

T.A.R. LAZIO

7 NOVEMBRE 1996

PRESIDENTE EST.: BUONVINO

PARTI: TELECOM

ITALIA MOBILE S.P.A.

(Avv. Guarino, Mercuri)

MINISTERO POSTE

(Avv. Stato Corsini)

OMNITEL PRONTO ITALIA S.P.A.

(Avv. Merusi, Ripa di Meana)

Telecomunicazioni •

Telefonia mobile • Obblighi di copertura a carico di un gestore • Autodichiarazione • Autonomi accertamenti della p.a. • Logicità e ragionevolezza • Contestabilità da parte di altro gestore • Interesse di mero fatto • Inammissibilità.

Il gestore di un servizio di telecomunicazioni (nella specie, telefonia mobile) ha un interesse di mero fatto a mantenere un vantaggio nell'esercizio dell'attività concessa. È pertanto inammissibile il ricorso volto ad annullare i provvedimenti della p.a. consequenziali alla autodichiarazione di altro gestore del medesimo servizio attestante l'assolvimento degli obblighi di copertura territoriale, peraltro verificato dalla p.a. tramite autonomi accertamenti

che non presentano alcuna manifesta e palese illogicità o carenza valutativa.

Telecomunicazioni •

Telefonia mobile • Obbligo di connessione fra gestori (c.d. roaming) • Invito ad un gestore di erogare il servizio di « roaming » • Sindacabilità dei presupposti di fatto dell'invito • Inammissibilità.

Il gestore di un servizio di telecomunicazioni (nella specie, telefonia mobile) non ha titolo per sindacare l'invito rivoltagli dalla p.a. di ottemperare all'obbligo di c.d. roaming impostogli dalla concessione in quanto compete alla p.a. e solo alla p.a. accettare l'esistenza dei presupposti di fatto, concernenti altro gestore del medesimo servizio da cui sorge tale obbligo.

1. Con il primo dei ricorsi in epigrafe (n. 3884/96) si chiede l'annullamento delle determinazioni di cui alle note del Segretariato Generale del Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni 12 gennaio 1996, n. 137/PSG, 26 gennaio 1996, n. 322/PSG e 6 marzo 1996, n. 996/PSG, con le quali, secondo quanto denunciato dalla ricorrente, l'Amministrazione ha stabilito di non dover provvedere formalmente in merito all'avvio del servizio commerciale da parte di Omnitel ed alla fornitura del servizio di « roaming » da parte di TIM a favore della stessa Omnitel ed ha autorizzato quest'ultima ad avviare il servizio commerciale e a pretendere da TIM l'erogazione del « roaming » sulla base di una sola sua dichiarazione unilaterale di aver raggiunto le condizioni di cui all'art. 5 della convenzione 2 dicembre 1994.

1.1. Premesso che il « roaming nazionale » consente al concessionario — che abbia coperto una determinata superficie territoriale avvalendosi dei propri impianti — di ottenere che i propri utenti possano raggiungere le altre zone del territorio avvalendosi degli impianti dell'altro concessionario, suo diretto concorrente, la ricorrente denuncia la violazione degli art. 5 e 23 delle Convenzioni Omnitel (2 dicembre 1994) e TIM (22 dicembre 1994), assumendo, in particolare, e in primo luogo, che l'Amministrazione, allorché OPI ha chiesto di dare inizio al servizio commerciale vero e proprio, sarebbe stata tenuta a verificare tempestivamente la sussistenza

del requisito relativo alla copertura del 40% del territorio nazionale, giusta art. 5 della Convenzione (posto a tutela sia dell'interesse generale dell'utenza che di quello dell'altro gestore); inoltre, essa non avrebbe potuto decidere di non adottare un provvedimento espresso per autorizzare il detto servizio commerciale OPI anche in relazione a quanto in tal senso dallo stesso Ministero testualmente previsto nella propria nota del 9 agosto 1995.

1.2. Precisa, ancora, TIM che il provvedimento formale sarebbe stato indispensabile non solo per consentire ad OPI l'avvio del servizio commerciale, ma anche per abilitare TIM ad erogare il roaming, per quest'ultima il relativo obbligo sorgendo solo « fermi gli impegni di copertura del servizio previsti dall'art. 5 » e per un periodo di soli 24 mesi dell'avvio del servizio; prosegue, ancora, la ricorrente che, poiché gli impegni di copertura sono assunti da OPI nei confronti del Ministero e non di TIM e le condizioni per l'avvio del servizio interessano l'utenza e il servizio nel suo insieme e, dunque, il Ministero, ne conseguirebbe che l'obbligo a contrattare di TIM sorgerebbe solo se ed in quanto il Ministero medesimo, esercitate le proprie competenze, abbia autorizzato OPI ad avviare il servizio commerciale e, conseguentemente, abbia impartito istruzioni per l'erogazione del roaming alla stessa TIM.

1.3. Assume, ancora, quest'ultima, che, in assenza di formali determinazioni del Ministero, essa si troverebbe esposta a responsabilità verso l'Amministrazione (e alle possibili sanzioni da parte della stessa) sia se il roaming venisse concesso in assenza del requisito del 40% di copertura da parte di OPI, sia nell'ipotesi in cui la stessa TIM intendesse negarlo per difetto di detto requisito; donde il dovere della P.A., in omaggio ai principi della certezza e della trasparenza dei comportamenti amministrativi, non solo di prevenire condizioni che creino situazioni di incertezza e di difficoltà per i suoi concessionari, ma, a maggior ragione, di non crearle.

1.4. Dopo aver sostenuto la carenza di ogni adeguata istruttoria, da parte del Ministero, in vista di una concreta e valida verifica dei dati forniti da OPI in merito all'asserita copertura del 40% del territorio nazionale, la ricorrente fa notare come sarebbe contraddittorio e illegittimo che l'Amministrazione, nonostante la presa di conoscenza di una documentazione — dalla stessa intimante prodotta — che solleverebbe seri dubbi sull'esistenza, al 4 marzo 1996, di una copertura del territorio che già avrebbe dovuto essere presente al 6 dicembre 1995, si astenga dall'adottare qualsiasi misura, sia pure cautelare, e consenta che prosegua il servizio commerciale di OPI senza preoccuparsi di verificare con immediatezza se i dubbi sollevati sono fondati; e allo stesso modo illegittima e contraddistinta sarebbe la decisione del Ministero che il roaming venga affidato, come questione privata, alla negoziazione dei concessionari, nonostante la estrema incertezza circa la sussistenza del presupposto per la concessione del servizio.

1.5. Assume, ancora, la ricorrente che sarebbe illegittimo, per disparità di trattamento, il richiamo fatto dal Ministero, per giustificare le statuizioni impugnate, al fatto che si sarebbe, in effetti, attenuto, per OPI, a quanto in precedenza praticato per la stessa TIM, le posizioni delle due concessionarie non essendo, secondo l'intimante, assimilabili e non avendo, comunque, l'Amministrazione dato conto di essersi fatta carico di valutare la diversa posizione delle medesime.

1.6. Prosegue la ricorrente sostenendo che la verifica sulla copertura da parte di OPI avrebbe dovuto essere condotta anche con la partecipazione di TIM — cui avrebbero dovuto, ad ogni buon conto, essere dati in visione gli atti della compiuta istruttoria — essendo essa non solo soggetto direttamente interessato al procedimento, ma avendo anche formalmente richiesto di intervenire.

1.7. Sussisterebbe, infine, secondo l'assunto attoreo, un'ulteriore, specifica e grave violazione dell'art. 23 delle Convenzioni OPI e TIM; la clausola convenzionale stabilisce, infatti, che, se nel rapporto tra i due concessionari relativo al roaming permanessero punti controversi, il Ministero assumerà le determinazioni del caso, che saranno vincolanti per le concessionarie; ebbene, nel caso in esame la controversia non riguarderebbe un punto secondario, ma una questione essenziale ai fini del roaming (la copertura territoriale effettiva da parte di OPI al momento dell'avvio del servizio commerciale, che la stessa OPI afferma all'epoca esistente e che, per contro, TIM nega), donde l'ulteriore censura secondo cui l'Amministrazione avrebbe autorizzato OPI ad avviare il servizio commerciale e a pretendere da TIM il roaming, senza che sussistesse la condizione, imposta dalla convenzione come presupposto essenziale, della estensione della copertura al 40% del territorio nazionale; e senza che ai fini di tale autorizzazione fosse compiuta alcuna adeguata istruttoria; ad ogni buon conto, conclude la ricorrente, anche se, in via del tutto ipotetica, alla data di avvio del servizio commerciale da parte di OPI sussistesse, in effetti, la prescritta copertura, ciò non di meno il lamentato vizio istruttorio inficierebbe tutta la procedura *de qua*, atteso che nessuna norma convenzionale o principio generale prevederebbe che l'autocertificazione possa avere effetto in un rapporto concessorio destinato a produrre obbligazioni nei confronti o a carico di terzi.

1.8. Con motivi aggiunti denuncia, infine, la ricorrente che il Ministero avrebbe attribuito alla « assicurazione » fornita da OPI (e conosciuta, si assume, solo a seguito di deposito in giudizio) il significato e la portata di una autocertificazione, laddove in detta missiva OPI avrebbe assicurato detta copertura, ma con riferimento ad una metodologia la cui validità non è stata dall'Amministrazione esaminata e valutata con idonea istruttoria, né approvata preventivamente ai fini del rispetto della condizione tassativamente prevista dall'art. 5 della Convenzione.

2. L'Amministrazione intimata, ritualmente costituitasi in giudizio, eccepisce, in memoria, l'inammissibilità del ricorso, insistendo, comunque, per la sua infondatezza nel merito.

Si è, altresì, costituita in giudizio la controinteressata Omnitel Pronto Italia S.p.a., eccependo pure, nella proprie memorie, l'inammissibilità del ricorso sotto molteplici profili e insistendo, comunque, per la sua infondatezza nel merito.

3. Con il secondo dei ricorsi in epigrafe (n. 4363/96) si chiede, da parte della stessa Telecom Italia Mobile s.p.a., l'annullamento delle determinazioni di cui alla nota del Ministro P.T. del 12 marzo 1996, n. 1122/PSG, disciplinate la convenzione tra i due gestori di telefonia mobile GSM ai sensi dell'art. 23, comma 2, della convenzione, nonché del « nulla osta » alla erogazione del « roaming » da parte di TIM (Telecom Italia Mobile) in favore di OPI (Omnitel Pronto Italia), pure in tale nota contenuto.

3.1. In primo luogo la ricorrente censura le determinazioni ora dette per illegittimità derivata da quella degli atti impugnati con il ricorso appena esaminato.

3.2. La ricorrente si duole, poi, del fatto che, pur a fronte dei poteri-doveri derivantigli dagli artt. 23 delle due convenzioni, il Ministero si sia illegittimamente sottratto al dovere di dirimere la controversia che era insorta tra i due gestori, che era stata in concreto denunciata e che atteneva al punto fondamentale del loro rapporto, il roaming potendo essere erogato solo a seguito dell'effettiva copertura, da parte dell'altro gestore, del 40% del territorio.

3.3. Lamenta, ancora, la ricorrente il fatto che il Ministero abbia preso in considerazione un testo di convenzione per l'erogazione del roaming siglato tra le parti il 9 ottobre 1995, senza assegnare, immotivatamente, alcun rilievo al testo convenzionale trasmessogli in data 11 marzo 1996, costituente formale manifestazione di volontà da parte di TIM.

3.4. Sostiene, poi, l'intimante che se il Ministero ha ritenuto rilevante la sigla apposta al testo del 9 ottobre e, ciò non ostante, non ha adottato alcun provvedimento fino al 12 marzo 1996, ciò sarebbe segno inequivoco che, a giudizio della stessa P.A., prima del 13 marzo 1996 non vi sarebbero state le condizioni per dare avvio al roaming; il fatto sopravvenuto non avrebbe, tuttavia, potuto essere rappresentato dalla circostanza che le parti avevano indicato il 13 marzo come la data dalla quale, tecnicamente, si sarebbe potuto iniziare il servizio, essendo stata tale indicazione espressamente subordinata da TIM alla prova della effettiva esistenza della copertura territoriale cui il servizio commerciale di OPI e l'erogazione del roaming sono subordinati; il Ministero, pertanto, ad avviso della ricorrente, da un lato avrebbe ritardato dal 9 ottobre 1995 al 12 marzo 1996 le determinazioni relative al contratto, nell'esplicito presupposto che si dovesse accertare pregiudizialmente la sussistenza delle condizioni per concederlo e, dall'altro, contraddittoriamente avrebbe adottato il provvedimento senza darsi cura di verificare tale condizione ed, anzi, quando sarebbero sorti ragionevoli dubbi sull'esistenza della copertura e quando tra le parti era insorto un contrasto in merito alla sussistenza delle condizioni cui il roaming è legato ed alla data da cui lo stesso giuridicamente avrebbe dovuto avere inizio; l'illegittimità di aver assunto a base il testo del 9 ottobre 1995 e non quello oggetto dell'offerta formale di TIM dell'11 marzo avrebbe, dunque, determinato una conseguenza anti-giuridica poiché avrebbe fatto sì che il servizio avesse inizio senza che esistesse un unico testo recante la sottoscrizione di entrambe le parti.

3.5. Con ulteriore motivo la ricorrente si duole del fatto che il nulla osta di cui alla nota 12 marzo qui gravata sarebbe inficiato, oltre che in via derivativa, anche in via autonoma dai medesimi vizi già fatti valere contro le note del 12 e 26 gennaio e del 6 marzo 1996: il Ministero, in particolare, avrebbe dovuto accertare la sussistenza della copertura del 40% del territorio, non rientrando nei suoi poteri consentire l'avvio del servizio commerciale da parte di OPI sulla base della semplice autocertificazione da questa resa; tantopiù non avrebbe potuto farlo nel caso specifico, in quanto il nulla-osta sarebbe stato qui specificamente diretto a legittimare l'erogazione di un servizio da parte di un concessionario, TIM, in favore dell'altro.

3.6. Osserva, ancora, la ricorrente che, anche a voler concedere che il Ministero potesse, in via di principio, consentire a OPI l'avvio del servizio commerciale sulla base di una sua autocertificazione in merito alla sussistenza della copertura necessaria, dovrebbe ritenersi che a tale indirizzo l'Amministrazione non potesse più attenersi dal momento in cui fosse ri-

sultato che la premessa su cui l'antecedente determinazione del Ministero si è basata sarebbe stata inesistente, avendo OPI in modo esplicito dichiarato, sempre secondo l'assunto attoreo, nella nota dell'8 marzo 1996, di non aver posto in essere, il 6 dicembre 1995, alcuna autocertificazione, bensì una semplice comunicazione; nella stessa nota dell'8 marzo, poi, OPI avrebbe legittimato l'avvio del servizio commerciale sulla base di una verifica ministeriale che, viceversa, sarebbe mancata o sarebbe stata incompleta, tantopiù che il Ministero non avrebbe potuto più attenersi alla tesi dell'autocertificazione da parte di OPI, oppure avrebbe dovuto sospenderla, in quanto al 12 marzo non solo sarebbero state fornite le prove, da parte di TIM, che la copertura di OPI sarebbe stata insufficiente, ma OPI stessa, nel momento in cui la validità di tali prove non contestava espressamente, si sarebbe rifiutata anche di ripeterle in contraddittorio; sintomi, questi, che singolarmente e, più ancora, nel loro complesso avrebbero dovuto indurre la P.A. a subordinare l'inizio del servizio commerciale di OPI e la concessione del roaming da parte di TIM al previo accertamento amministrativo della sussistenza delle condizioni di cui all'art. 5, comma 1, della Convenzione.

3.7. Conclude la ricorrente osservando che il Ministero sarebbe stato in grado di avviare i controlli, effettuando verifiche parziali, sin dalla metà di novembre del 1995, senza che vi fosse necessità di attendere la comunicazione finale del 6 dicembre; in ogni caso, l'Amministrazione avrebbe potuto esperire le proprie verifiche in un lasso di tempo brevissimo, basandosi anche sulle verifiche operate da TIM in tempi estremamente brevi, ciò che evidenzierebbe una manifesta carenza istruttoria.

3.8. Con motivi aggiunti denuncia, infine, la ricorrente che il Ministero avrebbe attribuito alla « assicurazione » fornita da OPI (e conosciuta, si assume, solo a seguito di deposito in giudizio) il significato e la portata di una autocertificazione, laddove in detta missiva OPI avrebbe assicurato detta copertura, ma con riferimento ad una metodologia la cui validità non è stata dall'Amministrazione esaminata e valutata con idonea istruttoria, né approvata preventivamente ai fini del rispetto della condizione tassativamente prevista dall'art. 5 della Convenzione.

4. L'Amministrazione intimata, ritualmente costituitasi in giudizio, eccepisce, in memoria, l'inammissibilità del ricorso, insistendo, comunque, per la sua infondatezza nel merito.

Si è, altresì, costituita in giudizio la controinteressata Omnitel Pronto Italia S.p.a., eccependo pure, nelle proprie memorie, l'inammissibilità del ricorso sotto molteplici profili e insistendo, comunque, per la sua infondatezza nel merito.

Con memorie conclusionali le parti hanno ribadito i rispettivi assunti difensivi.

Dopo ampia discussione la causa è passata in decisione.

DIRITTO. — 1. Con il primo dei ricorsi in epigrafe (n. 3884/96) si chiede l'annullamento delle determinazioni di cui alle note del Segretariato Generale del Ministero delle Poste e delle telecomunicazioni 12 gennaio 1996, n. 137/PSG, 26 gennaio 1996, n. 322/PSG e 6 marzo 1996, n. 996/PSG, con le quali, secondo quanto denunciato dalla ricorrente, l'Amministrazione ha stabilito di non dover provvedere formalmente in merito all'avvio del servizio commerciale da parte di Omnitel ed alla fornitura del servizio di « roaming » da parte di TIM a favore della stessa Omnitel ed ha autoriz-

zato quest'ultima ad avviare il servizio commerciale e a pretendere da TIM l'erogazione del « roaming » sulla base di una sola sua dichiarazione unilaterale di aver raggiunto le condizioni di cui all'art. 5 della convenzione 2 dicembre 1994.

Con il secondo dei ricorsi in epigrafe (n. 4363/96) si chiede, da parte della stessa Telecom Italia Mobile s.p.a., l'annullamento delle determinazioni di cui alla nota del Ministro P.T. del 12 marzo 1996, n. 1122/PSG, disciplinante la convenzione tra i due gestori di telefonia mobile GSM ai sensi dell'art. 23, comma 2, della convenzione, nonché del « nulla osta » alla erogazione del « roaming » da parte di TIM (Telecom Italia Mobile) in favore di OPI (Omnitel Pronto Italia), pure in tale nota contenuto.

2. I ricorsi, attesa la loro connessione oggettiva e soggettiva, possono essere riuniti.

3. Passando all'esame del primo di essi, occorre osservare che, con la citata nota del 12 gennaio 1996, il Ministero intimato ha rappresentato a TIM che « la Società Omnitel Pronto Italia, con lettera del 6 dicembre 1995, ha assicurato di aver raggiunto la copertura prevista dalla convenzione e di aver adempiuto a tutti gli obblighi ai fini dell'inizio del servizio commerciale »; ha precisato, altresì, l'Amministrazione che, « quanto all'avvio del servizio commerciale in questione ed all'effettuazione di controlli ministeriali relativi anche alla effettività della copertura stessa, si fa presente che si è adottata, nei confronti del secondo gestore, la medesima procedura già messa in atto nei confronti della Vostra Società e che non è stata segnalata finora alcuna anomalia »; ha precisato, infine, il Ministero che ogni controllo in merito era di sua stretta competenza e che non riteneva, pertanto, di dover procedere alla richiesta trasmissione di alcun documento afferente alla predetta OPI.

Sempre in linea di fatto, appare utile precisare che con la nota del 26 gennaio 1996 il Ministero ha rappresentato sia a TIM che ad OPI, con la ripetuta nota del 6 gennaio 1996, ha dato assicurazione riguardo al raggiungimento del 40% di copertura del territorio nazionale e che analoga assicurazione circa la copertura del territorio fu offerta da parte della stessa TIM con nota 28 febbraio 1995, n. 468; ha precisato, ancora, il Ministero che, in una con detta missiva, OPI aveva trasmesso anche l'elenco delle stazioni radiobase dichiarate attive alla data del 7 dicembre 1995, con i relativi parametri di ubicazione e di emissione, nonché una cartina del territorio italiano con la evidenziazione delle zone coperte con dette stazioni e che la mappa di copertura era stata realizzata con « output del software di simulazione Planet 2.1 » e che, inoltre, lo stesso Ministero « ha riscontrato, mediante la lettura ottica della cartina con mezzi informatici, così come fu fatto in precedenza sulla analoga cartina fornita da codesta Società, che le zone evidenziate corrispondevano complessivamente a un valore non inferiore al 40% del territorio nazionale e ha provveduto altresì ad inviare agli Uffici circoscrizionali P.T. l'elenco delle stazioni radio base fornito da Omnitel Pronto Italia per il controllo della effettiva operatività delle stazioni stesse con le caratteristiche indicate dalla Società »; ha concluso precisando che « a tutt'oggi non è pervenuta alcuna risultanza negativa sui suddetti controlli da parte degli Uffici circoscrizionali » e che, « tutto ciò premesso, si rammenta che gli inadempimenti e le inosservanza degli obblighi convenzionali, anche riferito a quanto disposto dall'art. 23 della convenzione, concernente il roaming nazionale, sono soggetti a sanzione ai sensi della convenzione medesima ».

Con la pure impugnata nota del 6 marzo 1996, infine, il Ministero ha comunicato a TIM quanto segue: « con lettera inviata in data 14 febbraio c.a. PSG/64/96/R (e successiva nota del 16 febbraio, OSG/66/96/R, con cui si prendeva atto delle precisazioni rese da codesta Società in calce alla vostra del 15 febbraio, PSG/49/96/R) questo Ministero ha preso atto dell'accordo intervenuto tra codesta Società e la Società OPI il giorno 14 febbraio, nel corso della riunione avvenuta alla presenza dei rappresentanti del Ministero, di attivare la funzionalità del roaming nazionale entro e non oltre il prossimo 13 marzo. In proposito si ribadisce che tale servizio di roaming nazionale discende direttamente dal disposto delle Convenzioni e che esso è configurato espressamente come un obbligo a contrarre nei confronti dell'altra concessionaria senza che siano previsti interventi di natura certificatoria da parte di questo Ministero, che si è fin qui adoperato al solo scopo di assicurare agli utenti il servizio nelle zone coperte da uno solo dei concessionari. In quanto obbligazione contrattuale, è ben chiaro che adempimenti ed inadempimenti relativi al roaming non possono che interessare, quanto alle conseguenze, le parti. Queste, peraltro, hanno a suo tempo stipulato la convenzione di cui all'art. 23 della Convenzione in merito alla quale questo Ministero ha da tempo adottato i provvedimenti integrativi di sua competenza, l'ultimo dei quali, relativo alla determinazione del compenso economico, viene soddisfatto con separata lettera ». Dopo aver precisato che il Ministero avrebbe tenuto in conto, ai fini delle valutazioni di competenza in merito alla effettiva dimensione territoriale di OPI, anche le verifiche effettuate in proposito da TIM, la stessa Amministrazione ha, altresì, inteso formalmente chiarire che « il termine del 13 marzo, stabilito in piena autonomia dalle parti per l'attivazione del roaming nazionale, non può in nessun caso essere utilizzato per condizionare l'azione ministeriale di controllo. Quanto alle verifiche fin qui effettuate » — ha proseguito ancora il Ministero — « vi è stato più volte comunicato che sulla base dell'esplicito disposto convenzionale è stata ricevuta una dichiarazione della Società OIP di cui abbiamo, al momento, verificato la conformità sulla base della medesima metodologia di individuazione della copertura territoriale da Voi fornita al fine di avviare il Vostro servizio commerciale ». La nota si concludeva con la precisazione, tra l'altro, che le verifiche in corso, condotte anche sulla base dei dati forniti da TIM, non avevano apportato elementi univocamente idonei a far dubitare della dichiarazione di OPI.

4. Premesso che il « roaming nazionale » consente al concessionario — che abbia coperto una determinata superficie territoriale avvalendosi dei propri impianti — di ottenere che i propri utenti possano raggiungere le altre zone del territorio avvalendosi degli impianti dell'altro concessionario, suo diretto concorrente, la ricorrente denuncia la violazione degli artt. 5 e 23 delle Convenzioni Omnitel (2 dicembre 1994) e TIM (22 dicembre 1994), assumendo, in particolare, e in primo luogo, che l'Amministrazione, allorché OPI ha chiesto di dare inizio al servizio commerciale vero e proprio, sarebbe stata tenuta a verificare tempestivamente la sussistenza del requisito relativo alla copertura del 40% del territorio nazionale, giusta art. 5 della Convenzione (posto a tutela sia dell'interesse generale dell'utenza che di quello dell'altro gestore); inoltre, essa non avrebbe potuto decidere di non adottare un provvedimento espresso per autorizzare il detto servizio commerciale OPI anche in relazione a quanto in tal senso dallo stesso Ministero testualmente previsto nella propria nota del 9 agosto 1995.

Precisa, ancora, TIM che il provvedimento formale sarebbe stato indispensabile non solo per consentire ad OPI l'avvio del servizio commerciale, ma anche per abilitare TIM ad erogare il roaming, per quest'ultima il relativo obbligo sorgendo solo «fermi gli impegni di copertura del servizio previsti dall'art. 5» e per un periodo di soli 24 mesi dall'avviso del servizio; prosegue, ancora, la ricorrente che, poiché gli impegni di copertura sono assunti da OPI nei confronti del Ministero e non di TIM e le condizioni per l'avvio del servizio interessano l'utenza e il servizio nel suo insieme e, dunque, il Ministero, ne conseguirebbe che l'obbligo a contrattare di TIM sorgerebbe solo se ed in quanto il Ministero medesimo, esercitate le proprie competenze, abbia autorizzato OIP ad avviare il servizio commerciale e, conseguentemente, abbia impartito istruzioni per l'erogazione del roaming alla stessa TIM.

Assume, ancora, quest'ultima, che, in assenza di formali determinazioni del Ministero, essa si troverebbe esposta a responsabilità verso l'Amministrazione (e alle possibili sanzioni da parte della stessa) sia se il roaming venisse concesso in assenza del requisito del 40% di copertura da parte di OPI, sia nell'ipotesi in cui la stessa TIM intendesse negarlo per difetto del detto requisito; donde il dovere della P.A., in omaggio ai principi della certezza e della trasparenza dei comportamenti amministrativi, non solo di prevenire condizioni che creino situazioni di incertezza e di difficoltà per i suoi concessionari, ma, a maggior ragione, di non crearle.

Dopo aver sostenuto la carenza di ogni adeguata istruttoria, da parte del Ministero, in vista di una concreta e valida verifica dei dati forniti da OPI in merito all'asserita copertura del 40% del territorio nazionale, la ricorrente fa notare come sarebbe contraddittorio e illegittimo che l'Amministrazione, nonostante la presa di conoscenza di una documentazione — dalla stessa intimante prodotta — che solleverebbe seri dubbi sull'esistenza, al 4 marzo 1996, di una copertura del territorio che già avrebbe dovuto essere presente al 6 dicembre 1995, si astenga dall'adottare qualsiasi misura, sia pure cautelare, e consenta che prosegua il servizio commerciale di OPI senza preoccuparsi di verificare con immediatezza se i dubbi sollevati sono fondati; e allo stesso modo illegittima e contraddittoria sarebbe la decisione del Ministero che il roaming venga affidato, come questione privata, alla negoziazione dei concessionari, nonostante la estrema incertezza circa la sussistenza del presupposto per la concessione del servizio.

Assume, ancora, la ricorrente che sarebbe illegittimo, per disparità di trattamento, il richiamo fatto dal Ministero, per giustificare le statuizioni impugnate, al fatto che si sarebbe, in effetti, attenuto, per OPI, a quanto in precedenza praticato per la stessa TIM, le posizioni delle due concessionarie non essendo, secondo l'intimante, assimilabile e non avendo, comunque, l'Amministrazione dato conto di essersi fatta carico di valutare la diversa posizione delle medesime.

Prosegue la ricorrente sostenendo che la verifica sulla copertura da parte di OPI avrebbe dovuto essere condotta anche con la partecipazione di TIM — cui avrebbero dovuto, ad ogni buon conto, essere dati in visione gli atti della compiuta istruttoria — essendo essa non solo soggetto direttamente interessato al procedimento, ma avendo anche formalmente richiesto di intervenire.

Sussisterebbe, infine, secondo l'assunto attoreo, un'ulteriore, specifica e grave violazione dell'art. 23 delle Convenzioni OPI e TIM; la clausola

convenzionale stabilisce, infatti, che, se nel rapporto tra i due concessionari relativo al roaming permanessero punti controversi, il Ministero assumerà le determinazioni del caso, che saranno vincolanti per le concessionarie; ebbene, nel caso in esame la controversia non riguarderebbe un punto secondario, ma una questione essenziale ai fini del roaming (la copertura territoriale effettiva da parte di OPI al momento dell'avvio del servizio commerciale, che la stessa OPI afferma all'epoca esistente e che, per contro, TIM nega), donde l'ulteriore censura secondo cui l'Amministrazione avrebbe autorizzato OPI ad avviare il servizio commerciale e a pretendere da TIM il roaming, senza che sussistesse la condizione, imposta dalla convenzione come presupposto essenziale, della estensione della copertura al 40% del territorio nazionale; e senza che ai fini di tale autorizzazione fosse compiuta alcuna adeguata istruttoria; ad ogni buon conto, conclude la ricorrente, anche se, in via del tutto ipotetica, alla data di avvio del servizio commerciale da parte di OPI sussistesse, in effetti, la prescritta copertura, ciò non di meno il lamentato vizio istruttorio inficierebbe tutta la procedura *de qua*, atteso che nessuna norma convenzionale o principio generale prevederebbe che l'autocertificazione possa avere effetto in un rapporto concessorio destinato a produrre obbligazioni nei confronti o a carico di terzi.

5. Con motivi aggiunti denuncia, poi, la ricorrente che il Ministero avrebbe attribuito alla « assicurazione » fornita da OPI (e conosciuta, si assume, solo a seguito di deposito in giudizio) il significato e la portata di una autocertificazione, laddove in detta missiva OPI avrebbe assicurato detta copertura, ma con riferimento ad una metodologia la cui validità non è stata dall'Amministrazione esaminata e valutata con idonea istruttoria, né approvata preventivamente ai fini del rispetto della condizione tassativamente prevista dall'art. 5 della Convenzione.

6. Il ricorso è inammissibile.

6.1. Come è noto, infatti, l'interesse economico imprenditoriale può assumere rilevanza nel procedimento concessorio inteso a favorire altri concorrenti solo se e nella misura in cui sia la stessa norma d'organizzazione, dalla quale l'esercizio del potere concessorio è regolato, a imporne la valutazione in quel procedimento; ma, al di fuori dei casi in cui sia la stessa legge ad attribuire rilevanza ad aspettative del concessionario di pubblico servizio, l'interesse dell'impresa a conservare una situazione di vantaggio nell'esercizio dell'attività concessa è un interesse di fatto, che neppure in via indiretta e mediata riceve tutela dalle norme regolatrici del potere di concessione attribuito all'Ente pubblico titolare del servizio stesso (cfr. Cons. St., Sez. VI, 20 ottobre 1981, n. 502).

Ebbene, nella specie non solo la disciplina regolatrice del rapporto concessorio di cui si tratta non accorda a TIM, in qualità di concessionaria del servizio GSM, alcuna specifica tutela della posizione di vantaggio economico-imprenditoriale accordatale mediante concessione del servizio stesso, ma, al contrario, essa è manifestamente intesa a tutelare l'interesse pubblico a fruire di una pluralità di gestori tra loro in regime di libera concorrenza e in assenza di alcuna posizione dominante, in piena aderenza ai principi e ai disposti comunitari che regolano la materia (cfr. preambolo di entrambe le convenzioni e decisione della Commissione 4 ottobre 1995, n. 95/489/CE) e riaffermati autorevolmente dall'Autorità antitrust (v., in atti, la delibera dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato n. 1265 del 1993, il provvedimento della stessa Auto-

rità n. 1532/93, nonché l'atto, sempre della stessa Autorità, 15 marzo 1996, n. 14473).

Se così è, evidente il difetto di legittimazione attiva della ricorrente ad investire le procedure che hanno portato all'avvio del servizio commerciale da parte di OPI; il semplice avvio del servizio, in relazione al quale il Ministero non ha inteso assumere alcuna determinazione autorizzatoria preventiva o anche successiva in sanatoria, se potrebbe, anche qualora potesse, in ipotesi, ledere la posizione privatistica di TIM sul piano della concorrenza sleale — dedotto, ad ogni buon conto, in sede civilistica — non può, per contro, essere rivisto alla stregua di attività lesiva della posizione di concessionaria di pubblico servizio in questa sede fatta valere, tantopiù che non comporta, di per sé, alcun onere diretto e immediato in capo alla ricorrente, atteggiandosi, in conclusione, la posizione in questa sede fatta valere dall'odierna intimante a mero interesse di fatto.

6.2. Al di là, comunque, di queste decisive considerazioni, appare utile osservare, per completezza, che, laddove le Convenzioni tra Ministero e OPI da un lato e Ministero e TIM dall'altro implicano l'adozione di atti autorizzatori da parte dell'autorità ministeriale (v., in particolare, l'art. 5, comma 4, per quanto attiene all'avvio del servizio sperimentale; l'art. 8, comma 2, in tema di condizioni discriminatorie, l'art. 12, comma 3, circa particolari modalità di connessione, nonché l'art. 20, commi 2 e 5) lo indicano specificamente e puntualmente, mentre, in merito all'avvio del servizio commerciale vero e proprio la convenzione non fa riferimento ad alcun preventivo atto autorizzatorio, limitandosi a precisare (art. 5, comma 1) che « la Società dovrà dare inizio al servizio entro diciotto mesi dal rilascio della concessione, assicurando la copertura di almeno il 40% del territorio nazionale e, comunque, della totalità dei comuni capoluogo di regione ».

E, del resto, se l'Amministrazione avesse subordinato, di fatto, l'avvio dell'attività commerciale stessa (come adombrato, in un primo tempo, nella propria nota del 9 agosto 1995, alla quale, peraltro, non ha inteso, evidentemente dare il seguito ivi preannunciato) alla previa autorizzazione, si sarebbe posta verosimilmente la questione della legittimità della richiesta di un atto di siffatta natura, non richiesto espressamente dall'atto convenzionale e in grado, in ipotesi, di condizionare ulteriormente l'attività dello stesso concessionario *ad libitum* dell'amministrazione, in aperto contrasto, tra l'altro, con i principi che disciplinano la materia, intesi all'effettivo ampliamento della concorrenza e alla concreta rimozione di ogni posizione dominante.

E, del resto, successivamente alla stipula della Convenzione Ministero-TIM, quest'ultima risulta aver avviato, poco dopo l'inizio del 1995, l'attività commerciale in base alla semplice assicurazione resa al Ministero in merito alla copertura di una superficie eccedente il 40% del territorio nazionale, senza, a tal fine, chiedere autorizzazione alcuna, né essendo stata ad essa, all'epoca, assoggettata; sicché non si vede perché, nei confronti della concorrenza, pretenda, ora, che l'Amministrazione assuma misure di segno diametralmente opposto con manifesta disparità di trattamento tra i due concessionari, ciò che involgerebbe anche una significativa problematica sul piano del rispetto dei principi antitrust (a meno che, per coerenza, la ricorrente non postuli l'estensione retroattiva dell'attività autorizzatoria anche nei suoi confronti, con ciò facendo, peraltro, fondatamente dubitare dell'interesse stesso al ricorso).

Né, in contrario, può essere utilmente invocata la peculiare posizione, rivestita dalla stessa ricorrente, di ex concessionaria esclusiva, già autorizzata al servizio commerciale GSM, atteso che tale richiamata autorizzazione, dell'8 ottobre 1992, è, comunque, di molto antecedente alla convenzione Ministero-TIM del 22 dicembre 1994 (implicante, come si ripete, all'art. 5, la copertura del 40% del territorio nazionale prima dell'avvio del servizio stesso) e rilasciata, dunque, in base ad una disciplina di settore mutata nelle more e che non presupponeva la ripetuta copertura territoriale minima; una volta introdotta, anche per il primo gestore, la ripetuta disciplina convenzionale — e, in particolare, gli artt. 5 e 23 — non si vede il motivo per cui soltanto per il secondo gestore dovrebbe (solo perché non ha mosso contestazioni in merito alla copertura assicurata da TIM) subordinarsi l'avvio dell'attività commerciale all'autorizzazione e alle previe verifiche ministeriali. In tal senso, del resto, non è senza significato, sempre sul piano dei principi inerenti alla parità di trattamento delle situazioni omogenee, che l'Amministrazione ha osservato, per OPI, i medesimi criteri utilizzati per TIM, prendendo atto allo stesso modo delle assicurazioni da esse rese in merito alla copertura territoriale raggiunta alla base dei modelli e delle metodologie da ciascuna di esse specificate e dall'amministrazione stessa verificati.

Si noti, ancora, che l'assicurazione resa da OPI con nota 6 dicembre 1995, atteso il suo inequivoco contenuto, esplica una funzione certamente autocertificatoria e immediatamente impegnativa per la medesima e produttiva di specifiche responsabilità sul piano convenzionale, anche se non accompagnata da particolari, e non richieste, formule sacramentali; OPI ha, infatti, assicurato, ai sensi del disposto convenzionale, l'avvenuta copertura territoriale in base a criteri e metodologie resi noti al Ministero in precedenza; ed è evidente che, in tale modo, si è assunta tutte le responsabilità e gli oneri connessi alle proprie dichiarazioni e al correlativo avvio dell'attività commerciale, con ogni possibile conseguenza, sul piano sanzionatorio, nell'ipotesi di non veridicità della dichiarazione stessa (v. artt. 32, 41, 42 e 43 della Convenzione).

Né in senso contrario può essere utilmente invocata la nota 8 marzo 1996 di OPI — diretta, ad ogni buon conto, soltanto a TIM — che non esclude affatto il carattere autocertificatorio della precedente nota del 6 dicembre, ma si limita ad operare *inter partes* una breve ricostruzione delle vicende che avevano caratterizzato il pregresso *iter* procedurale, senza per questo incidere in alcun modo sulla valenza di tutto quanto in precedenza posto in essere e dichiarato dalla medesima.

In conclusione, deve escludersi che l'avvio del servizio commerciale vero e proprio (a differenza di quello sperimentale) fosse subordinato ad interventi autorizzatori, fermo restando, naturalmente, il potere sanzionatorio e repressivo dell'Amministrazione nell'ipotesi di dichiarazioni acclarate, in sede di controllo, non rispondenti alla realtà.

6.3. Che se, poi, il presente ricorso dovesse essere rivisto come inteso a sindacare il mancato o il non corretto esercizio delle proprie potestà di controllo e vigilanza da parte dell'Amministrazione, allora esso sarebbe comunque inammissibile, non sussistendo un termine per l'esercizio di tali attività il cui mancato rispetto abiliti alla proposizione del gravame, né la ricorrente avendo (a tutela della propria posizione di concessionaria e dei diritti e obblighi da essa scaturenti) assegnato all'Amministrazione alcun termine ultimo per l'esercizio delle attività stesse.

Per altro verso, il gravame sarebbe, comunque, da un lato, infondato in linea fatto, atteso che nella specie il Ministero ha compiuto una serie di esami, accessi e controlli (in relazione ai quali la controinteressata ha prodotto ampia documentazione) atti a verificare la bontà di dati e metodologie offerti da OPI a comprova della necessaria copertura e dell'effettiva operatività degli impianti; e, dall'altro lato, inammissibile nella parte concernente i risultati del controllo stesso, atteso che non compete al concessionario alcun sindacato sulla bontà o meno dei controlli tecnici esperti dalla P.A. nei confronti di altro concessionario, sia in relazione a quanto osservato *sub* 6.1., sia in quanto, trattandosi di contestazioni che involgono il mero esercizio di discrezionalità tecnica, dal quale non emerge, ad ogni buon conto, nella specie, alcuna manifesta e palese illogicità o carenza valutativa *ictu oculi* significativa (fatto salvo, comunque, il potere della parte di comprovare, se del caso, in altra sede e ad altri fini, la non veridicità delle assicurazioni rese dall'altro concessionario).

A ogni buon conto, gli accertamenti istruttori condotti dall'Amministrazione a seguito delle ordinanze in proposito rese dal Collegio hanno confermato, nella sostanza, i risultati degli originari accertamenti esperiti dalla stessa Amministrazione, dando sufficientemente conto delle ragioni che militano a sostegno della metodologie usate e, converso, confutando con criterio logico quanto meno ragionevole, le argomentazioni contrarie svolte dai tecnici di parte ricorrente, le quali, peraltro, non evidenziando con assoluta immediatezza percettiva illogicità manifeste o ben individuati vizi procedurali in merito all'attività verificatoria come sopra posta in essere dal resistente Ministero.

Questo, del resto, in assenza, all'epoca, di propri criteri di verifica debitamente approvati e noti alle parti, si è correttamente affidato ai criteri, alle metodologie e ai dati offerti spontaneamente dai due concessionari e facenti capo a modelli internazionali la cui validità è stata in vario modo attestata anche ad alto livello, compiendo, poi, le verifiche tecniche, anche sul campo, di cui si è detto e che non hanno evidenziato discrepanze degne di nota; e, del resto, appare certamente significativo, in proposito, il fatto che la stessa convenzione corrente tra Ministero e OPI, in relazione alla possibilità di ridurre l'importo garantito da fidejussione bancaria di cui all'art. 47 (*performance bond*), consente a detto concessionario di fornire, via via, le prove delle coperture previste ai numeri 1 e 2 dell'allegato B mediante idonea documentazione atta a dimostrare il livello di copertura territoriale raggiunta, includendo, eventualmente, prospetti di copertura effettuati utilizzando modelli matematici di propagazione che saranno sottoposti alla preventiva approvazione dell'amministrazione concedente; senonché, tale meccanismo è previsto (e sarà verosimilmente attuato mediante l'utilizzazione dell'algoritmo nazionale in corso di definizione) solo con riguardo alle coperture territoriali a fine maggio 1996 — 50% — e fine maggio 1998 — 98% — mentre non è affatto previsto per la copertura del 40% di cui qui si discute e che, pertanto, sfugge all'esigenza dell'utilizzazione di modelli previamente approvati; modelli che, del resto, non risultano essere stati approvati dall'Amministrazione neppure nel momento in cui TIM ha, a sua volta, assicurato l'anzidetta, prescritta copertura.

Né, si noti infine, le clausole convenzionali o altre disposizioni disciplinanti la materia o di carattere generale prevedono alcun intervento del

concessionario in sede di verifica dei dati offerti dall'altro concessionario, così come pure la ricorrente sembra postulare.

6.4. Appare, peraltro, anche utile osservare che i vasti accertamenti autonomamente esperiti dall'Amministrazione a suo tempo, nonché quelli esperiti nella fase istruttoria processuale, hanno, altresì, trovato sostanziale conferma nelle verificazioni dalla medesima P.A. operate, sempre in seno alla medesima istruttoria, nei mesi più recenti e condotte in virtù dell'applicazione dell'algoritmo nazionale di previsione dell'intensità del campo elettromagnetico, in fase di perfezionamento con il concorso degli stessi odierni contraddittori.

Né, contrariamente all'assunto attoreo svolto in sede di discussione, dette ulteriori verificazioni hanno evidenziato, con immediatezza, eventuali difetti logico-valutativi delle pregresse attività verificatorie.

Sostiene, in particolare, la ricorrente che, se al 31 maggio 1996 è stata accertata dal Ministero — mediante il predetto algoritmo nazionale — una copertura, da parte di OPI, del 54,7% del territorio nazionale, assicurata da circa 1.100 impianti, non sarebbe credibile che la medesima, con circa la metà degli impianti ripetitori, potesse assicurare, al 6 dicembre 1995 (data di avvio del servizio commerciale) una copertura pari al 40% del territorio nazionale (la metà del 54,7% non raggiungendo neppure il 30%). Senonché, tale constatazione non appare convincente.

Se fosse vero, infatti, che alla metà degli impianti da prendere in considerazione non potrebbe che equivalere la metà circa delle aree corrispondentemente coperte, allora non si spiegherebbe neppure, sul piano logico, come mai le stesse verifiche condotte autonomamente da esperti incaricati dalla ricorrente avrebbero appurato, praticamente alla stessa data (1° giugno 1996) una copertura da parte di OPI del 42% e, all'inizio di febbraio 1996, una copertura del 31% (cioè circa il 25% in meno), laddove a quest'ultima data le stazioni OPI erano circa 660 e, dunque, circa il 40% in meno rispetto a quelle del 1° giugno. Sarebbe stato logico, invece, se fosse accettabile il criterio di proporzionalità diretta cui ha fatto cenno l'intimante, che al 40% di stazioni in meno corrispondesse una analoga minore copertura, mentre è la stessa perizia di parte prodotta dalla ricorrente a constatare che la copertura al 12 febbraio 1996 era solo del 25% inferiore rispetto a quella del 1° giugno, laddove, se dovesse accettarsi il rapporto invariabile postulato dalla ricorrente, la copertura al mese di febbraio avrebbe dovuto essere del 40% inferiore al valore del 42% relativo al 1° giugno e, dunque, soltanto del 25% (considerazioni affatto analoghe possono, poi, valere per le percentuali di copertura e per le previsioni formulate direttamente da TIM mediante l'utilizzo di proprie metodologie; se le stime TIM, per il 1° giugno, erano per una copertura OPI del 39% circa, allora la copertura al 12 febbraio — 40% in meno di impianti — avrebbe dovuto essere circa del 23% e non del 27% dalla medesima rilevato).

Tanto, solo per osservare che non vi è affatto un rapporto diretto e invariabile tra numero di stazioni e copertura, questa essendo, evidentemente, condizionata da una serie di fattori locali (natura pianeggiante o meno delle aree via via coperte, urbanizzazione, corsi d'acqua o specchi lacustri, tipologia degli impianti ecc.) che escludono, di per sé, per la loro estrema variabilità, l'assoluta invarianza del rapporto in questione. Donde l'inconsistenza del rilievo come sopra formulato da parte ricorrente.

6.5. A margine di tutto quanto sin qui rilevato sembra, peraltro, pure opportuno osservare che il requisito di copertura del 40% di territorio nazionale va riguardato non quale una sorta di linea di confine rigida ed esattamente definita, bensì alla stregua di un dato tendenziale, indice, essenzialmente, della serietà di intenti che il gestore deve manifestare, nel precipuo interesse pubblico, attraverso la predisposizione di una rete ripetitiva sufficientemente vasta e in grado di assicurare, fin dal momento dell'avvio dell'attività commerciale, un sufficiente livello operativo in grado di soddisfare almeno le esigenze minime della clientela.

E, se così è, è pure indubitabile che i dati offerti da OPI e i riscontri a più riprese operanti dall'Amministrazione hanno lasciato comunque trasparire, con sufficiente grado di certezza, la serietà di intenti della stessa concessionaria ora detta, la quale, fin dal dicembre 1995, ha certamente posto in essere una struttura in grado di coprire aree del territorio quanto meno prossime al dato percentuale anzidetto; dato che, comunque, sia in considerazione delle molteplici variabili tecnico-operative evidenziate in sede di verificazioni istruttorie, sia in considerazione dei diversi modelli di verifica e riscontro utilizzabili, non può, come si ripete, essere rigidamente inteso, sibbene riguardato come mero dato di tendenza al quale OPI risulta, comunque, essersi quanto meno approssimata, manifestando, così, non solo la serietà dei propri intenti operativi, ma anche di essere in possesso delle capacità tecniche e imprenditoriali in grado di assicurare, anche in prospettiva, la soddisfazione dell'interesse pubblico sotteso alla ripetuta esigenza di copertura minimale.

6.6. Inammissibile appare, infine, anche la doglianza, che investe la nota ministeriale del 6 marzo 1996, secondo cui illegittima e contraddittoria sarebbe la decisione ministeriale secondo cui il roaming dovrebbe essere affidato come questione privata alla negoziazione dei concessionari, non ostante l'estrema incertezza circa la sussistenza del presupposto per la concessione del servizio.

Nell'occasione, infatti, il Ministero si è limitato, in effetti, a fornire la propria interpretazione delle Convenzioni correnti con le concessionarie in materia di erogazione del roaming, al di fuori dell'esercizio di qualsivoglia attività autoritativa, con la conseguenza che la nota in esame, in quanto priva, appunto, di carattere provvedimentoale, non appare utilmente impugnabile in quanto non lesiva della sfera della ricorrente.

7. Per i suesposti motivi il ricorso n. 3884/96 va dichiarato inammissibile; all'inammissibilità del ricorso segue, naturalmente, anche quella dei relativi motivi aggiunti.

8. Con il secondo dei ricorsi in epigrafe (n. 4363/96) si chiede, da parte della stessa Telecom Italia Mobile s.p.a., l'annullamento delle determinazioni di cui alla nota del Ministro P.T. del 12 marzo 1996, n. 1122/PSG, disciplinante la convenzione tra i due gestori di telefonia mobile GSM ai sensi dell'art. 23, comma 2, della convenzione, nonché del « nulla osta » alla erogazione del « roaming » da parte di TIM (Telecom Italia Mobile) in favore di OPI (Omnitel Pronto Italia), pure in tale nota contenuto.

Vengono svolte, in particolare, le seguenti doglianze:

8.1. In primo luogo la ricorrente censura le determinazioni ora dette per illegittimità derivata da quella degli atti impugnati con il ricorso appena esaminato.

8.2. La ricorrente si duole, poi, del fatto che, pur a fronte dei poteri doveri derivantigli dagli artt. 23 delle due convenzioni, il Ministero si

sia illegittimamente sottratto al dovere di dirimere la controversia che era insorta tra i due gestori, che era stata in concreto denunciata e che attecchiva al punto fondamentale del loro rapporto, il roaming potendo essere erogato solo a seguito dell'effettiva copertura, da parte dell'altro gestore, del 40% del territorio.

8.3. Lamenta, ancora, la ricorrente il fatto che il Ministero abbia preso in considerazione un testo di convenzione per l'erogazione del roaming siglato tra le parti il 9 ottobre 1995, senza assegnare, immotivatamente, alcun rilievo al testo convenzionale trasmessogli in data 11 marzo 1996, costituente formale manifestazione di volontà da parte di TIM.

8.4. Sostiene, poi, l'intimante che se il Ministero ha ritenuto rilevante la sigla apposta al testo del 9 ottobre e, ciò non ostante, non ha adottato alcun provvedimento fino al 12 marzo 1996, ciò sarebbe segno inequivoco che, a giudizio della stessa P.A., prima del 13 marzo 1996 non vi sarebbero state le condizioni per dare avvio al roaming; il fatto sopravvenuto non avrebbe, tuttavia, potuto essere rappresentato dalla circostanza che le parti avevano indicato il 13 marzo come la data alla quale, tecnicamente, si sarebbe potuto iniziare il servizio, essendo stata tale indicazione espressamente subordinata da TIM alla prova della effettiva esistenza della copertura territoriale cui il servizio commerciale di OPI e l'erogazione del roaming sono subordinati; il Ministero, pertanto, ad avviso della ricorrente, da un lato avrebbe ritardato dal 9 ottobre 1995 al 12 marzo 1996 le determinazioni relative al contratto, nell'implicito presupposto che si dovesse accertare pregiudizialmente la sussistenza delle condizioni per concederlo e, dall'altro, contraddittoriamente avrebbe adottato il provvedimento senza darsi cura di verificare tale condizione ed, anzi, quando sarebbero sorti ragionevoli dubbi sull'esistenza della copertura e quando tra le parti era insorto un contrasto in merito alla sussistenza delle condizioni cui il roaming è legato ed alla data da cui lo stesso giuridicamente avrebbe dovuto avere inizio; l'illegittimità di aver assunto a base il testo del 9 ottobre 1995 e non quello oggetto dell'offerta formale di TIM dell'11 marzo avrebbe, dunque, determinato una conseguenza anti-giuridica poiché avrebbe fatto sì che il servizio avesse inizio senza che esistesse un unico testo recante la sottoscrizione di entrambe le parti.

8.5. Con ulteriore motivo la ricorrente si duole del fatto che il nulla osta di cui alla nota 12 marzo qui gravata sarebbe inficiato, oltre che in via derivativa, anche in via autonoma dai medesimi vizi già fatti valere contro le note del 12 e 26 gennaio e del 6 marzo 1996: il Ministero, in particolare, avrebbe dovuto accertare la sussistenza della copertura del 40% del territorio, non rientrando nei suoi poteri consentire l'avvio del servizio commerciale da parte di OPI sulla base della semplice autocertificazione da questa resa; tantopiù non avrebbe potuto farlo nel caso specifico, in quanto il nulla-osta sarebbe stato qui specificamente diretto a legittimare l'erogazione di un servizio da parte di un concessionario, TIM, in favore dell'altro.

8.6. Osserva, ancora, la ricorrente che, anche a voler concedere che il Ministero potesse, in via di principio, consentire a OPI l'avvio del servizio commerciale sulla base di una sua autocertificazione in merito alla sussistenza della copertura necessaria, dovrebbe ritenersi che a tale indirizzo l'Amministrazione non potesse più attenersi dal momento in cui fosse risultato che la premessa su cui l'antecedente determinazione del Ministero si è basata sarebbe stata inesistente, avendo OPI in modo esplicito dichia-

rato, sempre secondo l'assunto attoreo, nella nota dell'8 marzo 1996, di non aver posto in essere, il 6 dicembre 1995, alcuna autocertificazione, bensì una semplice comunicazione; nella stessa nota dell'8 marzo, poi, OPI avrebbe legittimato l'avvio del servizio commerciale sulla base di una verifica ministeriale che, viceversa, sarebbe mancata o sarebbe stata incompleta, tantopiù che il Ministero non avrebbe potuto più attenersi alla tesi dell'autocertificazione da parte di OPI, oppure avrebbe dovuto sospenderla, in quanto al 12 marzo non solo sarebbero state fornite le prove, da parte di TIM, che la copertura di OPI sarebbe stata insufficiente, ma OPI stessa, nel momento in cui la validità di tali prove non contestava espressamente, si sarebbe rifiutata anche di ripeterle in contraddittorio; sintomi, questi, che singolarmente e, più ancora, nel loro complesso avrebbero dovuto indurre la P.A. a subordinare l'inizio del servizio commerciale di OPI e la concessione del roaming da parte di TIM al previo accertamento amministrativo della sussistenza delle condizioni di cui all'art. 5, comma 1, della Convenzione.

8.7. Conclude la ricorrente osservando che il Ministero sarebbe stato in grado di avviare i controlli, effettuando verifiche parziali, sin dalla metà di novembre del 1995, senza che vi fosse necessità di attendere la comunicazione finale del 6 dicembre; in ogni caso, l'Amministrazione avrebbe potuto esperire le proprie verifiche in un lasso di tempo brevissimo, basandosi anche sulle verifiche operate da TIM in tempi estremamente brevi, ciò che evidenzerebbe una manifesta carenza istruttoria.

8.8. Con motivi aggiunti denuncia, infine, la ricorrente che il Ministero avrebbe attribuito alla « assicurazione » fornita da OPI (e conosciuta, si assume, solo a seguito di deposito in giudizio) il significato e la portata di una autocertificazione, laddove in detta missiva OPI avrebbe assicurato detta copertura, ma con riferimento ad una metodologia la cui validità non è stata dall'Amministrazione esaminata e valutata con idonea istruttoria, né approvata preventivamente ai fini del rispetto della condizione tassativamente prevista dall'art. 5 della Convenzione.

9. Tali censure appaiono inammissibili.

In proposito, a parte quanto già rilevato, incidentalmente, nell'esame del precedente ricorso, con riguardo alla ragionevolezza e sufficienza delle operazioni di riscontro poste in essere in concreto dall'Amministrazione in merito alla verifica dell'area di copertura OPI al momento dell'avvio del servizio commerciale, nonché circa l'insussistenza di disposizioni implicanti specifici interventi autorizzatori in vista dell'avvio del servizio stesso, non previsti, come si ripete, in sede convenzionale e non previsti, si badi, neppure con riguardo alla fase di avvio dell'erogazione del roaming, giova qui osservare che il diritto di OPI a fruire, da parte di TIM, dell'erogazione del roaming (e il connesso obbligo di TIM di erogarlo), non nasce dalla convenzione tra OPI stessa e Ministero (il cui art. 23, comma 1, si riferisce, evidentemente, dato il carattere bilaterale dell'atto convenzionale, all'obbligo di OPI stessa di erogare il roaming a favore di TIM ove questa avesse inteso avvalersene) sibbene direttamente e con immediatezza dall'art. 23, comma 1, della convenzione tra il Ministero e la medesima TIM (« fermi gli impegni di copertura del servizio previsti all'art. 5, comma primo che precede, 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 »).

E, allora, gli impegni di copertura di cui all'art. 5, ivi richiamati, non possono intendersi come oneri di copertura da parte di OPI, bensì dell'altro contraente convenzionale e, dunque, di TIM, il cui obbligo di erogare il roaming (cui, nella specie, non è stato formalmente opposto, da TIM stessa, alcun reciso rifiuto né, correlativamente, hanno fatto seguito determinazioni ministeriali intese ad imporre autoritativamente tale erogazione, ma solo di presa d'atto dell'avvio di quest'ultima, secondo quanto in precedenza concordato, non avendo l'Amministrazione riscontrato elementi ostativi) sorge nel momento stesso in cui tale concessionaria abbia soddisfatto il requisito minimo di copertura di cui al ripetuto art. 5 comma 1 (40% della superficie del territorio nazionale); le convenzioni non contemplando, del resto, in vista dell'erogazione del roaming, in capo all'altro concessionario, altro onere che quello della richiesta dell'erogazione stessa (oltre alla sottoscrizione di apposita convenzione in relazione alla quale il Ministero, ex art. 23, comma 2, della Convenzione, può intervenire autoritativamente per dirimere eventuali punti controversi) ferma, comunque, la doverosa potestà verificatoria e sanzionatoria da parte della P.A. in merito alla legittima attivazione del servizio commerciale, in relazione alla quale le Convenzioni non prevedono, ad ogni buon conto, interventi di natura cautelare o comunque sospensiva, ma penalità pecuniarie ovvero, previa diffida o contestazione di gravi e reiterate inosservanze, la revoca della concessione o la decadenza dalla stessa.

Se, pertanto, l'obbligo di TIM non si correla affatto all'avverarsi della copertura minima da parte di OPI (e dalla medesima assicurata, ad ogni buon conto, come si è visto con la nota del 6 dicembre 1995, formalmente ribadita, peraltro, con dichiarazione giurata della stessa OPI del 12 marzo 1996, vigilia dell'erogazione del roaming), questa non può neppure essere considerata alla stregua di una sorta di condizione sospensiva ai fini dell'erogazione del roaming stesso, uniche condizioni per l'operatività dell'art. 23 della convenzione essendo quelle della copertura minima da parte del medesimo concessionario erogatore — che, in tanto può essere tenuto ad erogare il roaming, in quanto in possesso di una rete ripetitiva sufficientemente estesa e strutturata e in grado di consentire l'avvio del servizio commerciale — e la richiesta di erogazione da parte dell'altro concessionario, le cui vicende soggettive in relazione alla realizzazione della copertura minima possono influire sull'erogazione del roaming solo se ed in quanto, a seguito dell'esercizio, da parte del Ministero, dei propri compiti di vigilanza e repressivi, emerge una situazione di illegittimità tale da incidere, attraverso l'adozione di radicali misure sanzionatorie, sull'esistenza stessa del rapporto concessorio (nella specie, peraltro, si noti, non si fa questione del mancato o non corretto uso di tali poteri repressivi, ma di poteri autorizzatori o interdittori, ad ogni buon conto convenzionalmente non previsti e connessi alla verifica della copertura minima del 40% del territorio nazionale, che, ad avviso della ricorrente, si collocherebbero a monte sia dell'erogazione del roaming che dell'inizio del servizio commerciale e che ne condizionerebbero l'avvio).

E, allora, il presente ricorso va dichiarato inammissibile, oltretutto con riguardo al primo motivo (*sub* 8.1) di illegittimità derivata — attesa l'inammissibilità del primo dei ricorsi in esame — anche con riguardo a tutte quelle censure (*sub* 8.2, 8.4, 8.5, 8.6, 8.7 e 8.8. della narrativa che precede) che si appuntano essenzialmente sulla cennata carenza di copertura del 40% del territorio nazionale e su di un difettoso esercizio, da

parte del Ministero, dei propri poteri verificatori, autorizzatori o, se del caso, cautelari, in merito alla sussistenza della copertura medesima da parte di OPI; la concessionaria TIM versa, infatti, in base alla convenzione, in una situazione di soggezione all'obbligo di erogazione del roaming che non è affatto condizionata alla copertura del 40% del territorio nazionale da parte di OPI, sibbene al proprio livello di copertura e alla richiesta dell'altro concessionario (in relazione ai quali non vi è contestazione) che, in quanto soggetto che opera in forza della propria concessione, è, per ciò stesso, abilitato a richiedere il roaming, senza che il soggetto erogatore possa sindacarne, giusta anche quanto rilevato *sub* 6.1), la legittima operatività in vista di eventuali interventi autorizzatori o cautelari da parte della P.A., non contemplati convenzionalmente; donde l'inammissibilità delle censure stesse per difetto di idonea posizione legittimante in capo alla ricorrente.

10. Parimenti inammissibile appare, infine, la censura (*sub* 8.3) con la quale la ricorrente lamenta che il Ministero abbia preso in considerazione un testo di convenzione per l'erogazione del roaming siglato tra le parti il 9 ottobre 1995, senza assegnare, immotivatamente, alcun rilievo al testo convenzionale trasmessogli in data 11 marzo 1996, costituente formale manifestazione di volontà da parte di TIM, così come pure inammissibile appare l'ultima parte della doglianza di cui al motivo *sub* 8.4 con cui ci si duole del fatto che il Ministero abbia assunto a base il testo del 9 ottobre 1995 e non quello oggetto dell'offerta formale di TIM dell'11 marzo e avrebbe, dunque, determinato una conseguenza antiggiuridica, poiché avrebbe fatto sì che il servizio avesse inizio senza che esistesse un unico testo recante la sottoscrizione di entrambe le parti.

In proposito — a parte quanto potrebbe dirsi in merito alla singolarità di un testo convenzionale a lungo elaborato tra le parti, presente anche la parte pubblica, sostituito unilateralmente da TIM proprio alla vigilia del giorno in cui la medesima si era impegnata, giusto quanto emergente dall'inoppugnata ministeriale del 14 febbraio 1996, n. PSG/64/96/R, ad erogare il roaming senza altri adempimenti, a partire dal giorno 13 marzo successivo — è da osservare che la ricorrente non ha dimostrato quale interesse possa sorreggere, in concreto, l'accoglimento di detti gravami, non avendo affatto precisato quali disposizioni della convenzione approvata dal Ministero nell'esercizio dei poteri *ex art.* 23, comma 2, delle due Convenzioni del dicembre 1994 lederebbero, e per quali specifici motivi, la sua sfera di interessi, né per quali ragioni l'approvazione di quel testo e non di quello da ultimo da essa redatto e sottoposto in limine al Ministero al di fuori di previe intese tra le parti produrrebbe, nella propria sfera di interessi, concrete e ben definite conseguenze preclusive; e, in mancanza di precisazioni in tal senso, le doglianze devono ritenersi inammissibili per genericità, nonché per carenza di ogni interesse documentato e concreto al suo accoglimento.

11. Per i suesposti motivi anche il ricorso in esame va dichiarato inammissibile.

12. Spese, competenze e onorari di giudizio possono essere integralmente compensati tra le parti.

P.Q.M. — Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sez. II, previa riunione dei ricorsi in epigrafe — nn. 3884 e 4363/96 — li dichiara entrambi inammissibili.

RICHIAMI DI DOTTRINA E DI GIURISPRUDENZA

La sentenza in epigrafe solleva le problematiche connesse all'interconnessione fra le due reti mobili secondo quanto previsto dalle convenzioni per la telefonia mobile stipulate con Omnitel e Tele-

com Italia Mobile dopo la gara per l'individuazione del secondo concessionario del radiomobile.

L'interconnessione fra le due reti mobili (il cd. *roaming*) è un diritto soggettivo desumibile dall'*Open Network Provision* per la telefonia mobile (96/2/CE) ed è vitale alla crescita ed allo sviluppo di ogni nuovo operatore che voglia avventurarsi in questo nuovo ambito (vedi PICOZZA, CARDARELLI, *Le politiche comunitarie delle tlc*, relazione al Convegno « Il diritto delle telecomunicazioni », che sarà pubblicata sul n. 1/97 di questa *Rivista*).

La Direttiva in questione ha esteso la liberalizzazione già prevista per i settori a valore aggiunto anche al settore della telefonia mobile che così non rientra più nei diritti di esclusiva.

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 quali non debbono contenere disposizioni diverse da quelle giustificate dalle esigenze fondamentali e, nel caso dei sistemi destinati al grande pubblico, dalle condizioni di servizio sotto forma di regolamentazioni commerciali, garantendo così un comportamento trasparente e non discriminatorio tra i gestori delle reti fisse e mobili di proprietà comune.

Il *roaming* rappresenta appunto 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 nel senso dell'interconnessione. Per giungere all'apposito provvedimento la P.A. può avvalersi della « fattiva » collaborazione dei privati? E in caso positivo quale valore probatorio può assumere la documentazione prodotta da una controparte riguardo al mancato raggiungimento dei requisiti, come nella fattispecie è avvenuto allorché TIM con una perizia ha messo in dubbio il raggiungimento della copertura del 40% del territorio nazionale da parte di Omnitel.

Il primo punto solleva nuove problematiche sull'interpretazione estensiva dell'art. 7 legge n. 241 del 1990 (cfr. MARIUZZO, *Commento all'art. 7*, in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, a cura di Italia, Bassani, Milano, 1991, 104 ss.). La partecipazione è sicuramente una sorta di strumento di difesa degli interessi coinvolti, esplicitando l'esigenza della difesa delle posizioni giuridiche soggettive. Il procedimento amministrativo risulta finalizzato sì al perseguimento dell'interesse pubblico, ma nel pieno rispetto agli interessi direttamente e potenzialmente coinvolti. Il ruolo attivo, con invito di perizie, svolto da TIM nel procedimento di verifica della copertura raggiunta da Omnitel avrebbe meritato forse un'attenzione maggiore da parte del Ministero delle Poste. Pertanto appare discutibile la scelta del Ministero delle Poste di far valutare gli interessi coinvolti alle stesse parti prevedendo che il *roaming* divenisse oggetto dell'autonomia negoziale dei concessionari, senza alcun intervento in merito alla verifica dei requisiti.

Può un dispositivo della Convenzione essere derogato da un accordo fra privati? Si sostiene riguardo ai contratti collettivi del pubblico impiego che ciò non sia possibile (vedi al riguardo Corte Costituzionale, *sentenza 5 maggio 1980 n. 68*, in *Giur. cost.*, 1980, 881 ss. con annotazione di ROMANO; v. altresì GIANNINI M.S., voce *Pubblico impiego*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 302 ss.; SANDULLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, Napoli, XIV ed., 1994, 266 ss.), altrimenti verrebbe meno proprio l'alterità della Pubblica Amministrazione nel rapporto. Eppure il Ministero delle PP.TT. è sembrato esulare dalle sue funzioni allorché ha spinto i due concorrenti a trovare un accordo sul *roaming* (vedi RENDINA F., *Gambino: «TIM ha torto»*, *Roaming entro mercoledì*, in *Il Sole-24 Ore* del 10 marzo 1996). La qual cosa appare ancora più grave se si prende in esame sia l'art. 23 della Convenzione Stato-Omnitel, laddove è esplicitamente previsto che qualora nel rapporto tra i due concessionari relativo al *roaming* permangano punti controversi la competenza decisionale rimessa inderogabilmente al Ministero PP.TT. e non all'autonomia negoziale privata.

L'intervento della P.A. al riguardo sarebbe stato auspicabile, visto che l'art. 3 della restrizione per i gestori dei sistemi di comunicazioni mobili e personali in relazione all'installazione della loro infrastruttura, all'impiego delle infrastrutture fornite da terzi e all'uso in comune dell'infrastruttura, di altri impianti e siti, fatta salva la possibilità di limitare l'impiego di tali infrastrutture (in tal senso ZENO ZENCOVICH, *Sistema giuridico e «diritto delle telecomunicazioni»*, in questa *Rivista*, 1996, 551 ss.).

Il procedimento amministrativo per l'attuazione del *roaming* solleva ulteriori problematiche allorché si prendono in considerazione i mezzi di prova: per addivenire ad una tale decisione il valore probatorio dato ad una perizia di parte, quale quella inoltrata da TIM, può essere compensato da una dichiarazione autocertificativa di Omnitel riguardo alla copertura raggiunta?

Sul punto non possiamo non rilevare quanto riferito dalla Corte riguardo la documentazione presentata da entrambe le parti, laddove si rammenta come non si sia giunti a quella approvazione prevista dall'art. 5 della Convenzione Stato-TIM e dall'art. 5 della Convenzione Stato-Omnitel, necessaria prima di procedere all'interconnessione fra le reti mobili.

Il Ministero PP.TT. 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 del 1995, riconoscendo al più un valore di preliminare di intenti a quanto convenuto dalle parti, riservandosi di effettuare un'accurata verifica della copertura attraverso i Circostel del Ministero (per un'analisi del procedimento vedi BRIGHINA, *Organi di governo e di garanzia nel sistema radiotelevisivo*, in *Radiotelevisione*, a cura di Zaccaria, vol. XV, II del *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Santaniello, Padova, 1996, 169 ss.).

Ci sembra pertanto che il nulla osta amministrativo all'avvio della commercializzazione del servizio senza un'apposito sub-procedimento amministrativo di accertamento i presunti ritardi impiantistici di Omnitel sia stato 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 implicare il roaming, che così come è stato configurato dalla Convenzione Stato-TIM e da quella Stato-Telecom diviene una sorta di obbligo a contrarre senza che siano previsti interventi di natura certificatoria da parte della P.A.: 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 concessionario; la complessità dell'integrazione tecnologica che comunque incide sull'oggetto di più concessionari richiede pertanto un apposito atto amministrativo, in assenza del quale non sarebbe dovuto esser possibile per Omnitel avviare il servizio commerciale e soprattutto non avrebbe potuto indicare a TIM come dare luogo al roaming.

Non può nemmeno valere quel principio di eguaglianza sostanziale a cui si appella il Ministero PP.TT. per il trattamento riservato ad Omnitel e TIM.

L'evoluzione della normativa riguardo alla telefonia cellulare è alquanto complessa e smentisce la posizione assunta dalla P.A.

Con il D.M. 13 febbraio 1990 n. 33 si dava corso al sistema radiomobile di terza generazione consentendo l'utilizzo di terminali portatili.

Se sulla telefonia TACS la Comunità europea non aveva ritenuto di intervenire, con l'avvento della telefonia cellulare in GSM la Commissione Europea ritenne di occuparsene con alcuni atti fra cui il Libro Verde sulle radiocomunicazioni mobili (Com 94, 145 def.) (sul punto vedi VENTURINI, *Servizi di telecomunicazioni e concorrenza nel diritto internazionale e comunitario*, Torino, 1996, 107 ss.).

Il comportamento mantenuto dal Governo italiano, innescava in questi ultimi anni un ulteriore contenzioso Italia-CEE, perché mentre la Commissione invitava ad una liberalizzazione del settore, in Italia continuavano a permanere anche per via di atti amministrativi e normative secondarie una serie di vincoli, difficilmente sormontabili (vedi sul punto NIRO, *Disapplicazione di norme e declaratoria di illegittimità di provvedimento*, in *I garanti delle regole*, a cura di Cassese, Franchini, Bologna, 1996, 200 ss.) alle indicazioni comunitarie.

La Commissione CEE ha, infatti, invitato il Governo italiano a porre fine al monopolio della allora Sip sulla telefonia cellulare, prevista dai due decreti ministeriali con i quali si era estesa la Convenzione Stato-Sip alla telefonia cellulare TACS. Il servizio radiomobile cellulare non poteva non svolgersi che in regime concorrenziale e quindi non poteva limitarsi ad un regime di monopolio l'operatività sul mercato.

Il Ministero delle Poste addiveniva alla decisione di pubblicare un bando di gara per la gestione della rete radiotelefonica GSM, che non prevedeva alcun versamento iniziale a titolo cauzionale. Il disciplinare di gara prevedeva, invece, che l'importo cauzionale *una tantum* sarebbe stato uno dei criteri per la selezione.

La Commissione UE esprimeva successivamente il suo rammarico sulle condizioni meno favorevoli che il Governo italiano aveva previsto per il rilascio della concessione al secondo gestore GSM (e cioè Omnitel-Pronto Italia), e quindi sia per il deposito cauzionale sia per il canone annuo minimo previsto indipendentemente dagli introiti effettuati. Dopo la scelta del secondo contraente la Commissione addirittura addivenne ad un prov-

vedimento di infrazione (vedi COMMISSIONE CE, *Decisione 95/489/CE*, in questa *Rivista*, 1996, 57 ss. con una nostra annotazione). Inoltre gli indirizzi comunitari sulla separazione contabile della gestione della telefonia mobile GSM auspicata dal Libro Verde sulla telefonia mobile (Com. 94/147 def.); Telecom, pertanto, provvedeva a costituire un'apposita società, sempre con logo Telecom (TIM) per non contravvenire alla propria Convenzione con il Ministero delle Poste che impedisce all'art. 12 il trasferimento dei diritti derivanti dal contratto a terzi. Il gestore della rete fissa Telecom non potrà, comunque, anche ai sensi delle indicazioni contenute nella lettera dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato indirizzata al Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni il 17 marzo 1995, applicare ad *Omnitel* condizioni contrattuali e tariffarie diverse da quelle applicate a Telecom Italia Mobile. Una sostanziale parità fra i due competitori del GSM è prevista dalle Convenzioni per il GSM stipulate dallo Stato rispettivamente con Telecom (art. 1) e con Omnitel (art. 2); se la disponibilità delle frequenze assegnate per Telecom è stata repentina, la stessa cosa non è stata per l'Omnitel. Infatti mentre Telecom Italia ha avviato il suo servizio GSM dal 1° aprile 1995, riuscendo ad adempiere puntualmente tutti quegli obblighi previsti dalla Convenzione per l'avvio del servizio (in particolare per i servizi di emergenza e di assistenza e per la copertura territoriale), Omnitel non riuscendo ad adempiere all'obbligo della copertura territoriale in tempi rapidi ha dovuto posticipare al dicembre 1995 l'avvio del servizio commerciale.

Diverse sono le disparità di trattamento fra i gestori attuati a livello convenzionale, che sono adesso divenute oggetto di una procedura di infrazione (notificata in data 3 gennaio 1995) avviata da parte della Commissione CEE nei confronti dello Stato italiano (PICOZZA, CARDARELLI, *op. et loc. supra cit.*; VENTURINI, *op. et loc. supra cit.*): il disciplinare di gara per il secondo operatore GSM prevede, infatti, diversi oneri e vincoli non previsti per il gestore pubblico, dal versamento iniziale di una somma di denaro (da corrispondere *una tantum* al momento dell'aggiudicazione) alla prestazione di *fidejussione* per gli obblighi patrimoniali assunti, dal pagamento all'Amministrazione di un canone minimo per cinque anni al mantenimento sempre per cinque anni della maggioranza azionaria (almeno il 60%) allo stesso soggetto.

È stato, del resto, anche sottolineato come la parità di condizione contrattuali fra i concorrenti possa anche non ritenersi sufficiente, insistendo sull'opportunità di garantire « ai fornitori di servizi liberalizzati eque condizioni di accesso alla rete pubblica » (così CARDARELLI, *Profili di diritto delle tecnologie dell'informazione*, Camerino, 1992, 67 ss.): l'equità può rappresentare un principio ispiratore per la contrattualistica fra il gestore della rete fissa e il gestore del GSM, al quale dovrebbe richiamarsi anche il Ministero delle Poste nella sua attività di vigilanza sulle tariffe contrattuali applicate soprattutto perché il gestore della rete fissa è a sua volta presente anche nel GSM e nel TACS.

La presenza di un unico soggetto in grado di operare sia nel settore della telefonia cellulare in TACS (in monopolio) che in quello della telefonia cellulare in GSM comporta sicuramente una maggiore attenzione al settore da parte dell'Ispettorato delle telecomunicazioni del Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni che dovrà vigilare perché non vengano ad operarsi sinergie fra i due settori, di modo che il soggetto monopolista in un mercato contiguo non possa elaborare strategie che avrebbero ri-

svolti svantaggiosi per il suo competitore nel segmento di mercato liberalizzato: il mercato nel servizio telefonico cellulare in GSM verrebbe a realizzarsi almeno nella fase iniziale con la migrazione di utenti dal servizio telefonico cellulare in TACS (AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Parere sul servizio radiomobile analogico TACS*, in *Pareri e segnalazioni*, suppl. a *Boll. Aut. gar. conc. merc.*, 1995, n. 13, 17 ss.). Mentre il monopolio pubblico per la telefonia sulla rete fissa potrebbe trovare la sua ragione di essere nell'interesse pubblico generale, che consentirebbe peraltro anche alle zone rurali (meno densamente popolate e quindi poco appetibili per un gestore telefonico privato) di poter essere collegate alla rete fissa telefonica; una simile giustificazione non potrebbe certamente sussistere per il monopolio del servizio telefonico cellulare analogico (TACS), poiché sia la telefonia mobile digitale che quella analogica utilizzando per la diffusione del segnale impianti radioelettrici (che propagano le onde elettromagnetiche nell'etere, che sotto il profilo delle telecomunicazioni è assoggettato ad una preliminare pianificazione delle bande di frequenza utilizzabili) che in seguito ad apposita concessione siano attribuiti a soggetti imprenditoriali che comunque non siano partecipati dallo Stato o da enti pubblici territoriali (ci si permette di rinviare al nostro, *La telefonia mobile GSM e l'Open Network Provision*, in questa *Rivista*, 1995, 900 ss.). La dottrina giuspubblicistica appare, infatti, concorde riguardo alla attribuzione di servizio pubblico a quelle attività (le quali comportano l'utilizzo dell'etere) di tlc, soprattutto se vengono esercitate direttamente dal soggetto pubblico (come nel caso dell'Amministrazione della Difesa, di quella dell'Interno, di quella dei Trasporti e dell'Aviazione civile). Su questi vigerebbe la cosiddetta riserva originaria allo Stato, poiché l'art. 1 d.P.R. 29 marzo 1973 n. 156 (Codice postale delle telecomunicazioni) li riconosce appartenenti in esclusiva allo Stato, vietando così ai privati ogni tipo di attività imprenditoriale (fatta eccezione per la radionavigazione marittima). Questa riserva *ab origine* allo Stato troverebbe la sua giustificazione *ex art.* 43 Cost. (ZENO ZENCOVICH, *Apunti sulla disciplina costituzionale delle telecomunicazioni*, in questa *Rivista*, 1996, 393 ss.).

Pur non potendo soffermarci sull'argomento, poiché ci condurrebbe fuori dall'ambito oggetto di queste brevi note: l'ambiguità del concetto di preminente interesse generale, già sottolineata in maniera autorevole (così FOIS, *Principi fondamentali: diritti e doveri dei cittadini nella costituzione italiana*, a cura di Vignudelli, Rimini, 1991, 114 ss.), ci induce a dare risposta negativa. Infatti l'esercizio della telefonia cellulare in TACS ai fini di una « attribuzione » in monopolio dovrebbe essere supportato da scopi sociali il cui soddisfacimento richieda una sottrazione della disponibilità dei fini operativi all'imprenditoria di settore (FOIS, *Libertà di diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo*, in *Giur. cost.*, 1960, nonché in *La libertà di informazione*, a cura di Vignudelli, 1991, 26 ss.). Inoltre come ha sottolineato un'autorevole dottrina, « il riferimento alla nozione di servizio pubblico è giuridicamente corretto solo in relazione al come della disciplina di una data attività, non già in relazione al suo perché » (FOIS, *op. supra cit.*, 178).

La disciplina del rapporto concessorio pertanto non accorda a TIM concessionaria del servizio GSM alcuna posizione di vantaggio economico-imprenditoriale, ma al contrario sembra « sacrificare » le sue potenzialità sull'altare della libera concorrenza.

Infatti mentre per TIM è intervenuta un'apposita Convenzione prima che il servizio GSM potesse avere risvolti commerciali e non più solo sperimentali, per Omnitel invece non si è avuta la scansione di un sub-procedimento amministrativo al fine di consentire la commercializzazione del servizio alla fine della fase sperimentale. Il Ministero PP.TT. non ha inteso assumere al riguardo alcuna determinazione autorizzatoria preventiva o anche successiva in sanatoria, anche perché la Convenzione Stato-Omnitel non previsto alcunché al riguardo. Pertanto la Corte non poteva non ritenere che l'avvio del servizio commerciale da parte di Omnitel fosse subordinato ad interventi autorizzatori, fermo restando il potere sanzionatorio dell'Amministrazione nell'ipotesi di dichiarazioni non rispondenti alla realtà. La sentenza in esame sottointende un'ulteriore problematica: l'anomala regolazione di un mercato laddove non esiste un'Autorità di regolamentare per il settore.

È pur vero che è stata prevista un'Autorità di regolamentazione nazionale con la legge 14 novembre 1995 n. 481 ma questa non appare peculiare per il settore, ma tutt'al più appare un archetipo sulla quale si dovranno conformare le Autorità di regolazione di settore (per un'analisi della normativa vedi LONGO, *Ragioni e modalità dell'istituzione delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, cit., spec. 20 ss.).

Le competenze del nuovo organismo, che dovrebbe avere successive « declinazioni » secondo gli ambiti operativi, consistono oltre che nel relazionare periodicamente al Parlamento ed al Governo sull'andamento del settore altresì nella pubblicizzazione delle condizioni di svolgimento del servizio, nonché nella valutazione delle condizioni generali di contratto e sulla base degli impegni assunti contrattualmente dalle parti, nella vigilanza sulla regolarità, sull'efficienza e sull'economicità del servizio nonché sulla piena tutela dei diritti degli utenti. È stato stabilito l'obbligo per l'imprenditore di prestare servizio a chiunque ne faccia richiesta, in condizione di uguaglianza per ciascun utente. L'impresa deve comunque adottare tutte quelle tecniche di organizzazione, produzione e distribuzione del servizio che assicurino la migliore qualità delle prestazioni in condizioni di massima economicità dell'utente. La legge prevede il diritto dell'imprenditore ad una remunerazione del servizio che possa assicurare la tempestiva ed integrale copertura dei costi ammissibili, nonché ad un adeguato utile d'impresa (ancora LONGO, *op. et loc. supra cit.*).

I rapporti giuridici dell'imprenditore con le autorità pubbliche e con gli utenti sono assoggettati al diritto processuale amministrativo, essendo stata riconosciuta la competenza esclusiva del Tribunale Amministrativo Regionale, allontanando così il modello italiano dalle Authority statunitensi, che sono organi tecnici indipendenti organizzati con canoni privatistici in modo da assicurare e garantire l'indipendenza e la trasparenza dei comportamenti e la piena e tempestività ed efficacia delle proprie determinazioni nei confronti delle quali è ammessa l'azione innanzi al giudice ordinario per manifesta erroneità o iniquità (sul punto vedi CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in *I garanti delle regole*, cit., 220 ss.).

È altresì prevista per l'Autorità la possibilità di utilizzare le tabelle di adeguamento delle tariffe alle variazioni dei costi e dei prezzi, corrette in relazione alla crescita della produttività del settore (vedi TORCHIA L., *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, cit., 63 ss.), tenendo anche conto dei livelli di efficienza riscontrati per analoghi servizi in altri Paesi.

Sono attribuite alle Autorità funzioni in merito alla definizione di standards e dei relativi controlli, che tengano conto dell'evoluzione tecnologica e degli impegni comunitari ed internazionali in materia.

Sembrano attribuite alcune funzioni di regolazione che comunque non potranno non incidere sull'erogazione del servizio (vedi FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in *I garanti delle regole*, cit., 69 ss.).

Una significativa novità consiste nel finanziamento degli oneri derivati dall'istituzione e dal funzionamento delle Agenzie. Viene precisato che a tal riguardo si provvede (fatta eccezione per il 1995 per il quale è previsto uno stanziamento iscritto nel capitolo di bilancio del Ministro del tesoro utilizzando l'accantonamento relativo al Ministro dell'Industria) con l'utilizzo di una quota parte dei ricavi derivanti dalla prestazione dei servizi soggetti alla disciplina della legge.

Le Autorità amministrative indipendenti nella esperienza legislativa del nostro Paese, a differenza di quanto accade negli ordinamenti anglosassoni non rispondono ad un modello omogeneo. Si rileva la fluidità del fenomeno sotto il profilo del diritto positivo e si stenta a ricostruire una categoria dogmatica (vedi PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, cit., 28 ss.) ed invece verso tipologie classificatorie nelle quali rientrano, a vario titolo, il Garante per la radiodiffusione e l'editoria, l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, la Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sul diritto di sciopero, l'Isvap, la Consob.

Attesa l'oggettiva differenza strutturale e funzionale tra i diversi organismi sopra richiamati, l'elemento comune in grado di fornire una certa connotazione all'intera categoria risiederebbe quindi nel riconoscimento di uno specifico grado di indipendenza nei confronti del potere politico, delle competenze degli organi costituzionali ed amministrativi, nonché del potere economico, cui si accompagna una generalmente ammessa funzione di regolamentazione di singoli settori nei quali gli interessi collettivi potrebbero essere pregiudicati dall'abuso di posizioni dominanti.

L'autorità di regolazione appare come un nuovo genere di organismo rispetto alle autorità amministrative indipendenti che si assimilavano alla tradizione francese (vedi FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 549 ss.; CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo status delle « amministrazioni indipendenti »*, in *Mercati ed amministrazioni indipendenti*, a cura di Bassi e Merusi, Milano, 1993, 549 ss.; PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 116 ss.; PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, 1 ss.).

È sufficiente pensare al riguardo al loro sostentamento finanziario che non trova più rispondenza nel bilancio dello Stato, come per le altre Autorità ma nel finanziamento diretto dei fruitori commerciali del servizio.

Nonostante le anomale competenze dell'istituenda Autorità che sembrano intersecarsi con quelle dell'Autorità antitrust (AMMENDOLA, MUGLIA, *L'attività dell'Autorità garante per la promozione e la tutela della concorrenza nelle telecomunicazioni*, in questa *Rivista*, 1995, 267 ss.) tuttavia non si può non evincere anche dalla vicenda giurisdizionale che vede impegnata Telecom Italia Mobile ed Omnitel come la funzione di regolazione di un mercato non possa essere assolta dalle P.A. secondo le norme proprie dei procedimenti amministrativi, con i rimedi giurisdizionali che

essi consentono. Pensiamo agli interventi effettuati dal Ministro *pro-tempore* delle Poste in merito alla vicenda del *roaming* Omnitel-TIM allorché ha avvocato a sé ogni procedimento al riguardo, sottraendolo alla competenza dell'Ispettorato generale PP.TT. per assumere provvedimenti che di amministrativo avevano ben poco, ma che sembravano improntati più a finalità « politiche » quali la mediazione degli interessi in campo. Sicuramente il buon senso che ha ispirato il Ministro delle Poste *pro-tempore* nella sua attività di « alta amministrazione » ha evitato che il mercato aperto alla concorrenza subisse una drastica battuta d'arresto, ma per raggiungere questo obiettivo ha avviato procedimenti amministrativi che hanno dato luogo a provvedimenti che avevano comunque un *fumus* di illegittimità, vista la mole di contenzioso aperta al riguardo.

Proprio le vicende giurisdizionali ci inducono a sostenere, sulla scorta di dottrine più autorevoli, che il mercato dei servizi liberalizzati (anche se erogati in regime amministrativo) imponga tempi rapidi di regolazione, poiché l'indecisione per gli operatori pesa più di un esito giurisdizionale negativo ad una loro iniziativa. Non è infatti auspicabile che in mercati liberalizzati e soprattutto integrati nella Unione Europea (vedi Commissione CE, *Osservazioni della Commissione sul rapporto del Gruppo di esperti indipendenti sulla semplificazione legislativa ed amministrativa*, Bruxelles 29 novembre 1995, SEC; 95/2127 def.) i ritardi sostanzialmente regolatori (anche se frutto di procedimenti giurisdizionali amministrativi) possano allungare i tempi operativi, ma ciò implica una rivisitazione del nostro ordinamento giuridico nel senso già prospettato dalla Commissione europea riguardo alla *deregolamentazione*, pur nel rispetto di quella riserva di legge che appare essere filtro per ogni futuro intervento al riguardo (FOIS, *Sistema delle fonti e sistema di legge nel difficile incrocio tra diritto comunitario ed interno*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Atti del Seminario svoltosi in Roma a Palazzo della Consulta il 15 e 16 ottobre 1990, Milano, 1991, 143 ss.).

ALFONSO CONTALDO