tutti gli obblighi ai fini dell'inizio del servizio commerciale, nonché di un elenco delle stazioni radio-base dichiarate attive alla data del 7 dicembre 1995, con i relativi parametri di ubicazione e di emissione, corredato di una cartina del territorio italiano evidenziante le zone coperte, in alcun modo certificata da un qualche Istituto specializzato. E ciò nonostante che la documentazione inviata da TIM avesse reso evidente che la copertura OMNITEL non aveva raggiunto se non il 34-35% del territorio, sul convincimento erroneo ed ille-

gittimo della sufficienza e credibilità della dichiarazione OPI e della possibilità, per quest'ultima, di avviare il servizio commerciale senza una previa formale autorizzazione.

In diritto, erano denunciati, a carico degli atti impugnati, la violazione degli artt. 5 e 23 dei D.P.R. 2 dicembre 1994 e del 22 dicembre 1994 (con i quali erano state approvate le convenzioni OPI e TIM); ed eccesso di potere per difetto di istruttoria, comportamento contraddittorio e vizio della motivazione.

A sostegno delle anzidette censure erano dedotti i seguenti argomenti:

1° la condizione della copertura del 40% e comunque della totalità dei comuni capoluogo di regione opererebbe in modo vincolante nei confronti dell'Amministrazione sia per quanto attiene all'avvio della fase commerciale sia per quanto concerne la pretesa di erogazione del roaming nazionale da parte dell'altro concessionario che abbia a sua volta raggiunto la copertura del 40%, per il periodo di tempo previsto dalla convenzione;

2° l'obbligo di contrarre di TIM nascerebbe soltanto se ed in quanto il Ministero abbia prima accertato la sussistenza della copertura anzidetta e quindi formalmente autorizzato l'avvio della fase commerciale; lo stesso Ministero, con nota del 9 agosto 1995 (con la quale era autorizzato l'avvio della fase sperimentale), avrebbe precisato l'esigenza di un'apposita autorizzazione per l'avvio della fase commerciale, previo accertamento della sussistenza delle condizioni di cui all'art. 5 primo comma della convenzione, con la conseguenza che il mutato indirizzo avrebbe, dunque, richiesto, quanto meno, una specifica motivazione;

3° TIM, in assenza di formali determinazioni del Ministero, potrebbe trovarsi esposta a responsabilità qualora il roaming fosse da essa concesso in assenza di copertura da parte del concorrente; correlativamente, che l'Amministrazione, in omaggio ai principi di certezza e trasparenza, non avrebbe potuto esimersi dal porre in essere una adeguata istruttoria e di pronunciarsi formalmente sul raggiungimento della copertura prescritta;

4° l'Amministrazione avrebbe avuto comunque l'obbligo di comportarsi in modo da prevenire situazioni di incertezza e difficoltà dei concessionari;

5° la produzione da parte di TIM di documentazione comprovante che OPI, ancora in data 4 marzo 1996, aveva raggiunto una copertura agrantesi fra il 34/35%, avrebbe dovuto, se non altro, indurre a seri dubbi l'Amministrazione, in ordine alla dichiarazione OPI ed ai dati dalla stessa forniti;

6° illegittima e contraddittoria sarebbe l'affermazione secondo cui l'affidamento del roaming sarebbe una questione privata, rimessa alla negoziazione dei concessionari, malgrado l'estrema incertezza circa la sussistenza del presupposto;

7° il richiamo del Ministero al trattamento in precedenza praticato a TIM, per giustificare il proprio operato nei confronti di OPI, integrerebbe una sostanziale disparità di trattamento per avere l'Amministrazione trattato in modo eguale situazioni disuguali, dato che, a differenza di OPI, che ha ricevuto la concessione soltanto in data 2 dicembre 1994, TIM godeva già dal 1984, attraverso il dante causa (SIP poi Telecom) di una concessione poi prorogata al 2012; l'avvio del servizio commerciale GSM (da parte della SIP) aveva costituito oggetto di approva-

zione del Consiglio superiore tecnico P.T.A. con delibera 17 settembre 1992 e del C.d.A. del Ministero in data 29 settembre 1992, ed infine di autorizzazione ministeriale con nota 8 ottobre 1992 n. 00435 e che TIM, al momento dell'avvio del servizio commerciale, vantava già da oltre tre mesi una copertura al 50,82 del territorio nazionale; senza contare che la mancanza eventuale di copertura per TIM — al tempo — avrebbe avuto incidenza esclusivamente nei rapporti con l'Amministrazione, mentre per quanto riguarda OMNITEL vengono ad essere coinvolti interessi anche del terzo concorrente;

8° sarebbero illegittime le verifiche eventualmente svolte dall'Amministrazione in assenza di contraddittorio;

9° sarebbe stato violato l'art. 23 delle convenzioni OPI e TIM, nella parte in cui demanda al Ministero la soluzione di controversie eventualmente insorgenti fra i concessionari in relazione alla fornitura del roaming, nel cui ambito deve ritenersi ricompresa la questione relativa alla sussistenza del presupposto,

10° il vizio derivante dalla illegittima autorizzazione ad avviare il servizio commerciale ed a pretendere il roaming senza la sussistenza della prescritta copertura inficierebbe la procedura indipendentemente dalla veridicità della mera assicurazione data da OPI, in assenza di una disciplina che consenta l'autocertificazione.

1.2. Successivamente veniva proposto, davanti al medesimo Tribunale Amministrativo Regionale (dove veniva rubricato al R.G. n. 4363/96), altro ricorso della medesima T.I.M., notificato in data 4 aprile 1996, con il quale erano impugnati il provvedimento a firma del Ministro delle poste e telecomunicazioni del 12 marzo 1996 disciplinante la relazione fra i due concessionari di telefonia mobile GSM in tema di roaming, sulla base di quanto previsto dell'art. 23 delle rispettive convenzioni, ed il provvedimento in pari data, anch'esso a firma del Ministro, con il quale, in conseguenza della suddetta determinazione, veniva emesso « nulla osta » alla erogazione del roaming da parte di TIM in favore di OPI, e si sono adottate altre connesse determinazioni. Con clausola di stile erano anche impugnati tutti gli atti anteriori, connessi e conseguenti.

Muovendo dalle vicende che avevano dato luogo al precedente ricorso, TIM esponeva ulteriormente:

— di avere inviato, in data 7 marzo ad OPI (dandone contestuale notizia al Ministero) la documentazione in suo possesso dalla quale si desuemeva che ancora agli inizi del marzo 1996 quest'ultima noti aveva assicurato la copertura del 40%, offrendo alla concorrente di effettuare in contraddittorio gli stessi accertamenti compiuti dai propri incaricati;

— di avere ricevuto un netto rifiuto da parte di OPI, la quale a sua volta rinnovava la pretesa alla erogazione del roaming, con nota del successivo 8 marzo;

— di essersi rivolta al Ministero con nota 11 marzo 1996, con la quale, riepilogando le inadempienze sia della OPI che dell'Amministrazione si dichiarava pronta a concedere il roaming a partire dal 13 marzo 1996, a condizione che il Ministero a sua volta attestasse il proprio « nulla osta » al riguardo, con ciò garantendo che nessuna azione o contestazione sarebbe stata mossa da parte pubblica alla suddetta erogazione, allegando schema di contratto già sottoscritto da TIM ed inviato ad OPI per l'accettazione;

— che avevano fatto seguito i due provvedimenti oggetto di impugnazione, e la contestuale comunicazione che le verifiche sulla copertura OPI sarebbero continuate, presumibilmente in tempi non brevissimi;

— che, peraltro, il provvedimento adottato a norma dell'art. 23 delle convenzioni, illegittimamente non avrebbe assunto, a base delle determinazioni, lo schema di convenzione da ultimo trasmesso da TIM in data 11 marzo, bensì altro testo siglato da entrambe le parti soltanto per i punti non controversi e risalente al 9 ottobre 1995.

I provvedimenti impugnati con tale secondo ricorso sarebbero illegittimi per i seguenti motivi:

I) Illegittimità derivata (sulla base delle stesse ripetute, censure di cui al precedente ricorso);

II) violazione dell'art. 23 D.P.R. 2 e 22 dicembre 1994; eccesso di potere per errore nei presupposti di fatto e vizio della motivazione; violazione dei principi generali relativi al funzionamento degli organi collegiali;

III) eccesso di potere per ulteriore errore nei presupposti e difetto di motivazione;

IV) ancora errore nei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione; violazione dell'art. 32 della convenzione.

I provvedimenti sarebbero derivativamente illegittimi, in forza della illegittimità delle note impugnate in precedenza, che ne costituirebbero i presupposti (I motivo).

A parte ciò il Ministero si sarebbe immotivatamente sottratto al dovere di dirimere i punti controversi fra i due gestori, disattendendo il testo di convenzione già sottoscritto da TIM ed inviato per accettazione ad OPI, e tenendo invece conto di un testo soltanto siglato fra le parti in data 9 ottobre 1995; di tale modo di procedere il Ministero avrebbe dovuto rendere conto nella motivazione, anche in considerazione che il testo dell'11 marzo costituiva formale manifestazione di volontà di TIM, sul quale il Ministero avrebbe potuto formulare rilievi e chiedere chiarimenti, ma non decidere, senza prima avere disposto la convocazione delle parti ed averne sentito e valutato le opposte ragioni, ciò anche per considerazione che risulterebbe incomprensibile il procedimento logico seguito dall'Amministrazione nell'adottare, soltanto nel marzo del 1996, determinazioni aventi per base un documento siglato fra le parti già nel novembre 1995, senza che, al riguardo, varrebbe obiettare che le parti avessero esse stesse indicato nel 13 marzo 1996 la data in cui presumibilmente avrebbe potuto iniziare il servizio, trattandosi di data individuata sul presupposto (non verificato) della sussistenza della copertura territoriale del 40% da parte di OPI. Il Ministero non avrebbe potuto intervenire se non sulla base di un unico atto recante la firma di tutte le parti; lo stesso parere della Commissione (all'uopo nominata) che il Ministero afferma di avere sentito sarebbe illegittimo per non avere, la Commissione, tenuto presente l'intera documentazione relativa alla questione controversa, fra cui, principalmente, la lettera TIM dell'11 marzo 1996 ed il testo di contratto inviato ad OPI per l'accettazione, come risulterebbe evidente dalla brevità dei tempi tecnici impiegati per rendere il parere (II motivo).

A sua volta, il nulla osta ministeriale alla concessione del roaming sarebbe inficiato oltre che in via derivata, anche autonomamente, dagli stessi vizi dedotti, con il primo dei ricorsi, avverso le note 12 e 26 gennaio e 16 marzo 1996, perché emesso senza alcuna verifica della copertura, e senza tenere conto di fatti ostativi sopravvenuti quali:

— il chiarimento da parte della stessa la stessa OPI che l'assicurazione a suo tempo resa in ordine alla sussistenza della copertura non poteva assumere valore di autocertificazione;

— il rifiuto di OPI di effettuare accertamenti in contraddittorio con TIM;

— la mancanza di contestazione da parte di OPI della validità dalla documentazione trasmessa da TIM per dimostrare la mancanza di copertura;

— la circostanza che lo stesso Ministro abbia previsto, all'atto dell'adozione dei provvedimenti, tempi lunghi per effettuare le necessarie verificazioni.

In tale situazione, l'Amministrazione, a tutto concedere, avrebbe dovuto subordinare l'inizio del servizio commerciale e la concessione del roaming da parte di TIM al previo accertamento amministrativo della sussistenza della condizione più volte richiamata (III motivo).

I vizi istruttori derivanti dalla omissione di controllo da parte del Ministero sarebbero insanabili ed inficerebbero, irrimediabilmente, i provvedimenti impugnati (IV motivo).

1.3 In entrambi i ricorsi sono stati proposti separati ma coincidenti motivi aggiunti, a seguito di deposito in giudizio di documentazione.

Con essi, facendo riferimento alla dichiarazione OPI di avere raggiunto il limite di copertura prescritto dalla convenzione ai fini dell'avvio della fase commerciale, la ricorrente si duole che l'Amministrazione abbia attribuito valenza di autocertificazione alla « assicurazione » resa, sul punto, dalla concorrente nonostante che risultasse evidente che la metodologia sulla cui base la controinteressata aveva effettuato i propri accertamenti non era mai stata autorizzata, con ciò ulteriormente incorrendo nei vizi di violazione degli artt. 5 e 23 della Convenzione (anche in relazione all'all. B), ed in eccesso di potere per errore nei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione.

1.4. Amministrazione e controinteressata, costituitesi nei giudizi, eccepivano in entrambi i ricorsi, l'inammissibilità delle impugnazioni e comunque, nel merito, la mancanza di fondamento.

1.5. La Sezione seconda del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, con ordinanza del 22 aprile 1996, riuniti i ricorsi, disponeva il deposito di documentata relazione da redigersi sulla base di accertamento in contraddittorio, in ordine allo stato di copertura effettivo, sia del territorio nazionale, sia della totalità dei Comuni capoluogo di Regione, ivi compresi i siti segnalati dalla ricorrente come insufficientemente coperti, con specifico riferimento alle date del 6 dicembre 1995, del 13 marzo 1996 e della effettuazione dell'accertamento.

All'esito dell'istruttoria, chiamata la causa alla pubblica udienza del 23 ottobre 1996, il Tribunale, con sentenza n. 2003 del 7 novembre successivo, ha dichiarato entrambi i ricorsi inammissibili:

a) quanto al primo

— per difetto di legittimazione attiva di TIM ad impugnare le procedure che hanno portato all'avvio del servizio commerciale da parte di OPI;

— perché l'avvio del servizio commerciale, in base alle convenzioni, non prescriverebbe l'esercizio di un previo potere autorizzatorio e/o verificatorio;

— perché, ove il ricorso possa intendersi diretto a sindacare il mancato o non corretto esercizio delle potestà di controllo e vigilanza da parte dell'Amministrazione — mancherebbe un termine per l'esercizio di tali attività, dal cui mancato rispetto possa farsi discendere la proponibilità dell'azione;

— specificamente, in relazione alla nota 6 marzo 1996, per mancanza di carattere provvedimentale;

b) quanto al secondo

— perché il diritto di OPI a fruire dell'erogazione del roaming da parte di TIM nascerebbe non già dalla convenzione OPI-Ministero, bensì direttamente ed immediatamente dalla convenzione TIM-Ministero e dalla circostanza dell'aver TIM raggiunto i relativi oneri di copertura;

— ed, inoltre, per non avere TIM precisato quale lesione deriverebbe nella sua sfera giuridica dall'aver il Ministro preso in considerazione, ai fini del provvedimento relativo alla erogazione del roaming, la convenzione 9 ottobre 1995 (soltanto) siglata, e non anche lo schema di testo convenzionale inviato in data 11 marzo 1996.

Malgrado la declaratoria di inammissibilità di entrambi i ricorsi, il giudice di primo grado si è peraltro soffermato anche su aspetti specifici della controversia rilevandone, per profili vari, la mancanza di fondamento, nel merito.

2.1. Avverso l'anzidetta sentenza propone appello la TIM S.p.A. con ricorso notificato il 24 gennaio 1994, contenente 22 capi di argomentazioni intesi a contestare la declaratoria di inammissibilità, il ventitreesimo capo volto ad investire gli atti oggetto delle originarie impugnazioni e per il resto volto a sostenere la rilevanza, ai fini della decisione, del comportamento processuale dei resistenti nel primo grado del giudizio. Più specificamente:

1) La posizione giuridica del ricorrente avrebbe dovuto essere valutata tenendo conto della natura esclusiva della giurisdizione affidata nella materia al giudice amministrativo, con riguardo anche ad atti e comportamenti negoziali (sia pure di natura omissiva ed inadempitiva) dell'Amministrazione concedente. In buona sostanza il giudice avrebbe dovuto cogliere, nelle proposte impugnazioni, il contenuto sostanziale, volto a conseguire la valutazione della lesione derivante, nella sfera giuridica del concessionario, da atti e comportamenti dell'Amministrazione concretatisi nel consentire al concorrente l'attivazione del servizio prima di avere accertato la sussistenza dei presupposti ed a pretendere la concessione del roaming da parte del gestore già attivo sul mercato. In tale differente prospettiva, non potrebbe negarsi la sussistenza dell'interesse di TIM a vedere accertato se lo standard di copertura di OPI fosse stato raggiunto al 6 dicembre 1996 (data di avvio della fase commerciale) ed al 13 marzo 1996 (inizio dell'erogazione del roaming), dipendendo dai suddetti elementi la valutazione giudiziale della legittimità e liceità del comportamento dell'amministrazione nel rapporto con il concessionario, entrambi riconducibili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La posizione legittimante di TIM avrebbe dovuto essere affermata in relazione all'obbligo di contrarre nascente dalla convenzione, in stretta

connessione con l'accertamento della sussistenza in concreto del suddetto obbligo nei confronti dell'altro concessionario e del correlativo diritto di OPI di fruire del roaming, problema che il giudice di primo grado avrebbe dovuto risolvere in termini di fondamento della pretesa e non anche, come erroneamente avvenuto, in termini di inammissibilità dell'azione.

II) Sarebbe sfuggita al giudice di primo grado la sussistenza di una disciplina di settore dalla quale sarebbe agevole desumere la tutela della posizione di vantaggio economico imprenditoriale di TIM. Essa risulterebbe dal complesso normativo derivante dalle norme primarie e secondarie che delle due concessioni costituiscono comune ed identico presupposto e dalle stesse norme desumibili dalle convenzioni. In particolare, per ciò che riguarda le convenzioni, il riferimento alla posizione dell'altro concessionario emergerebbe dall'art. 19 (riguardante l'utilizzo della rete mobile), dall'art. 23 (concernente il roaming nazionale), dall'art. 24 (relativo alla condivisione degli impianti).

III) In tale ambito, assumerebbe rilievo, la disposizione convenzionale che pone l'obbligo, per il concessionario, di realizzare la rete necessaria per la gestione del servizio, il cui adempimento sarebbe in relazione di strumentalità rispetto all'attività concessa, essendo possibile l'avvio in presenza di un adempimento parziale; soltanto allorché la realizzazione della rete è sufficiente ad assicurare condizioni minime di efficienza del servizio. Sarebbe in sostanza sfuggito al Tribunale che il servizio GSM non poteva essere attivato senza che prima almeno uno dei due concessionari avesse raggiunto lo standard di copertura richiesto dall'art. 5 della rispettiva convenzione, e che d'altra parte, l'attivazione della concorrenza non sarebbe stata possibile se non quando entrambi i concessionari avessero raggiunto tale standard di copertura. Ne conseguirebbe, in termini sostanziali, che la dichiarazione del concessionario di avere raggiunto il limite minimo di copertura per l'avvio del servizio commerciale richiederebbe, alla stregua della disciplina di settore, la previa verifica, da parte dell'Amministrazione, della sussistenza del presupposto, e di contro, la sussistenza di una posizione qualificata del concessionario concorrente di dolersi della mancata o della insufficiente verifica del presupposto da parte dell'Amministrazione, avente come conseguenza quella di consentire l'attivazione del servizio al di fuori delle condizioni previste dalle regole del rapporto.

Ulteriore legittimazione nascerebbe dall'obbligo di contrarre, strettamente correlato all'avvio della fase commerciale, cosicché non potrebbe revocarsi in dubbio l'interesse di TIM di contestare la sussistenza dei presupposti, essendo del tutto erronea l'affermazione secondo cui l'obbligo posto dalla convenzione sarebbe indipendente dal raggiungimento della copertura minima da parte dell'altro concessionario.

IV) Quanto sopra troverebbe conferma nel secondo comma dell'art. 5 della convenzione, dove è stabilito che il concessionario — dopo avere raggiunto con i propri impianti almeno il 40% della copertura (e cioè dopo avere avviato il servizio commerciale) deve, nel termine di cinque anni, raggiungere la più ampia copertura del 70% del territorio nazionale anche «attraverso ... il roaming nazionale nei termini previsti dai successivi artt. 23 e 24», da cui si ricaverebbe che nessun obbligo di fornire il roaming potrebbe nascere a carico del singolo gestore sinché l'altro non abbia raggiunto lo standard di copertura di cui all'art. 5.

V) Sarebbe con ciò anche dimostrata l'ammissibilità del secondo ricorso, in ordine al quale la declaratoria del Tribunale sarebbe inficiata anche da errore di fatto nella parte in cui afferma che TIM aveva già convenuto un testo convenzionale con la controparte OPI, sostituito unilateralmente. Al contrario, il testo del 9 ottobre 1995 conteneva punti controversi, opportunamente segnalati, riguardanti sia il momento dal quale avrebbe dovuto decorrere l'avvio del roaming, sia l'accertamento da parte del Ministero del raggiungimento del presupposto di cui all'art. 5 della convenzione.

VI) La legittimazione alla impugnazione sussisterebbe comunque in relazione ai vizi propri degli atti impugnati, di cui sarebbe stata erroneamente negata la natura provvedimentoale, con particolare riferimento alla necessità di una previa determinazione dell'Autorità competente ai fini della concessione del roaming ed alla mancanza di valore del preteso accordo dell'ottobre 1995.

VII) Il giudice avrebbe omesso di esaminare, ai fini che interessano, gli aspetti sostanziali della questione. Se ciò avesse fatto, si sarebbe reso conto che, in presenza di un contrasto sui presupposti dell'obbligazione di fornire il roaming, l'amministrazione non avrebbe potuto esimersi dall'assumere puntuali provvedimenti idonei ad imporre a TIM la concessione del roaming. In definitiva erroneamente la sentenza impugnata non avrebbe percepito l'esistenza di una aspettativa protetta a che il Ministero accertasse la sussistenza degli impegni di copertura prescritti per OPI, sia quale interesse autonomo al rispetto delle condizioni di leale competitività, come disciplinate dall'art. 5 delle convenzioni, sia quale interesse alla esistenza del presupposto da cui dipendeva, ai sensi dell'art. 23 delle medesime convenzioni, il proprio stato di soggezione in relazione alla concessione del roaming.

VIII) Entrambi i ricorsi, dunque, sarebbero da considerare ammissibili.

Gli stessi peraltro sarebbero anche fondati.

IX) Sarebbe erronea l'affermazione secondo cui il limite minimo fissato per l'avvio del servizio commerciale dall'art. 5 avrebbe carattere meramente tendenziale.

X) Non potrebbe negarsi il carattere autoritativo del provvedimento ministeriale che, adottato senza la verifica della sussistenza del presupposto, non si sottrarrebbe alle censure di violazione della convenzione e di eccesso di potere per insussistenza del presupposto e non corretto esercizio della discrezionalità.

XI) Sotto ulteriore profilo, la sussistenza del presupposto non poteva legittimamente ritenersi che si fosse verificata, sulla base, esclusivamente della autocertificazione di OPI (come erroneamente ritenuto dal giudice di primo grado). Il metodo previsionale PLANET, su cui si basa la dichiarazione OPI, poteva essere utilizzato appunto in sede di previsione, ma non anche per verificare l'effettività della copertura e comunque sul punto la concorrente avrebbe reso non una autocertificazione, ma una mera assicurazione, priva di valore ed efficacia autocertificativa.

XII) Nell'attribuire alla dichiarazione OPI natura ed efficacia di autocertificazione, il Tribunale sarebbe anche incorso in errore di diritto, oltre che di fatto, non avendo rilevato che un atto può assumere efficacia autocertificatoria soltanto se tale effetto sia specificamente previsto dalle norme, mentre, nella specie, il contesto normativo di riferimento esclude-

rebbe una tale efficacia alla « assicurazione » della copertura del 40% di cui all'art. 5 delle convenzioni. Del resto, la non ammissibilità di autocertificazione discenderebbe dalla nota 9 agosto 1995, con la quale si precisava che l'avvio della fase commerciale doveva essere previamente autorizzata, previa verifica delle condizioni di cui all'art. 5 della convenzione.

XIV) Erroneamente poi il Tribunale, respingendo le censure formulate al riguardo da TIM, avrebbe ritenuto equiparabili le posizioni dei due concessionari, senza tenere conto della pregressa posizione di TIM, in qualità di avente causa dalla concessionaria esclusiva.

XV) La declaratoria di inammissibilità avrebbe poi impedito al TAR di pronunciarsi su entrambi i motivi aggiunti presentati nei due ricorsi; volti a sindacare il valore attribuito dall'Amministrazione alla dichiarazione OPI, senza essersi previamente pronunciata sulla validità della metodologia adoperata per verificare la copertura.

XVII) La tesi difensiva dell'Avvocatura, secondo cui il comportamento dell'Amministrazione, in sede di avvio della fase commerciale, avrebbe avuto natura cautelare e provvisoria, non reggerebbe a fronte della considerazione che in nessuna parte delle convenzioni sarebbe rinvenibile una disposizione che autorizzi comportamenti di tal fatta. Peraltro, anche se ciò fosse, l'Amministrazione avrebbe dovuto prefigurare tempi e modi dell'accertamento definitivo. In ogni caso, al riguardo, postume ed inammissibili sarebbero le considerazioni svolte dall'Avvocatura dello Stato.

XVIII) A tutto concedere, poi, un accertamento sommario e provvisorio, quand'anche ammissibile in sede di avvio della fase commerciale, non si giustificerebbe in relazione alla costituzione dell'obbligo di TIM di concedere il roaming.

I provvedimenti impugnati con il ricorso n. 4363 del 1996 sarebbero dunque illegittimi perché basanti su un accertamento provvisorio e cautelare, ed in estremo subordine per mancata enunciazione dei tempi e dei modi in cui l'Amministrazione avrebbe provveduto all'accertamento definitivo che pure espressamente enunciava che avrebbe posto in essere.

XIX) L'impossibilità giuridica di affidarsi ad un'autocertificazione ai fini dell'avvio dell'esercizio commerciale varrebbe a maggior ragione con riferimento al « nulla osta » per la concessione dal roaming da parte di TIM ad OPI, in quanto l'Amministrazione avrebbe dovuto tenere conto dei fatti nuovi nel frattempo verificatisi e della documentazione offerta da TIM e della precisazione di OPI di non avere voluto attribuire valore di autocertificazione alla sua dichiarazione.

XX) L'affermazione del Tribunale secondo cui OPI, fin dal dicembre 1995, avrebbe posto in essere una struttura in grado di coprire aree del territorio nazionale prossime al dato percentuale richiesto, si porrebbe poi in modo contraddittorio con la mancanza di alcuna precisazione, nella sentenza impugnata, circa l'indice di copertura al 12 marzo 1996. Sul punto, il giudice di primo grado avrebbe errato anche nel ritenere sussistente la discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, dal momento che non risulterebbe che di detta discrezionalità l'Amministrazione abbia fatto uso individuando una appropriata metodologia di accertamento.

XXI) Peraltro, da documentazione esibita dall'Amministrazione in prossimità dell'udienza di discussione in primo grado (il giorno 16 ottobre 1996) risulterebbe con sufficiente evidenza che il Ministero non si sarebbe mai seriamente posto il problema di accertare la consistenza della

copertura al 6 dicembre 1995 e che comunque i dati OPI relativi a tale data ed alle date successive non sarebbero stati attendibili anche sulla base del modello Planet utilizzato.

Ad ogni buon conto gli accertamenti posti in essere dall'Amministrazione sulla base dell'ordine istruttorio impartito dal Tribunale Amministrativo Regionale adito dimostrerebbe, da un lato, che il Ministero, in realtà senza l'esistenza di effettivi ostacoli di ordine tecnico avrebbe omesso di compiere tempestivamente gli accertamenti richiesti da TIM e che, d'altra parte, anche nella sede istruttorio, sarebbero emersi comportamenti omissivi che il giudice di primo grado avrebbe dovuto interpretare a favore della parte ricorrente.

XXII) Ai rilievi che precedono, va ad aggiungersi la censura di omesso giudicato, mancando ogni pronuncia sui motivi aggiunti, proposti separatamente in ciascuno dei ricorsi decisi.

XXIII) L'erroneità della sentenza per quanto riguarda la declaratoria di inammissibilità manterrebbe intatto il vigore dei motivi del 1° come del 2° ricorso e dei relativi motivi aggiunti, per la cui formulazione l'appellante rinvia agli atti originari, facendosene in appello cenno riassuntivo esclusivamente per completezza nei seguenti termini:

— l'Amministrazione avrebbe dovuto verificare la sussistenza della copertura OPI a garanzia dell'utenza, della efficienza e della regolarità del servizio pubblico, assunto a tutela del secondo gestore;

— l'Amministrazione, astenendosi dall'adottare un provvedimento formale per consentire ad OPI l'avvio del servizio commerciale, si sarebbe posta in contraddizione con se medesima, in quanto la formale autorizzazione previa verifica dei presupposti era stata da essa espressamente prevista con nota del 9 agosto 1995;

— l'obbligo di contrarre di TIM per quanto concerne il roaming, attenendo ad una modalità del servizio e comportando una estensione dello stesso, sarebbe subordinato ad una previa disposizione impartita dal Ministro allo scopo;

— sarebbe obbligo dell'Amministrazione non solo prevenire condizioni che creino situazioni di incertezza per i concessionari ma a maggior ragione non crearne;

— il Ministero non avrebbe eseguito adeguata istruttoria, resa tanto più indispensabile in presenza dei dati tecnici forniti da TIM;

— l'Amministrazione sarebbe caduta in contraddizione nel non prendere in considerazione i dati suddetti o, quanto meno, nel non imporre misure cautelari a carico di OPI;

— le situazioni dei due concessionari non sarebbero state comparabili e quindi non avrebbero potuto essere trattate alla stessa maniera ai fini istruttori;

— sarebbero stati violati gli artt. 7 e 10 della L. n. 241 del 1990 dal momento che si sarebbero fatti gravare su TIM oneri ed obblighi, senza che la stessa fosse stata chiamata nel procedimento;

— specificamente, risulterebbe violato l'art. 23 delle convenzioni TIM ed OPI, dovendo il Ministero pronunciarsi sui punti controversi;

— Il Ministero sarebbe incorso in errore di fatto avendo omesso di rilevare il punto controverso relativo all'inizio del periodo di erogazione del roaming;

— più in generale sarebbe viziato l'aver consentito l'avvio del servizio commerciale in assenza del presupposto richiesto dalla convenzione concessoria e senza alcuna previa verifica.

Per quanto riguarda il secondo ricorso, vengono ribaditi:

— l'errore in cui sarebbe incorso il Ministero nel ritenere che TIM avesse accettato incondizionatamente di dare inizio al servizio roaming a partire dal 13 marzo 1996;

— il vizio derivante dall'aver, il Ministero, assunto a base della sua determinazione la convenzione del 9 ottobre sul falso presupposto che l'atto fosse stato sottoscritto da entrambe le parti;

— il riferimento, contenuto nell'atto, ad un parere di cui non si conoscevano né gli estremi né il contenuto;

— l'errore di fatto sulla cui base è stato attribuito valore di autocertificazione alla dichiarazione OPI;

— la contraddittorietà insita nel rilascio del nulla-osta nonostante il riconoscimento, da parte della stessa Amministrazione, di non poter effettuare in tempi brevissimi la necessaria verifica della copertura;

— l'omessa considerazione delle contestazioni TIM in merito alla insufficienza della istruttoria;

— l'errore nella identificazione del contenuto della dichiarazione OPI del 6 dicembre e l'omessa valutazione della validità della metodologia di riferimento.

XIV Conclusivamente, sostiene l'appellante, che il comportamento processuale dell'Amministrazione — nel corso dell'istruttoria svoltasi nel giudizio di primo grado — dovrebbe fare assumere per provati i dati di fatto su cui poggiano le azioni.

3.1. Si sono costituite in giudizio, per resistere all'appello, la controinteressata e l'Amministrazione statale.

L'appello sarebbe inammissibile sotto vari profili, i quali possono così essere riassunti:

— sarebbe innovativa, rispetto al ricorso di primo grado, la prospettazione, per la prima volta in appello, della lesione di posizioni di diritto soggettivo nascenti dalla convenzione e tutelabili davanti al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva;

— in ogni caso, nella specie, la lesione di diritti nascenti dalla convenzione non sarebbe tutelabile davanti al giudice amministrativo, stante la clausola compromissoria contenuta nell'art. 49 della convenzione;

— ad ogni buon conto, mancherebbe, nell'atto di appello, la riproposizione dell'originaria impugnazione.

L'appello, poi, sarebbe infondato.

Correttamente il giudice di primo grado avrebbe dichiarato inammissibili i ricorsi di primo grado, i quali, comunque sarebbero infondati per le ragioni che il Tribunale non ha mancato di evidenziare malgrado la declaratoria di inammissibilità.

4. In sede di camera di consiglio per l'esame della domanda incidentale di sospensione proposta dall'appellante, è stata disposta istruttoria con una prima ordinanza collegiale n. 149/97, successivamente integrata da ordinanza collegiale n. 990/97 e, ad incumbenti espletati, con successiva ordinanza presidenziale è stata ulteriormente integrata la documentazione relativa alla controversia.

Infine, sulla base dei dati istruttori acquisiti al processo nell'anzidetta sede istruttoria e dei numerosi scritti difensivi delle parti costituite, la

causa, chiamata alla pubblica udienza del 7 novembre 1997, è stata trattata in decisione.

DIRITTO. — 1. La controversia concerne l'avvio del servizio commerciale, da parte di Omnitel Pronto Italia (più brevemente OPI), di telefonia mobile paneuropeo di tipo digitale basata sulla norma GSM (di seguito indicato con la sigla GSM) e la correlativa pretesa di servirsi del roaming nazionale per la propria clientela, per le aree del territorio nazionale non coperte dai propri impianti, cui si contrappone la pretesa della originaria ricorrente (Telecom Italia Mobile, o, più brevemente, TIM) di non vedere attivato il suddetto servizio prima di una formale autorizzazione dell'Amministrazione, previo accertamento della copertura del 40% del territorio nazionale e comunque dalla totalità dei comuni capoluogo di regione da parte della concorrente, e di non essere tenuta a fornire il roaming, anteriormente al verificarsi delle suddette condizioni.

Il servizio GSM (il quale, nell'ambito della telefonia mobile, si basa su un sistema avanzato di elevatissima potenzialità rispetto ai più tradizionali servizi operanti sulla base di una tecnologia analogica e che consente agli utenti di fare e ricevere chiamate anche durante i loro spostamenti nell'ambito della Comunità europea), prima di essere ammesso alla concorrenza di più gestori, era stato gestito, nello Stato italiano, in regime di monopolio, dal titolare della concessione dalla telefonia a rete fissa (dapprima SIP, poi Telecom Italia) unitamente al servizio di radiotelefonia analogica TCS.

Successivamente, a seguito della determinazione della conferenza europea delle amministrazioni delle poste e telecomunicazioni (CEPT) e dell'invito rivoltagli dalla Commissione delle Comunità europee (in data 29 luglio 1993) nonché per l'intervento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, lo Stato italiano ha dato avvio alla apertura alla concorrenza del servizio GSM e, a tal fine, ha bandito, con D.M. 15 dicembre 1993, apposita gara, aggiudicata ad OPI in qualità di secondo gestore.

Alle date del 30 novembre e del 16 dicembre 1994 sono state stipulate due convenzioni bilaterali — rispettivamente fra il Ministero delle poste e telecomunicazioni ed OPI e la medesima Amministrazione e Telecom Italia — approvate poi con i DD.P.R. del 2 e 22 dicembre 1994 (in G.U. 31 gennaio 1995).

A seguito, poi, di scissione dalla Telecom Italia, veniva costituita, in data 28 giugno 1995 la Telecom Italia Mobile, in cui venivano conferiti i rami aziendali relativi tanto al servizio TACS quanto a quello GSM regolato, quest'ultimo, dalla medesima convenzione già intercorsa con Telecom Italia, per effetto del D.M. 17 marzo 1995.

2. Nel presente giudizio, il primo nodo da sciogliere è se TIM sia titolare di una posizione qualificata in relazione a provvedimenti ed atti (eventualmente anche di contenuto negativo) del Ministero delle poste e telecomunicazioni che ineriscano all'avvio dell'esercizio commerciale da parte di OPI, ed alla fruizione, da parte della stessa, del servizio di roaming Nazionale che l'altro dei concessionari è obbligato a fornirle, al verificarsi di determinate condizioni.

Infatti, a fronte delle domande di TIM, volte a contestare, nella sostanza, la possibilità, per la seconda concessionaria, di avviare il servizio commerciale e di ottenere il roaming senza il previo raggiungimento della

copertura effettiva del 40% del territorio nazionale e senza che, al riguardo fossero intervenute congrua verifica ed autorizzazione dell'Amministrazione, il giudice di primo grado è pervenuto alla conclusione che la ricorrente non fosse titolare di legittimazione e, per tale profilo, ha dichiarato l'inammissibilità di entrambi i ricorsi, sia pure approfondendo poi ulteriori specifici profili di inammissibilità e — *incidenter tantum* — entrando anche nel merito di talune delle censure proposte.

3.1. Preliminarmente devono essere esaminate le eccezioni di inammissibilità dell'appello, sollevate da parte resistente sulla considerazione della prospettazione, da parte di TIM, soltanto in questo grado del giudizio, di posizioni di diritto soggettivo riconducibili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di concessioni del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in presenza della clausola compromissoria contenuta nell'art. 49 delle convenzioni che deferisce all'esame di un apposito collegio arbitrale « tutte le controversie che sorgano in sede di applicazione » di ciascuna delle convenzioni di cui si tratta, e della circostanza che non sarebbero stati riproposti in appello i motivi originari dei ricorsi di primo grado.

3.2. Per il primo profilo, deve rilevarsi che non si configura una *mutatio libelli* nelle ragioni poste da parte appellante a sostegno della propria posizione legittimante.

Si tratta infatti di argomenti difensivi che non aggiungono nessuna novità agli originari motivi di impugnazione, in quanto esclusivamente rivolti ad evidenziare l'erroneità del procedimento logico-giuridico seguito dal giudice nel pervenire alla pronuncia di inammissibilità.

In questo senso devono essere infatti intese le considerazioni sulla natura esclusiva della giurisdizione e sulla necessità, dunque, di considerare la posizione legittimante non soltanto in funzione della tutela indiretta nascente dalla soddisfazione dell'interesse pubblico alla gestione del servizio di telefonia di cui si tratta, ma anche in relazione all'insieme dei diritti e degli obblighi nascenti, dalle due convenzioni, considerate come complesso organico destinato a regolare, non soltanto, isolatamente, le relazioni bilaterali fra Amministrazione ed i singoli concessionari, ma anche quelle nascenti fra i concessionari medesimi, in forza della concorrenza determinata dall'esercizio di uno stesso servizio pubblico e dell'obbligo di contrarre, a ciascuno imposto, dalla disciplina convenzionale, in favore dell'altro concessionario.

Sotto altro aspetto, quand'anche il richiamo alla giurisdizione esclusiva lasci intendere che la pretesa impugnatoria sia stata esercitata a tutela di veri e propri diritti soggettivi in capo alla concessionaria ricorrente, e, più precipuamente, del diritto all'esercizio del controllo, da parte dell'Amministrazione, circa l'effettività della copertura del 40% da parte dell'altro concessionario, a garanzia della posizione accordata alla TIM nell'assetto organizzativo del servizio di telefonia ed alla soggezione nascente, nell'ambito del rapporto concessorio, alla fornitura del roaming, neanche in tal caso può ritenersi che operino le preclusioni eccepite.

La forma impugnatoria di atti i quali negano la sussistenza dell'obbligo di provvedere (in cui si sostanzia, in radice, la pretesa di TIM, quanto meno con riferimento al primo dei ricorsi originari) non esclude infatti, la natura sostanzialmente dichiarativa dell'azione proposta, come è ap-

parso da tempo chiaro alla giurisprudenza nella differente, ma analoga, ipotesi di impugnazione del silenzio-rifiuto.

Senza contare che la non omologa qualificazione della posizione lesa (di diritto soggettivo piuttosto che di interesse legittimo), da parte dell'appellante, rispetto a quanto prospettato nel ricorso introduttivo, non incide — quale elemento di novità — sulla ammissibilità dell'appello, allorché rimangano identici, come nella specie, la domanda e le ragioni poste a suo fondamento, spettando comunque al giudice investito della controversia di accertare la natura della posizione giuridica dedotta in giudizio, indipendentemente dalle allegazioni di parte.

Nella specie, assume rilievo invece l'esclusività della giurisdizione, per la circostanza di non incidere, l'una o l'altra qualificazione, sull'ambito di cognizione del giudice adito, e di dovere essere risolto, il problema della legittimazione, sulla base di uno spettro più ampio di valutazione dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio, come correttamente dedotto dall'appellante.

3.3. Con riferimento all'eccepito difetto di giurisdizione, è appena il caso di precisare che la clausola compromissoria inserita nelle due convenzioni, ancorché adotti una formula onnicomprensiva, con riguardo a « tutte le controversie che sorgano in sede di applicazione della presente convenzione », deve essere interpretata conformemente alle regole che disciplinano la possibilità di addivenire alla composizione di una lite al di fuori dall'ambito giudiziale: devono, pertanto, ritenersi escluse dal deferimento al collegio arbitrale le questioni relative a diritti rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (Cass. S.U. 4 luglio 1981 n. 4360 e 2 maggio 1979 n. 2522), concernendo, la previsione convenzionale di cui si tratta, soltanto quelle posizioni che, nell'ambito della materia concessoria di cui si tratta, sono tuttavia riservate al giudice ordinario (Cass. S.U. 24 febbraio 1981 n. 1112).

3.4. Del pari deve essere disattesa l'eccezione relativa alla mancata riproposizione dei motivi di appello, sulla considerazione che l'originalità della forma non incide sulla ammissibilità dell'azione nella sua globalità, essendo presenti i contenuti minimi dell'azione, volta all'annullamento degli atti impugnati in primo grado, sulla base della violazione degli artt. 5 e 23 delle due convenzioni e dell'eccesso di potere, sotto i profili del difetto di istruttoria e della motivazione nonché del comportamento contraddittorio, dedotti tanto nel primo che nel secondo ricorso, ed in quest'ultimo anche in via derivata.

Come anticipato in narrativa, alla riproposizione dei motivi di appello è specificamente dedicato il capo XXIII del ricorso d'appello, nel quale tutte le censure vengono riprodotte sia pure in forma sintetica; ma a ben vedere, gli stessi argomenti adoperati per confutare le argomentazioni della sentenza impugnata, anche con riferimento alle considerazioni incidentali concernenti il merito delle controversie, assolvono altresì alla funzione di sostenere l'ammissibilità dei ricorsi proposti in primo grado ed il fondamento, nel merito, degli originari motivi di censura, che di volta in volta vengono riproposti a sostegno dell'impugnazione.

4.1. Ciò premesso, il procedimento logico seguito dal giudice di primo grado nel pervenire alla pronuncia di inammissibilità per difetto di legittimazione, non può essere condiviso.

Non sembra infatti adattabile al caso in esame l'orientamento secondo cui l'interesse di un'impresa a conservare la situazione di vantaggio derivante nell'esercizio dell'attività concessa non assume rilevanza nel procedimento concessorio riguardante il terzo, se non nel caso e nei limiti in cui sia la stessa norma d'organizzazione, dalla quale l'esercizio del potere è regolato, ad imporne la valutazione in quel procedimento.

Infatti, nel presente giudizio — che investe, non il procedimento concessorio (come espressione del potere costitutivo dell'Amministrazione di immettere nel proprio assetto organizzativo ulteriori operatori economici, oltre a quello già titolare di una concessione del medesimo servizio pubblico), bensì, immediatamente, le vicende dinamiche di rapporti concessori in atto — il problema dell'appartenenza o della estraneità della posizione soggettiva di uno dei concessionari rispetto ad atti della Amministrazione concedente che regolano interessi inerenti all'altra concessione, deve essere risolto, in concreto, con specifico riferimento alla incidenza che gli atti in questione siano, in ipotesi, idonei ad avere nella sfera giuridica di ogni concessionario, con riferimento alla posizione di vantaggio assicurata, a ciascuno, dagli atti di concessione ed ai limiti reciproci o, come nella specie, agli obblighi che ne conseguono, per effetto della contitolarità nella gestione del servizio pubblico e della compartecipazione di tutti e di ciascuno alla organizzazione amministrativa di quello specifico settore.

In tale differente prospettiva, deve aversi riguardo, in concreto, alla disciplina giuridica dei singoli rapporti, ove, come nella specie, le attività commerciali dei concessionari siano idonee a determinare, al verificarsi di determinati presupposti, situazioni di soggezioni, di diritti e di obblighi nei rapporti reciproci dei concessionari fra di loro o nei riguardi dei rispettivi utenti.

4.2. Muovendo da tali considerazioni, la sussistenza di una posizione giuridica qualificata, in capo al concessionario, con riferimento all'avvio del servizio commerciale da parte del concorrente ed al correlativo esercizio del potere di vigilanza del Ministero competente in ordine alla sussistenza della copertura prevista dall'art. 5 primo comma delle convenzioni, deve desumersi dalla coordinata lettura della norma citata con le disposizioni contenute nell'art. 23 delle convenzioni medesime.

Il primo comma dell'articolo da ultimo citato dispone, al primo inciso, che, fermo l'obbligo di copertura del servizio di cui all'art. 5 primo comma, « per i primi ventiquattro mesi dall'avvio del servizio è fatto obbligo alla Società di stipulare con l'altra concessionaria del servizio radiomobile GSM una convenzione atta ad assicurare agli utenti il «roaming» nazionale nelle zone coperte da uno solo dei concessionari del servizio GSM ».

La formulazione non chiara della disposizione non può farne sfuggire all'interprete il corretto significato, il quale è certamente nel senso che l'obbligo di fornitura del roaming presuppone l'esistenza di utenti (appartenenti alla clientela dell'altro concessionario) e, conseguentemente, l'avvio, da parte del concessionario concorrente, del servizio commerciale GSM, senza del quale non vi sarebbero utenti e dunque soggetti attivi della obbligazione posta a carico del concessionario.

Di contro, la clausola temporale riferita ai « primi ventiquattro mesi dall'avvio del servizio commerciale » resterebbe priva di valore pratico ove dovesse riguardare l'attività del sottoscrittore della convenzione e

non anche (come del resto inteso da OPI e dalla stessa Amministrazione) il servizio del concessionario concorrente.

Invero, l'interpretazione delle convenzioni che disciplinano in concreto le concessioni amministrative non può seguire altri canoni che quelli propri dei contratti di diritto comune.

Muovendo da tale considerazione non può sfuggire all'interprete che la clausola roaming, benché risulti inserita, egualitariamente, nelle due concessioni, sembra propriamente rispondere alla esigenza, emersa nella decisione della Commissione delle Comunità europee 4 ottobre 1995, di controbilanciare il costo di ingresso di OPI sul mercato del GSM rispetto al gestore pubblico, mediante appunto uno dei mezzi indicati dall'organo comunitario (al capo 23, III capoverso, secondo alinea) e cioè «l'effettiva attuazione dell'accordo di roaming tra i due gestori della radiotelefonica GSM che, da un punto di vista tecnico e tariffario, compenserebbe il ritardo del secondo gestore».

Il sussidio interpretativo della citata decisione, mentre è nel senso di escludere una tutela, sia pure indiretta, della posizione dominante assunta, sul mercato del servizio di telefonia digitale, da TIM, per effetto della sua derivazione dal concessionario pubblico, nel nuovo sistema concessorio non esclusivo del servizio GSM, conduce anche a ritenere che il correttivo del roaming nazionale, a servizio della clientela del concessionario concorrente, non operi incondizionatamente, ma soggiaccia, per il primo segmento temporale di ventiquattro mesi, al limite iniziale dell'avvio garantito da copertura per il 40%.

È questo il significato logico dell'inciso «fermi gli impegni di copertura» che, malgrado il rinvio all'art. 5 della stessa convenzione in cui ha sede l'art. 23, non può interpretarsi altrimenti che come obbligo assunto separatamente da entrambi i concessionari, nei confronti dell'Amministrazione, e, correlativamente, (trattandosi di convenzioni bilaterali non sottoscritte dall'«altro concessionario»), come garanzia, per l'obbligato, di non essere costretto a concedere il roaming, prima del raggiungimento, da parte del concorrente, del limite di copertura prescritto, convenzionalmente assunta dalla Amministrazione concedente.

Che indice di copertura e avvio del servizio siano proposizioni riferite all'operatore commerciale la cui clientela è destinata a beneficiare del roaming e non anche all'operatore obbligato, può desumersi, anche, dalla previsione dell'intervento pubblico contenuta nel secondo comma dell'art. 23, per l'ipotesi che le concessionarie non fossero in grado di raggiungere un accordo «in tempo utile per garantire il roaming per il suddetto periodo» (di ventiquattro mesi dall'avvio del servizio), in cui trova conferma il convincimento che il roaming, ancorché concepito convenzionalmente come obbligo reciproco nell'interesse della clientela di entrambi i concessionari, è finalizzato non tanto a soddisfare l'interesse generale degli utenti, quanto piuttosto a compensare posizioni di vantaggio eventualmente derivanti dalla possibilità di avviare il servizio con anticipo e con costi minori, avvalendosi di impianti preesistenti o facilmente adattabili, che nella specie TIM aveva ereditato; per effetto della sua derivazione dal concessionario esclusivo.

Con il che trova anche conferma l'ulteriore convincimento che, nella disciplina convenzionale, l'obbligo di concedere il roaming nasca, per il concessionario astretto, non di per sé (per effetto dell'avvio, da parte sua, del servizio commerciale) ma, al contrario, a seguito dell'avvio del

servizio da parte dell'altro concessionario, fermo, per questi, l'obbligo di copertura di cui all'art. 5.

A differente convincimento non può indurre la considerazione che il rinvio normativo sia fatto a disposizione della medesima convenzione in cui si trova inserito l'art. 23, dal momento che il richiamo dell'art. 5 assolve alla sola funzione di definire la portata dell'impegno e non anche il soggetto obbligato a rispettarlo.

Ove poi si consideri che l'altro concessionario del servizio pubblico è rimasto estraneo alla convenzione, il richiamo all'impegno contenuto nell'art. 5 non può assolvere ad altra funzione, nei rapporti fra i sottoscrittori, che a quella di garantire, al concessionario, la sussistenza della copertura del 40% da parte del concorrente al momento dell'avvio, da parte di quest'ultimo del servizio commerciale e della correlativa nascita dell'obbligo di corrispondere il roaming.

4.3 In conclusione, contrariamente a quanto affermato nella sentenza impugnata, deve ritenersi che, sulla base dell'art. 23 della convenzione dalla stessa sottoscritta, sussiste una posizione qualificata di TIM al controllo ed alla verifica, da parte dell'Amministrazione, dell'effettivo raggiungimento della copertura del 40% del territorio da parte di OPI, in quanto garanzia apprestata dall'Amministrazione, all'atto della sottoscrizione, che la concessionaria concorrente sarebbe restata a sua volta astretta dagli impegni di copertura assunti.

5. L'accertamento della posizione legittimante non è priva di conseguenze sostanziali, per quanto concerne le impugnazioni originariamente proposte.

6. Quanto al primo ricorso, volto all'annullamento delle determinazioni di cui alle note del Segretariato Generale del Ministero delle poste e telecomunicazioni 12 gennaio 1996 n. 137/PSG, 26 gennaio 1996 n. 322/PSG e 6 marzo 1996 n. 996/PSG, occorre innanzitutto precisare che deve riconoscersi in esse un contenuto provvedimentale nei limiti in cui esprimono il rifiuto dell'Amministrazione di sottoporre a verifica l'assicurazione di OPI ed i dati dalla stessa offerti, in ordine all'effettivo raggiungimento della copertura del 40% del territorio nazionale, ai fini dell'avvio del servizio commerciale da parte di OPI e della fornitura da parte di TIM del roaming nazionale, e nel contempo autorizzano l'avvio del servizio commerciale da parte di OPI, indipendentemente da ogni controllo su quanto dalla stessa dichiarato.

Per tale profilo, le censure mosse al riguardo dalla ricorrente devono ritenersi nella sostanza fondate.

Indipendentemente dalla natura autocertificatoria della assicurazione fornita da OPI e da quella autoritativa della potestà di controllo e vigilanza spettante all'Amministrazione, la sussistenza di un obbligo specifico di accertamento a carico dell'Amministrazione concedente deve riconoscersi come espressamente contratto in favore alla concessionaria TIM, con l'art. 23 primo comma della convenzione approvata con D.P.R. del 22 dicembre 1994, a garanzia del verificarsi della condizione da cui viene fatto discendere l'obbligo della concessionaria di fornire il roaming, per un periodo di ventiquattro mesi, in favore della clientela dell'altro concessionario.

Le disposizioni contenute, da un lato negli artt. 5 e 32 e dall'altro nell'art. 23, assumono infatti, nella logica convenzionale di cui si tratta, differenti funzioni, riguardando il primo gruppo, esclusivamente le relazioni fra i sottoscrittori, ed il secondo, il rapporto fra le due concessionarie rispettivamente estranee alle convenzioni intercorse fra l'altra e l'amministrazione.

In altri termini, quello che in ciascuna convenzione viene a configurarsi come potestà dell'Amministrazione — rispetto al sottoscrittore — con riferimento agli obblighi dallo stesso contratti ed il cui esercizio soggiace alle regole proprie dell'azione amministrativa rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione medesima e non soggetta a termine, al contrario, con riferimento all'impegno di copertura assunto dal concessionario concorrente (estraneo alla convenzione), viene a configurarsi, nei rapporti fra i sottoscrittori, come un vero e proprio obbligo contratto dalla cedente, nei confronti della concessionaria, in funzione di garanzia dell'ordinato avvio del servizio commerciale, da parte dell'altro concessionario, dal cui adempimento è condizionata, a sua volta, la nascita dell'obbligo di fornire il roaming nelle zone non coperte da quest'ultimo.

In tale corretta chiave di lettura dell'art. 23 delle due convenzioni, non assumono rilievo né la natura autocertificatoria o meno della dichiarazione OPI, né la circostanza che nella convenzione intercorsa fra tale concessionaria e l'Amministrazione non si rinvenga una clausola che sottoponga a previa autorizzazione l'avvio della fase commerciale, essendo al contrario sufficiente il dato obiettivo della assenza di un effettiva attività di controllo da parte dell'Amministrazione sui dati offerti dalla concessionaria ed il rifiuto, rinvenibile in ciascuno degli atti impugnati, di assicurare l'effettività della copertura del 40% da parte della concessionaria concorrente.

La percentuale in questione, a torto viene considerata nella sentenza di primo grado come un indice meramente tendenziale. L'impegno cui fa riferimento l'art. 23 in esame consiste nell'« assicurare »; ossia nel « dare certezza » ovvero nel « rendere certo », l'indice di copertura prestabilito, il che non può avere ad oggetto una mera dichiarazione con la quale si dà assicurazione del verificarsi dell'evento, bensì l'evento in sé, nella sua materiale ed effettiva corrispondenza alla previsione convenzionale.

La preoccupazione dell'Amministrazione di riservare eguale trattamento alle due concessionarie è del tutto fuor di luogo a fronte di una condizione che ha per oggetto il verificarsi di un fatto, il quale deve essere assunto nella sua concreta ed effettiva dimensione, sulla base di adeguate metodologie di verifica.

Ancorché dunque debba negarsi che le convenzioni di cui si tratta richiedano una specifica autorizzazione all'avvio del servizio, ciò non toglie che, tanto per i rapporti fra concessionario ed Amministrazione, quanto per la relazione da instaurarsi fra i due concessionari con riguardo al roaming, l'effettivo raggiungimento della copertura minima prevista costituisce una condizione il cui effettivo verificarsi l'Amministrazione aveva l'obbligo di assicurare, previo apposito e rigoroso accertamento, alla concessionaria tenuta a fornire il roaming a norma dell'art. 23 della convenzione.

Assumono dunque rilievo a tale riguardo le censure mosse dalla ricorrente all'operato dell'Amministrazione, considerato nella sua globalità come accettazione della mera dichiarazione di OPI di avere raggiunto il

coefficiente di copertura prescritta e della metodologia dalla stessa adoperata ai fini dell'accertamento.

La circostanza che — contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente — il metodo PLANET adoperato dalla OPI per la rappresentazione grafica della copertura radioelettrica relativa al territorio italiano fosse stato espressamente autorizzato dal Direttore generale della Direzione centrale dei servizi radioelettrici (come risulta dal messaggio telefax del 5 dicembre 1995) non esonerava l'Amministrazione concedente, per di più in presenza delle contestazioni di TIM, obbligata alla fornitura del roaming, dall'effettuare i dovuti controlli e dal consentire all'interessata, di confrontarli con i propri dati tecnici e di partecipare al procedimento di accertamento.

La natura obbligatoria dell'impegno assunto dall'Amministrazione nei confronti di TIM con l'art. 23, configura come un vero e proprio inadempimento il rifiuto dell'Amministrazione di procedere all'accertamento della effettiva copertura in contraddittorio con le parti interessate, desumibile dalle note impugnate, ed il credito accordato alle dichiarazioni di OPI ai fini dell'avvio della fase commerciale.

La censurabilità del comportamento dell'Amministrazione trova conferma nei dati emersi in questa sede, a seguito della istruttoria disposta dalla Sezione, in esito alla quale risulta provato che alla data del 7 dicembre 1995 la copertura, da parte di OPI, del territorio nazionale, era ben al di sotto della percentuale dalla stessa dichiarata.

Infatti, nella relazione conclusiva del 24 giugno 1997, depositata dall'Amministrazione in esecuzione dell'ordinanza n. 149 dell'11 febbraio 1997 (e successiva integrazione), si legge (alla pag. 6) che, alla suddetta data del 7 dicembre 1995, l'applicazione dell'algoritmo nazionale integrato PLANET, su data base OPI convertito, dà l'indice di copertura del 36,3%, contro il 41,6% dichiarato da OPI.

Alla luce di tale risultato, l'indisponibilità, al tempo, dell'algoritmo nazionale, non può costituire un'esimente, per l'Amministrazione, la quale avrebbe dovuto fare ricorso tempestivo a tutte le ulteriori metodologie di verifica.

Non hanno invece consistenza le censure volte a denunciare i vizi del procedimento alla stregua delle disposizioni contenute nella legge n. 241 del 1990 (non applicabili ai procedimenti negoziali).

Prive di rilievo e comunque assorbite devono ritenersi le censure volte a contestare il valore annesso dall'Amministrazione alle dichiarazioni OPI.

A prescindere dal valore non provvedimentale degli atti impugnati oltre limiti sopra definiti, l'Amministrazione non può ritenersi estranea alla posizione di vantaggio assunta da OPI nei confronti dell'altra concessionaria, nei limiti in cui il mancato controllo sul raggiungimento della percentuale di copertura è destinato ad incidere sull'obbligo della TIM di concedere il roaming, in base a quanto prescritto dall'art. 23 della convenzione, esulando invece dal presente giudizio gli effetti dell'anticipato avvio del servizio commerciale sulla relazione concorrenziale delle due concessionarie.

7. A differenti conclusioni deve pervenirsi per quanto riguarda il secondo degli originari ricorsi.

Con esso risultano impugnati il provvedimento adottato dal Ministro delle poste e telecomunicazioni in data 12 marzo 1996 a norma del se-

condo comma dell'art. 23 delle convenzioni TIM ed OPI, in assenza di accordo fra le parti, ed il nulla-osta rilasciato alla TIM ai fini della attivazione del roaming nazionale in favore degli utenti OPI.

Occorre precisare, a tale riguardo che contrariamente a quanto presunto da parte ricorrente, la stipula, da parte dei concessionari, dell'accordo volto ad assicurare agli utenti il « roaming » nazionale nelle zone coperte da un solo gestore si pone, nella previsione dell'art. 23 secondo comma, come uno strumento preventivo di composizione degli interessi, da adottarsi in tempo utile a garantire il roaming per il periodo di diciotto mesi previsto nel primo comma, ferma restando l'operatività dell'accordo dal verificarsi della effettiva copertura del 40% del territorio nazionale da parte dell'altra concessionaria, cui pure resta condizionato l'avvio della fase commerciale.

In funzione di tale obiettivo, a parte il controllo preventivo del Ministero sul testo della convenzione, « prima della firma », è stato anche previsto l'intervento sostitutivo e vincolante del medesimo Ministero nella ipotesi che, nel periodo sopra indicato, non dovesse essere stato raggiunto un accordo, o « permanessero punti controversi ».

Deve pertanto essere ritenuto immune dai vizi denunciati l'intervento del Ministero sulla base del solo schema di accordo siglato dalle parti il 9 ottobre 1995, indipendentemente dalla sopravvenienza di una nuova ipotesi unilateralmente predisposta da TIM e non siglata da OPI, costituendo una mera facoltà, rimessa all'apprezzamento discrezionale ed insindacabile dell'Amministrazione, la previa formulazione di « rilievi » o la « richiesta di chiarimenti » (fra l'altro superflue, in presenza del numeroso carteggio intercorso, al riguardo, fra l'Amministrazione e le parti) ed essendo espressamente rimesso, dalle due convenzioni, all'intervento esterno, autoritativo e vincolante, dell'Amministrazione, il regolamento degli interessi delle concessionarie concorrenti, in tema di concessione del roaming, proprio sul presupposto del mancato raggiungimento dell'accordo.

In punto di fatto poi, deve negarsi che l'Autorità abbia « adottato » il testo di convenzione del 9 ottobre 1995, sull'erroneo presupposto che esso fosse interamente concordato fra le parti in ogni sua parte, in quanto, al contrario, il testo in questione è stato soltanto assunto come base delle determinazioni sostitutive ed integrative, per i punti controversi, facendosene salvi soltanto i punti concordemente siglati dagli interessati, conformemente al disposto nel secondo comma dell'art. 23.

La previetà dell'accordo in questione rispetto all'avvio della fase commerciale ed alla stessa effettiva copertura del territorio nazionale nel limite previsto dall'art. 5, non toglie che l'Amministrazione non potesse escludere la clausola posta dall'art. 23 per quanto concerne la decorrenza del roaming nazionale.

Tale aspetto della questione, tuttavia, è destinato a restare privo di conseguenze nella presente controversia, alla luce delle risultanze dell'istruttoria espletata.

L'effettiva copertura del territorio nazionale nei limiti indicati dell'art. 5 delle convenzioni (ed oltre), da parte di OPI, risulta accertata alla data del 13 marzo 1996, mediante l'applicazione dell'algoritmo nazionale, abbinato integrato in PLANET, su data base OPI convertito, sia integrato in RASPUTIN (metodo prescelto dall'appellante) su data base TIM.

La metodologia adoperata dall'Amministrazione, ai fini degli accertamenti istruttori disposti dalla Sezione, deve ritenersi idonea allo scopo,

in considerazione dalla rispondenza alle raccomandazioni del Settore radiocomunicazioni dell'Unione internazionale delle telecomunicazioni UIT-R) che prevede la suddivisione del territorio in classi morfologiche, con attribuzione di distinti guadagni di clutter a ciascuna classe.

Per tale profilo si rivelano anche inconsistenti le censure dedotte avverso la contestuale comunicazione del 12 maggio 1996, la quale non si esprime più in termini negativi in relazione all'obbligo di verificare l'indice di copertura dichiarato da OPI, ma semplicemente prospetta l'esistenza di tempi tecnici necessari al compimento delle operazioni relative, nel contempo affermando piena responsabilità di OPI, sia ai fini dei provvedimenti da assumere nell'esercizio dei poteri di vigilanza e controllo, sia anche nei confronti della concessionaria tenuta alla prestazione, in relazione alla copertura dichiarata all'11 marzo 1996.

La mancanza di un contenuto provvedimentale, anche in termini negativi, della nota in questione, deve fare ritenere inammissibile l'azione impugnatoria proposta, se non per quel che riguarda il nulla-osta alla concessione del roaming con riferimento alla data del 13 marzo 1996, rispetto al quale tuttavia, assume rilievo il dato obiettivo della sostanziale veridicità della copertura dichiarata da OPI, al tempo della nota in questione soltanto sommariamente accertato dall'Amministrazione e comunque appurato in questa sede, sulla base della citata istruttoria esperita, nel contraddittorio della parti, mediante l'applicazione di adeguata metodologia.

In argomento l'appellante, si limita ad affermare, senza offrire alcuna soddisfacente dimostrazione, che le risultanze emerse dalla applicazione dell'algoritmo nazionale non sarebbero attendibili.

Al contrario deve rilevarsi che anche facendo ricorso alla stessa metodologia TIM (Rasputin, con algoritmo nazionale applicato alla base TIM convertita) la percentuale di copertura OPI risulta alla data del 13 marzo 1996 (cui si riferisce il nulla-osta), pari al 41,6%, di certo inferiore a quello dichiarato alla stessa data dalla concorrente (46%) e di quello rilevato con il metodo Planet, con algoritmo nazionale su data base OPI convertita (44,6%), ma in ogni caso rispondente all'indice richiesto dall'art. 5 primo comma della convenzione.

8. Per le considerazioni che precedono, ritenuta la legittimazione attiva dell'appellante e ammissibile in rito il presente appello, la sentenza appellata deve essere annullata e, per l'effetto, in relazione al primo ricorso, debbono essere annullate, nei sensi in precedenza indicati, le note 12 gennaio 1996 n. 137/PSG, 26 gennaio 1996 n. 322/PSG e 6 marzo 1996 n. 996/PSG, a firma del Segretario generale del Ministero delle poste e telecomunicazioni; deve essere respinto, nel merito, il secondo ricorso.

In considerazione della complessità della questione, devono essere interamente compensate fra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M. — Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) accoglie nei sensi di cui in motivazione il ricorso in epigrafe e per l'effetto, annullata la sentenza impugnata; accoglie per quanto di ragione il primo dei ricorsi riuniti, annullando, per quanto in motivazione, le note 12 gennaio 1996 n. 137/PSG, 26 gennaio 1996 n. 322/PSG e 6 marzo 1996 n. 996/PSG, a firma del Segretario generale del Ministero delle poste e telecomunicazioni e respinge il secondo degli originari ricorsi;

Compensa interamente fra le parti le spese del giudizio;
 Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

*RICHIAMI DI DOTTRINA E
 DI GIURISPRUDENZA*

1. La decisione del Consiglio di Stato in epigrafe dirime definitivamente (per la sentenza del TAR Lazio 7 novembre 1996 che era già intervenuta al riguardo vedi in questa Rivista, 1997, xx) una controversia tra il Ministero delle Comunicazioni e Telecom Italia Mobile in merito all'inattività del primo riguardo al controllo della copertura nazionale effettuata dalla Omnitel prima di poter accedere al roaming biennale con le reti di Telecom Italia Mobile. Il Consiglio di Stato sancisce così la sussistenza di una posizione qualificata di Telecom Italia Mobile riguardo al controllo ed alla verifica da parte del Ministero delle Comunicazioni dell'effettivo raggiungimento della copertura del 40% del territorio da parte di Omnitel Pronto Italia. Prima di consentire con l'apposito provvedimento il roaming fra le due reti mobili il Segretariato generale del Ministero avrebbe dovuto effettuare gli accertamenti tecnici necessari al caso. Indipendentemente dalla natura autocertificatoria dell'assicurazione fornita da OPI, è prevista in capo alla P.A. concedente come espressamente contratto nella Convenzione con TIM (ex art. 23 Convenzione approvata con d.P.R. 22 dicembre 1994) l'obbligo specifico di accertamento per verificare i presupposti per i quali discende l'obbligo della TIM di fornire il roaming per i primi ventiquattro mesi di esercizio commerciale di OPI. Le disposizioni nelle relative convenzioni assumono nella logica sinallagmatica di cui si tratta differenti funzioni, riguardando sia esclusivamente le relazioni fra i sottoscrittori (Ministero delle Comunicazioni, TIM ed Omnitel nelle rispettive convenzioni) sia il rapporto fra le due concessionarie rispettivamente estranee alle convenzioni intercorse fra l'altra concessionaria e la P.A.. Con riferimento all'impegno di copertura assunto dal concessionario concorrente (estraneo alla Convenzione), per il Consiglio di Stato viene a configurarsi nei rapporti fra i sottoscrittori come un vero e proprio obbligo contratto dalla concedente nei confronti della concessionaria in funzione di garanzia dell'ordinato avvio del servizio commerciale da parte dell'altro concessionario, dal cui adempimento è condizionata la nascita dell'obbligo di fornire il *roaming* nelle zone non coperte da quest'ultimo.

In questa ottica non assume rilievo né la natura autocertificatoria della dichiarazione di OPI, né la circostanza che nella Convenzione intercorsa non vi fossero norme che prevedessero una specifica autorizzazione all'esercizio dell'attività commerciale; mentre acquisisce rilievo la mancanza di un'attività di controllo da parte dell'Amministrazione sui dati offerti dalla concessionaria ed il rifiuto rinvenibile in ciascuno degli atti impugnati di assicurare l'effettività della copertura del 40% da parte della concessionaria concorrente.

L'effettivo raggiungimento della copertura minima costituisce una condizione il cui effettivo verificarsi l'Amministrazione aveva l'obbligo di assicurare alla concessionaria tenuta a fornire il roaming. Questi rappresenta infatti una condizione di servizio sotto forma di regolamentazione

commerciale: consentire alle reti mobili di interconnettersi fra loro non può che incentivare l'uso del radiomobile. L'accertamento da parte della P.A. del requisito del 40% della copertura del territorio nazionale è sicuramente un obbligo affinché si possa procedere amministrativamente nell'assenso all'interconnessione. Per giungere all'apposito provvedimento la P.A. può avvalersi della fattiva collaborazione dei privati, e pertanto assume un peculiare valore giuridico anche la perizia di TIM con la quale venivano messe in evidenza le incongruenze della perizia di Omnitel. Inoltre la circostanza che il metodo Planet adoperato dalla OPI per la rappresentazione grafica della copertura radioelettrica relativa al territorio italiano fosse stato espressamente autorizzato dal Direttore generale della Direzione centrale dei servizi radioelettrici non esonerava il Ministero delle Comunicazioni in presenza della contestazioni di TIM (obbligata alla fornitura del roaming) dall'effettuare i dovuti controlli e dal consentire all'interessata con i propri dati tecnici di partecipare al procedimento di accertamento. La censurabilità del comportamento della P.A. trova conferma nei dati emersi a seguito dell'istruttoria disposta dalla Corte adita, poiché l'indice di copertura appare ben sotto il 40% (più specificatamente il 36,3%) contro il 41,6% dichiarato dall'Omnitel.

La percentuale indicata come soglia per il roaming non è pertanto un indice meramente tendenziale. L'impegno previsto al riguardo dall'art. 23 Convenzione Stato-Omnitel imponeva alla concessionaria di rendere certo l'indice di copertura prestabilito « il che non può avere ad oggetto una mera dichiarazione con la quale si dà assicurazione del verificarsi dell'evento, bensì l'evento in sé nella sua materiale ed effettiva corrispondenza alla previsione convenzionale ».

L'evincersi dell'imparzialità per omettere gli opportuni controlli su Omnitel era del tutto fuori luogo a fronte di una precisa condizione sospensiva connessa ad un fatto il quale doveva essere assunto nella sua concreta ed effettiva dimensione sulla base di adeguate metodologie di verifica. Pertanto l'intervento della P.A. a riguardo sarebbe stato auspicabile anche perché l'art. 3 Convenzione impone particolari vincoli a tali gestori riguardo l'installazione delle loro infrastrutture, nonché sull'impiego delle infrastrutture fornite da terzi ed all'uso in comune della stessa infrastruttura. Appare assai grave l'omissione del Ministero, soprattutto se come sostiene il Consiglio di Stato sussisteva in capo ad essa un vero e proprio obbligo ad attivarsi per controllare la copertura effettuata. Il Ministero avrebbe dovuto insindacabilmente decidere sulla copertura effettuata dall'Omnitel prima di giungere a qualsiasi provvedimento riguardo al *roaming* e comunque non avrebbe mai dovuto prendere in considerazione l'ipotesi di accordo sottoscritta dalle parti il 9 ottobre 1995, riconoscendo al più un valore preliminare di intenti a quanto convenuto dalle parti, riservandosi di effettuare un'accurata verifica della copertura attraverso i Circostel del Ministero.

Il nulla osta amministrativo all'avvio della commercializzazione del servizio senza un'apposito sub-procedimento amministrativo di accertamento sui ritardi impiantistici di Omnitel appare pertanto quanto meno un provvedimento affrettato anche tenuto conto del fatto che non sussisteva in assenza di un esplicito invito della P.A. alcun obbligo per l'altro contraente di consentire l'interconnessione. Del resto il nulla osta non poteva configurare il roaming, che così come è stato configurato dalle due Convenzioni con i gestori mobili diviene una sorta di obbligo a contrarre

senza che siano previsti interventi di natura certificatoria da parte del Ministero: solo il concessionario che abbia coperto una determinata superficie territoriale avvalendosi dei propri impianti può raggiungere le altre zone del territorio utilizzando gli impianti dell'altro concessionario. La complessità dell'integrazione tecnologica che comunque incide sull'oggetto di più concessionari avrebbe richiesto pertanto un apposito procedimento amministrativo con una verifica della copertura, in assenza del quale non sarebbe dovuto esser possibile per Omnitel avviare il servizio commerciale e soprattutto non avrebbe dovuto imporre a TIM di dare luogo al *roaming*.

Dobbiamo però dire che il comportamento probabilmente incauto dell'Amministrazione era dettato dall'evolversi del procedimento di infrazione nei confronti del Governo italiano avviato dalla Commissione, conclusosi con la decisione del 4 ottobre 1995 (in questa *Rivista*, 1996, 81 ss., con un nostro richiamo di dottrina e di giurisprudenza), imperniato sul favoreggiamento dell'abuso di posizione dominante di TIM, per il versamento di inizio attività da parte di Omnitel, laddove per TIM tale obbligo non sussisteva. Il Governo in sede italiana non ha mancato di sottolineare che grazie al proprio operato vi sono stati effetti benefici per la conclusione di accordi di *roaming*, ponendo un limite all'estensione della posizione dominante della stessa TIM che risparmiando tale somma aveva invece avuto un vantaggio notevole sotto il profilo economico per la realizzazione della rete, potendo così a differenza della Omnitel, ampliare la sua rete di distribuzione e fare offerte speciali a suoi clienti. Il fatto poi che il versamento non possa incidere sui costi del servizio visti i precisi obblighi previsti nella concessione non tiene conto che tali obblighi sono la trasposizione degli obiettivi che il secondo gestore si è prefisso. Il comportamento della P.A. che anticipava di alcuni mesi la possibilità di *roaming* appariva pertanto quasi come una sorta di compensazione del vantaggio concorrenziale di TIM su Omnitel, una sorta di misura correttiva di fatto. Del resto proprio la Commissione con la decisione del 4 ottobre 1995 individuava quale misura correttiva l'effettiva attuazione dell'accordo di *roaming* con il primo gestore, cioè TIM. Solo che il Governo italiano è andato anche oltre le intenzioni comunitarie non adempiendo in maniera puntuale ai suoi obblighi amministrativi di verifica dei presupposti del *roaming*.

2. L'interconnessione fra le reti mobili sottointende la piena attuazione della normativa comunitaria. In particolare la normativa sull'ONP impone ai singoli Stati membri di attivare i procedimenti per il reciproco riconoscimento delle procedure di registrazione nonché delle « autorizzazioni-concessioni » del servizio, qualora tali procedure siano richieste nei singoli ordinamenti per la fornitura di servizi in concorrenza attraverso le reti pubbliche (art. 7 Direttiva 90/387/CEE).

L'ONP (*Open Network Provision*) attiene alla creazione di condizioni obiettive e non discriminatorie, atte a garantire agli interessati l'accesso (entro tempi ragionevoli) e l'uso efficace delle reti telefoniche gestite da concessionari pubblici o dallo stesso Stato. La Direttiva 90/387/CEE sottolinea come le condizioni per la fornitura della rete aperta debbano essere coerenti con determinati principi che l'art. 3 esplicita (obiettività, trasparenza, non discriminazione, parità di accesso) e non devon limitare l'accesso alle reti ed ai servizi fatta eccezione per motivi di interesse pubblico, che l'art. 2 punto 5 individua nella sicurezza di funzionamento

della rete, nel mantenimento della sua integrità e, nei casi in cui sono giustificate, nell'interoperabilità dei servizi e nella protezione dei dati (ci si permette di rinviare al nostro, *Le reti d'informazione alla luce delle recenti normative*, in *Giur. merito*, 1997, 1088 ss.). Pertanto in ambito comunitario la definizione e la realizzazione di punti terminali di rete armonizzati per l'interfaccia con l'infrastruttura di rete costituirà un « elemento fondamentale del concetto globale di fornitura aperta ». Le condizioni di fornitura della rete aperta saranno elaborate in modo da non limitare la libertà d'azione del fornitore di servizi degli utenti, né la responsabilità degli organismi di telecomunicazione per quanto concerne il funzionamento della rete ed il mantenimento dei canali di comunicazione.

Proprio perché il regime di fornitura di una rete aperta di Open Network Provision resta collegata ai gestori di reti che godono comunque di diritti speciali ed esclusivi, il Consiglio dei Ministri delle CE ha dichiarato nella seduta del 7 dicembre 1993 che, nell'ambito della rassegna del regime di fornitura di una rete aperta, gli interventi normativi a livello di regolamentazione in un mercato sempre più concorrenziale debbono essere ridotti al minimo.

La Commissione nel Libro verde sui telefonini sostiene che i principi di base per l'interconnessione di reti di comunicazioni mobili con la rete fissa pubblica dovrebbero essere conformi alle regole di concorrenza, alle norme della Direttiva 90/388/CEE, alla proposta di Direttiva del Consiglio (divenuta posizione comune dei Dodici con la decisione del 1° luglio 1993) sull'applicazione del regime di fornitura di una rete aperta di tlc ai servizi di telefonia vocale (Com. 92, 247 def.), alle norme della Direttiva 92/44/CEE, che disciplinano l'ONP per le reti affittate. Queste norme prevedono che le condizioni di interconnessione fra reti fisse e reti mobili, nonché fra reti mobili e fornitori di servizi debbano poggiare su criteri oggettivi, trasparenti, non discriminatori.

Appare importante un intervento del Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni ai sensi dell'art. 13 comma 3 della Convenzione Stato-Omnitel per consentire la definizione degli accordi di interconnessione, che costituiscono un punto fondamentale della disputa. Il diritto comunitario (vedi sul punto CARDARELLI, ZENO-ZENCOVICH, *Manuale di diritto delle telecomunicazioni*, Bari, 1997, 71 ss.), per quanto attiene la disciplina delle telecomunicazioni, non sembra porre limitazioni sul piano commerciale che impediscano ai gestori della rete fissa di offrire servizi competitivi attraverso le proprie reti: le condizioni ONP avrebbero per oggetto le interfacce tecniche, le tariffe e le condizioni di fornitura e di utilizzo. Pertanto la Commissione ha ritenuto nel Libro verde sulla telefonia mobile (Com. 94/145/def) che per garantire un'equa concorrenza andrebbero rivisti gli ambiti di applicazione dei principi ONP, così come sono stabiliti della Direttiva 90/387/CEE, nonché le disposizioni in materia di interconnessione e di tariffe della Direttiva sulla telefonia vocale (vedi CARDARELLI, ZENO-ZENCOVICH, *op. supra cit.* 94 ss.), soprattutto in prospettiva della piena libertà di combinare servizi di comunicazione fissi e mobili, che si avrà a partire dal termine previsto dalla risoluzione 93/C213/01 del Consiglio delle Comunità Europee per la completa liberalizzazione dei servizi pubblici vocali, e cioè dal 1° gennaio 1998.

Con la Direttiva 90/388/CEE fino al 31 dicembre 1992 i singoli Paesi comunitari avrebbero potuto vietare « agli operatori economici di offrire

al pubblico la semplice rivendita di capacità di circuiti affittati » (art. 3), ma entro lo stesso termine avrebbero dovuto altresì provvedere alla pubblicazione delle procedure di autorizzazione adottate per l'elencazione delle attività.

La Direttiva, nell'ipotesi che gli Stati membri sottopongano la fornitura dei servizi ad una preventiva autorizzazione, prevede che questa debba essere accordata secondo criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori e secondo gli stessi criteri devono essere predisposte le condizioni di accesso alle reti da parte dei cosiddetti gestori unici, cioè quelle imprese alle quali gli Stati riservino in via esclusiva la gestione delle reti.

Gli Stati membri, inoltre, devono subordinare la fornitura dei servizi ad una procedura di autorizzazione o di dichiarazione concernente il rispetto delle esigenze fondamentali; gli atti amministrativi abilitanti all'attività devono essere rilasciati in base a criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori. Gli eventuali dinieghi debbono essere debitamente motivati e deve essere prevista una procedura di ricorso.

Gli Stati membri che mantengono diritti esclusivi o speciali per l'installazione e la gestione delle reti pubbliche adottano le misure necessarie per rendere pubbliche, oggettive e non discriminatorie le condizioni in vigore per l'accesso alle reti.

Essi provvedono, in particolare, a che gli operatori che ne fanno domanda possano ottenere circuiti affittati entro un termine ragionevole e che l'uso di questi ultimi non sia oggetto di alcuna restrizione.

Per quanto riguarda la prestazione dei servizi di telecomunicazioni, gli Stati membri provvedono ad abrogare le restrizioni esistenti relative al trattamento dei segnali prima della loro trasmissione sulla rete pubblica o dopo la loro ricezione, a meno che non sia dimostrata la necessità di tali restrizioni per garantire il rispetto dell'ordine pubblico o delle esigenze fondamentali.

La Direttiva 96/2/CE ha infine proceduto ad estendere la liberalizzazione altresì al settore della telefonia mobile. Pertanto la cd. telefonia cellulare non rientra più nei diritti di esclusiva ma deve adeguarsi alle indicazioni della direttiva 90/388/CEE. Pertanto gli Stati membri dovranno indicare le condizioni per la concessione di licenze o di autorizzazioni generali per i sistemi di comunicazione mobili e personali.

Le condizioni per la concessione delle licenze non devono contenere disposizioni diverse da quelle giustificate dalle esigenze fondamentali e, nel caso dei sistemi destinati al grande pubblico, dalle condizioni di servizio pubblico sotto forma di regolamentazioni commerciali.

Inoltre le condizioni devono garantire un comportamento trasparente e non discriminatorio tra i gestori delle reti fisse e mobili di proprietà comune. Vengono, infatti, eliminati i diritti esclusivi sulla realizzazione e gestione delle infrastrutture necessarie a tali servizi con la possibilità sia di utilizzare le infrastrutture offerte da terzi che di condividere l'infrastruttura con altri operatori. A differenza della direttiva 90/388/CE dove il rispetto delle esigenze giustificava una limitazione dell'accesso al mercato da parte di fornitori di servizi, la direttiva sul radiomobile stabilisce come principio generale che il rispetto delle esigenze fondamentali giustifichi solo la posizione di condizioni alle licenze. In particolare le condizioni per il rilascio delle licenze potranno essere tese a garantire il rispetto delle esigenze fondamentali (efficiente impiego delle frequenze, compatibilità elettromagnetica, sicurezza e integrità della rete, interope-

rabilità dei servizi, protezione dei dati e sicurezza degli utenti/dipendenti). Le condizioni per la concessione delle licenze debbono comunque garantire la non discriminazione con i gestori della rete fissa e mobile integrate e non devono impedire l'abbinamento delle licenze o limitare la contemporanea offerta di tecnologie differenti che si avvalgono di frequenze distinte se siano disponibili apparecchiature multistandard. Del resto non esistono più restrizioni ai sensi dell'art. 20 comma 3 d.P.R. n. 318 del 1997, quando appunto sussistono apparecchiature multistandard. L'Autorità può consentire l'abbinamento accettando che sia garantita la concorrenza tra organismi di telecomunicazioni nei mercati interessati. Al regolamento in questione si era peraltro giunti con il decreto legge 1 maggio 1997 n. 115, convertito in legge 1 luglio 1997 n. 189, con il quale veniva dato recepimento alla direttiva 96/2. Con la medesima procedura inoltre l'art. 1 della legge n. 189 del 1997 prevede che possano essere apportate le correzioni, le modificazioni e le integrazioni eventualmente occorrenti anche sulla base delle direttive europee nel frattempo emanate per il completamento e l'aggiornamento della regolamentazione riguardante la completa liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni.

ALFONSO CONTALDO