

Pubblicato il 29/03/2021

N. 02656/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01010/2020 REG.RIC.
N. 02259/2020 REG.RIC.
N. 01577/2020 REG.RIC.
N. 02046/2020 REG.RIC.
N. 02240/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1010 del 2020, proposto da
Go Internet S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Scanzano, Giulio Napolitano,
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto
presso lo studio Giulio Napolitano in Roma, via Xxiv Maggio, n. 43;

contro

Iliad Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Pacciani, Valerio Mosca,
Alessandro Botto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Filippo Pacciani in Roma, via di
San Nicola Da Tolentino, 67;

nei confronti

Ministero dello Sviluppo Economico, Autorità per Le Garanzie Nelle Comunicazioni, Aria S.p.A., Linkem S.p.A., Ministero Dell'Economia e delle Finanze non costituiti in giudizio;

Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Cardarelli, Filippo Lattanzi, Jacopo D'Auria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Filippo Lattanzi in Roma, via G. P. Da Palestrina n.47;

Wind Tre S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Sara Fiorucci, Roberto Santi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Beniamino Caravita Di Toritto in Roma, via di Porta Pinciana n. 6;

Fastweb S.p.A. Societa' A Socio Unico Soggetta Alla Direzione ed al Coordinamento di Swisscom Ag, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Guarino, Domenico Siciliano, Elenia Cerchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Guarino in Roma, via Giulio Caccini n.1;

Mandarin S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Carmelo Elio Guarnaccia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via dei Barbieri n. 6;

sul ricorso numero di registro generale 2259 del 2020, proposto da

Mandarin S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Carmelo Elio Guarnaccia, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Carmelo Elio Guarnaccia in Roma, via dei Barbieri n. 6;

contro

Iliad Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Pacciani, Valerio Mosca, Alessandro Botto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Filippo Pacciani in Roma, via di San Nicola Da Tolentino, 67;

Autorita' per le Garanzie nelle Comunicazioni - Roma, Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato, Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Ministero dello Sviluppo Economico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Aria S.p.A., Go Internet S.p.A., Linkem S.p.A., Fastweb S.p.A. non costituiti in giudizio;

Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Cardarelli, Filippo Lattanzi, Jacopo D'Auria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesco Cardarelli in Roma, viale P.L. Da Palestrina, n. 47;

Wind Tre S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Sara Fiorucci, Roberto Santi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Beniamino Caravita Di Toritto in

Roma, via di Porta Pinciana n. 6;

Fastweb S.p.A. Società a socio unico soggetta alla direzione ed al coordinamento di Swisscom Ag, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Guarino, Domenico Siciliano, Elenia Cerchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Guarino in Roma, via Giulio Caccini n.1;

sul ricorso numero di registro generale 1577 del 2020, proposto da Fastweb S.p.A. società a socio unico soggetta alla direzione ed al coordinamento di Swisscom Ag, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Guarino, Domenico Siciliano, Elenia Cerchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Guarino in Roma, via Giulio Caccini n.1;

contro

Iliad Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Pacciani, Valerio Mosca, Alessandro Botto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Filippo Pacciani in Roma, via di San Nicola Da Tolentino, 67;

nei confronti

Autorita' per le Garanzie nelle Comunicazioni, Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Aria S.p.A., Linkem S.p.A., **Mandarin** S.p.A., Telecom Italia S.p.A., Tiscali S.p.A., Go Internet S.p.A. come sopra rappresentati e difesi;

Wind Tre S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Sara Fiorucci, Roberto Santi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Beniamino Caravita Di Toritto in Roma, via di Porta Pinciana n. 6;

sul ricorso numero di registro generale 2046 del 2020, proposto da Linkem S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Saverio Sticchi Damiani, Marco Giustiniani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Saverio Sticchi Damiani in Roma, p.zza S. Lorenzo in Lucina, n. 26;

contro

Iliad Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Pacciani, Valerio Mosca, Alessandro Botto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Filippo Pacciani in Roma, via di San Nicola Da Tolentino, 67;

Autorita' per le Garanzie nelle Comunicazioni - Roma, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Ministero dello Sviluppo Economico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Aria S.p.A., **Mandarin** S.p.A., Telecom Italia S.p.A., Tiscali S.p.A., Go

Internet S.p.A., Fastweb S.p.A. non costituiti in giudizio;

Wind Tre S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Sara Fiorucci, Roberto Santi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Beniamino Caravita Di Toritto in Roma, via di Porta Pinciana n. 6;

Fastweb S.p.A. societa' a socio unico soggetta alla direzione ed al coordinamento di Swisscom Ag, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Guarino, Domenico Siciliano, Elenia Cerchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Guarino in Roma, via Giulio Caccini n.1;

Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Cardarelli, Filippo Lattanzi, Jacopo D'Auria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesco Cardarelli in Roma, viale P.L. Da Palestrina, n. 47;

sul ricorso numero di registro generale 2240 del 2020, proposto da Ministero dello Sviluppo Economico, Autorita' per Le Garanzie Nelle Comunicazioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Mandarin Spa, Linkem Spa, Wind Tre Spa, Fastweb Spa, Go Internet Spa, Aria Spa non costituiti in giudizio;

Telecom Italia S.p.A., rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Cardarelli, Filippo Lattanzi, Jacopo D'Auria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesco Cardarelli in Roma, viale P.L. Da Palestrina, n. 47;

Iliad Italia S.p.A., rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Pacciani, Valerio Mosca, Alessandro Botto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Filippo Pacciani in Roma, via di San Nicola Da Tolentino, 67;

nei confronti

Wind Tre S.p.A., rappresentato e difeso dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Sara Fiorucci, Roberto Santi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Beniamino Caravita Di Toritto in Roma, via di Porta Pinciana n. 6;

Fastweb S.p.A. societa' a socio unico soggetta alla direzione ed al coordinamento di Swisscom Ag, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Guarino, Domenico Siciliano, Elenia Cerchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Guarino in Roma, via Giulio Caccini n.1;

per la riforma

quanto al ricorso n. 1010 del 2020:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Terza), n. 13570/2019, resa tra le parti e concernente: proroga durata diritti d'uso di frequenze in banda 3.4. - 3.6 GHz;

quanto al ricorso n. 2259 del 2020:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per Il Lazio (sezione Terza) n. 13570/2019, resa tra le parti, concernente annullamento e/o integrale

riforma, previa adozione di idonee misure cautelari, della sentenza del Tar Lazio Roma, sez. III, 26 novembre 2019 n. 13570, con cui sono stati parzialmente accolti il ricorso n. 12166/2018 RG proposto da Iliad Italia S.p.A., e il successivo ricorso per motivi aggiunti del 14.01.2019, per l'annullamento:

(A) della delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 183/18/CONS, recante "Parere, ai sensi dell'art. 25, comma 6, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, sulle richieste degli operatori Aria S.p.A., Go Internet S.p.A., Linkem S.p.A., **Mandarin** S.p.A. e TIM S.p.A. di proroga della durata dei diritti d'uso delle frequenze in banda 3.4-3.6 GHz di cui alla Delibera n. 209/07/CONS", adottata in data 11 aprile 2018 e conosciuta a seguito di accesso agli atti effettuato dalla ricorrente il 19 luglio 2018;

(B) quanto al ricorso per motivi aggiunti, della nota del Ministero dello Sviluppo Economico – Direzione Generale per i Servizi di Comunicazione Elettronica di Radiodiffusione e Postali, avente ad oggetto "Proroga dei diritti d'uso delle frequenze BWA in banda 3.5 GHz", del 13 luglio 2018 (prot. 46167), conosciuta a seguito di accesso agli atti effettuato dalla ricorrente il 12 novembre 2018; delle lettere inviate dal Ministero dello Sviluppo Economico – Direzione Generale per i Servizi di Comunicazione Elettronica di Radiodiffusione e Postali in data 12 novembre 2018 a Linkem s.p.a. (prot. 68710), Fastweb s.p.a. (prot. 68711), Go Internet s.p.a. (prot. 68712) e **Mandarin** s.p.a. (prot. 68713) aventi ad oggetto "Proroga diritti d'uso delle frequenze in banda 3400-3600 MHz", conosciute a seguito di accesso agli atti effettuato dalla ricorrente il 21 dicembre 2018

quanto al ricorso n. 1577 del 2020:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per Il Lazio (sezione Terza) n. 13570/2019, resa tra le parti, concernente della Delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 183/18/Cons, recante

“Parere, ai sensi dell’art. 25, comma 6, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, sulle richieste degli operatori Aria S.p.A., Go Internet S.p.A., Linkem S.p.A., **Mandarin** S.p.A. e TIM S.p.A. di proroga della durata dei diritti d’uso delle frequenze in banda 3.4-3.6 GHz di cui alla Delibera n. 209/07/Cons”, adottata in data 11 aprile 2018 conosciuta a seguito di accesso agli atti effettuato da Iliad in data 19 luglio 2018; di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale, benchè non conosciuto.

quanto al ricorso n. 2046 del 2020:

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 13570/2019, resa tra le parti, concernente quanto al ricorso introduttivo

- della delibera dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 183/18/CONS, recante “Parere, ai sensi dell’art. 25, comma 6, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, sulle richieste degli operatori Aria S.p.A., Go Internet S.p.A., Linkem S.p.A., **Mandarin** S.p.A. e TIM S.p.A. di proroga della durata dei diritti d’uso delle frequenze in banda 3.4-3.6 GHz di cui alla Delibera n. 209/07/CONS”, adottata in data 11 aprile 2018 e conosciuta a seguito di accesso agli atti effettuato dalla ricorrente il 19 luglio 2018;

- di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale, benché non conosciuto;

quanto al ricorso per motivi aggiunti

- della nota del Ministero dello Sviluppo Economico – Direzione Generale per i Servizi di Comunicazione Elettronica di Radiodiffusione e Postali, avente ad oggetto “Proroga dei diritti d’uso delle frequenze BWA in banda 3.5 GHz”, del 13 luglio 2018 (prot. 46167), conosciuta a seguito di accesso agli atti effettuato dalla ricorrente il 12 novembre 2018;

- delle lettere inviate dal Ministero dello Sviluppo Economico – Direzione Generale per i Servizi di Comunicazione Elettronica di Radiodiffusione e Postali in data 12 novembre 2018 a Linkem s.p.a. (prot. 68710), Fastweb s.p.a. (prot. 68711), Go Internet s.p.a. (prot. 68712) e **Mandarin** s.p.a. (prot. 68713) aventi ad oggetto “Proroga diritti d’uso delle frequenze in banda 3400-3600 MHz”, conosciute a seguito di accesso agli atti effettuato dalla ricorrente il 21 dicembre 2018;

- di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale, benché non conosciuto.

quanto al ricorso n. 2240 del 2020:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per Il Lazio (sezione Terza) n. 13570/2019, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Iliad Italia S.p.A. e di Telecom Italia S.p.A. e di Wind Tre S.p.A. e di Fastweb S.p.A. societa' a socio unico soggetta alla direzione ed al coordinamento di Swisscom Ag e di **Mandarin** S.p.A. e di Ministero dello Sviluppo Economico e di Telecom Italia S.p.A. e di Iliad Italia S.p.A. e di Wind Tre S.p.A. e di Autorita' per le Garanzie nelle Comunicazioni - Roma e di Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato e di Ministero dell'Economia e delle Finanze e di Fastweb S.p.A. societa' a socio unico soggetta alla direzione ed al coordinamento di Swisscom Ag e di Iliad Italia S.p.A. e di Wind Tre S.p.A. e di Iliad Italia S.p.A. e di Ministero dello Sviluppo Economico e di Wind Tre S.p.A. e di Fastweb S.p.A. societa' a socio unico soggetta alla direzione ed al coordinamento di Swisscom Ag e di Telecom Italia S.p.A. e di Autorita' per le Garanzie nelle Comunicazioni - Roma e di Telecom Italia S.p.A. e di Iliad Italia S.p.A. e di Wind Tre S.p.A. e di Fastweb S.p.A. societa' a socio unico soggetta alla direzione ed al coordinamento di Swisscom Ag;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Tiscali Italia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 marzo 2021 il Cons. Davide Ponte e uditi per le parti gli avvocati Guarnaccia Carmelo Elio, Andrea Guarino, Domenico Siciliano, Elenia Cerchi, Filippo Pacciani, Maria Luisa Spina dello Stato, Giulio Napolitano, Francesco Scanzano, Saverio Sticchi Damiani, Marco Giustiniani, Filippo Lattanzi, Jacopo D'Auria, Beniamino Caravita di Toritto, Sara Fiorucci, Roberto Santi in collegamento da remoto, ai sensi degli artt. 25 del Decreto Legge 137 del 28 ottobre 2020 e 4 comma 1, Decreto Legge 28 del 30 aprile 2020, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto della circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il primo degli appelli di cui in epigrafe la società Go internet impugnava la sentenza n. 13570 del 2019 del Tar Lazio, di parziale accoglimento dell'originario gravame. Quest'ultimo era stato proposto dalla società Iliad al fine di ottenere l'annullamento di vari atti fra cui, in via principale, del provvedimento del Ministero dello Sviluppo Economico di autorizzazione alla proroga dei diritti d'uso sulle frequenze BWA in banda 3400-3600 MHz in favore della società Go internet S.p.A. a condizioni economiche diverse da quelle con cui è stata aggiudicata, anche alla stessa Vodafone, la gara per l'assegnazione di diritti d'uso delle frequenze nelle bande 694-790 MHz, 3600-3800 MHz e 26.5- 27.5 GHz di cui al bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n.80 dell'11 luglio 2018, nonché del

connesso parere AGCom di cui alla Delibera n. 183/18/CONS dell'11 aprile 2018.

All'esito del giudizio dinanzi al Tar, il ricorso veniva accolto in parte, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati nella parte in cui è stato individuato l'importo dovuto per la proroga dei diritti d'uso.

Nel ricostruire in fatto e nei documenti la vicenda parte appellante contestava il contenuto della sentenza e le relative argomentazioni, formulando quindi i seguenti motivi di appello:

- illegittimità e/o erroneità della sentenza del TAR per non aver dichiarato l'inammissibilità del ricorso di Iliad per mancanza dei presupposti necessari per proporre l'azione di annullamento;
- per non aver dichiarato l'irricevibilità del ricorso principale per tardività e l'irricevibilità e l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti, illogicità della sentenza del TAR
- per aver travalicato i limiti del sindacato giurisdizionale espletabile nei confronti di scelte discrezionali dell'Amministrazione;
- per errores in iudicando e in procedendo in ordine all'accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti di Iliad.

Le parti appellate pubbliche e private si costituivano in giudizio.

In particolare l'originaria ricorrente Iliad chiedeva il rigetto dell'appello, riproponendo il motivo assorbito per violazione della normativa sugli aiuti di stato.

La stessa Iliad formulava altresì appello incidentale; in specie, nel contestare l'omessa pronuncia del Tar su alcuni dei vizi proposti col ricorso originario, deduceva i seguenti motivi:

- violazione degli obblighi di gestione delle frequenze non discriminatoria e secondo parità di trattamento, violazione dell'art. 112 cpc per omessa pronuncia, error in iudicando, violazione degli artt. 4, 13, 14, 25, 27 e 29

d.lgs. 259 cit., 1, commi 1026-1046, legge 205/2017, eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e in particolare per violazione dei principi di proporzionalità, logicità, ragionevolezza, difetto di istruttoria e di motivazione, in quanto gli atti di Agcom e del MISE che hanno autorizzato la proroga al 2029 delle frequenze 3.4-3.6 GHz sono illegittimi sotto il profilo della violazione degli obblighi di non discriminazione non solo con riferimento all'ammontare dei contributi d'uso ma anche in relazione all'omessa applicazione di obblighi di copertura del territorio e utilizzo secondo specifici vincoli temporali (e connessi investimenti), di cui sono stati invece gravati gli operatori aggiudicatari delle frequenze "gemelle" 3.6-3.8 GHz;

- violazione delle norme a tutela della concorrenza, analoghi vizi per il trattamento discriminatorio operato tra gli operatori a cui sono state prorogate le frequenze 3.4-3.6 GHz e quelli che hanno acquisito le frequenze "gemelle" 3.6-3.8 GHz nell'ambito della gara 5G;

- violazione degli obblighi di gestione efficiente delle frequenze, analoghi vizi, in quanto MISE ed Agcom avrebbero dovuto imporre (e non facoltizzare), l'impiego delle frequenze in esame per lo svolgimento dei servizi 5G;

- violazione degli obblighi sovranazionali di utilizzo della banda 3.4-3.6 GHz ai fini della transizione verso servizi in tecnologia 5g, analoghi vizi per violazione dei molteplici obblighi stabiliti dalle istituzioni sovranazionali competenti ai fini dell'utilizzo armonizzato delle frequenze.

La società Tiscali proponeva a propria volta appello incidentale avverso la medesima sentenza, deducendo i seguenti motivi:

- violazione e/o falsa applicazione dell'art. 35 c.p.a. per omessa declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 7 e 133

c.p.a. per ritenuta sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo; violazione dell'art. 88 c.p.a. per motivazione carente ed erronea;

- violazione dell'art. 88 c.p.a. per motivazione carente, erronea, illogica e contraddittoria; travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 13, 14 e 25 del d.lgs. N. 259/2003; eccesso di potere giurisdizionale per superamento dei limiti del sindacato del g.a.

Con ordinanza n. 2803 del 2020 veniva fissata udienza di merito.

Alla pubblica udienza dell'11 marzo 2021 la causa passava in decisione.

Con il secondo appello di cui in epigrafe la società Fastweb impugnava la medesima sentenza, deducendo i seguenti motivi:

- difetto di interesse, contraddittorietà, travisamento dei presupposti;
- erronea ed insufficiente motivazione della sentenza, travisamento dei presupposti, violazione del principio di parità di trattamento e degli artt. 13, 14 e 25 del Codice delle comunicazioni, per la differenza delle situazioni equiparate;
- analoghi vizi, per carenza di interesse di Vodafone, titolare di analoghe proroghe, e per differenza fra proroga e rinnovo;
- erronea, insufficiente, contraddittoria e illogica motivazione della sentenza in relazione al presunto valore di mercato delle frequenze, avendo la p.a. correttamente parametrato il contributo alla base d'asta, in relazione alla presunta assenza di una procedura, in quanto il procedimento di proroga è disciplinato dall'art. 25 comma 6 d.lgs. n. 259 del 2003;
- analoghi vizi ed erroneità della sentenza laddove ritiene che l'Autorità si fosse posta un vincolo a rivedere le condizioni tecniche ed economiche della proroga, errando nell'intendere i paragrafi 81 e 82 della delibera 183/18;
- analoghi vizi per l'assenza del paventato effetto distorsivo della concorrenza;

- analoghi vizi per errore del Tar nell'interpretare la nota AGCM del 15 novembre 2018 e a trarre dalle indicazioni dell'Autorità elementi idonei a fondare il proprio giudizio, riguardando il regime delle future proroghe;
- eccesso di potere per violazione dei limiti del sindacato, motivazione illogica tale da produrre effetti distorsivi della concorrenza;
- errata reiezione delle difese di prime cure in relazione all'antiorità della proroga rispetto alla gara, diversità dei procedimenti, condotte speculative;
- errata reiezione delle eccezioni in rito, per tardività, difetto di interesse, difetto di giurisdizione;
- erroneità della mancata dichiarazione di difetto di interesse delle censure dedotte da Iliad avverso la cessione delle frequenze a Fastweb.

Si costituivano in giudizio le parti. In particolare l'originaria ricorrente Iliad chiedeva il rigetto dell'appello, riproponendo il motivo assorbito per violazione della normativa sugli aiuti di stato.

Alla pubblica udienza dell'11 marzo 2021 la causa passava in decisione.

Con il terzo appello di cui in epigrafe, Linkem spa impugnava la medesima sentenza deducendo i seguenti motivi:

- error in iudicando sull'eccezione preliminare in rito di inammissibilità del ricorso di primo grado per insindacabilità delle valutazioni di merito dell'AGCOM e del MISE. Omessa pronuncia;
- error in iudicando per omessa motivazione sul difetto del titolo e dell'interesse ad agire da parte di Iliad. Omessa pronuncia;
- errores in procedendo e in iudicando in ordine all'accoglimento

Nel merito del ricorso di Iliad.

Anche in tale gravame si costituiva in giudizio Iliad, chiedendo il rigetto dell'appello e riproponendo la censura predetta.

Con ordinanza n. 3559 del 2020 veniva fissata udienza di merito.

Alla pubblica udienza dell'11 marzo 2021 la causa passava in decisione.

Con il quarto appello di cui in epigrafe il Ministero dello sviluppo economico impugnava la medesima sentenza, deducendo i seguenti motivi:

- eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di competenza dell'Autorità amministrativa;
- illegittimità della decisione in relazione alla esistenza della violazione dei principi di non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità, violati dalla invocata parametrizzazione dei contributi previsti per la banda prorogata, al prezzo di aggiudicazione della banda 3600-3800 MHz, anche perché la determinazione dei contributi per il prolungamento dei diritti d'uso, contestata in giudizio, segue un procedimento sostanzialmente vincolato;
- illegittimità della decisione in ordine alla ritenuta violazione del principio di libera concorrenza.

Si costituiva in giudizio Iliad, chiedendo il rigetto dell'appello. Si costituiva in giudizio Wind, chiedendone l'accoglimento.

Con ordinanza n. 3289 del 2020 veniva fissata udienza di discussione di merito.

Alla pubblica udienza dell'11 marzo 2021 la causa passava in decisione.

Con il quinto appello di cui in epigrafe la società **Mandarin** impugnava la medesima sentenza, deducendo i seguenti motivi:

- carenza di interesse ad agire in capo ad Iliad;
- eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo per insindacabilità giurisdizionale delle scelte tecnico discrezionali di MISE e AGCOM, violazione del limite del sindacato giurisdizionale sulle scelte discrezionali di MISE e AGCOM;
- nel merito, erronea valutazione dei fatti, travisamento dei presupposti, violazione dei principi di concorrenza e di non discriminazione, violazione dell'art. 3 Cost., difetto di motivazione;
- ultrapetizione della sentenza di primo grado.

Anche in tale giudizio si costituivano le parti appellate, concludendo nei rispettivi termini.

Con ordinanza n. 3288 del 2020 veniva fissata udienza di discussione di merito.

Alla pubblica udienza dell'11 marzo 2021 la causa passava in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente, va disposta la riunione degli appelli in epigrafe, a fronte della evidente connessione soggettiva ed oggettiva fra gli stessi, nonché del disposto di cui all'art. 96 cod. proc. amm, trattandosi di gravami proposti avverso la medesima sentenza

2. La presente controversia ha ad oggetto la sentenza con cui il Tar ha in parte accolto l'originario gravame, proposto avverso gli atti relativi all'esito della consultazione pubblica avviata con delibera n. 503/17/CONS in ordine alla proroga della durata dei diritti d'uso delle frequenze in banda 3.4-3.6 GHz di cui alla delibera n. 209/07/CON, conclusasi con la delibera n. 183/18/CONS.

2.1 In particolare, con tale ultima delibera l'Autorità ha espresso il proprio avviso – poi comunicato al Ministero dello Sviluppo Economico - in merito alla sussistenza delle condizioni per la concessione della proroga al 31 dicembre 2029 dei diritti d'uso delle frequenze in banda 3400-3600 MHz di cui alla citata delibera n. 209/07/CONS, in capo alle società Linkem, **Mandarin**, Go Internet e Aria.

In relazione alla determinazione del valore dei contributi da applicare, a partire dall'inizio della proroga, con la citata delibera è stata prevista la parametrizzazione dei contributi - a parità di frequenze, durata dei diritti d'uso e area di estensione geografica del diritto - alla base d'asta che sarebbe stata fissata per la procedura di assegnazione dei diritti d'uso della porzione di banda - contigua e "gemella" 3600- 3800 MHz, oggetto delle previsioni di cui alla legge di bilancio 2018.

2.2 La sentenza qui impugnata ha accolto l'impugnativa di tali atti nella parte nella parte in cui hanno ritenuto ragionevole, proporzionato e non discriminatorio che i contributi per la proroga siano parametrati a parità di frequenze, durata dei diritti d'uso e area di estensione geografica del diritto ai valori minimi (base d'asta) che saranno definiti nella predetta procedura per la banda contigua. In accoglimento della prospettazione ricorrente, i Giudici di prime cure hanno condiviso la considerazione per cui, di fatto, le amministrazioni avrebbero concesso l'assegnazione di porzioni di spettro pregiate a prezzi notevolmente inferiori rispetto al valore di mercato, rappresentato dal prezzo di aggiudicazione all'esito del confronto competitivo tra gli operatori nella procedura selettiva pubblica conclusasi il 2 ottobre 2018.

3. L'esame dei vizi dedotti avverso la pronuncia qui impugnata, coinvolgenti altresì la sfera di cognizione del giudice adito, impone un preliminare richiamo ai principi più volte espressi da questo Consiglio in merito ai limiti di sindacabilità delle determinazioni delle cc.dd. autorità indipendenti, connesse alla specificità del settore di riferimento connesse alla specificità del settore di riferimento, e conseguentemente di cognizione (cfr. ad es. Consiglio di Stato , sez. VI , 30 gennaio 2020 , n. 779, 24 aprile 2019, n. 2625 e 28 settembre 2020 n. 5680).

3.1 Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della amministrazione può oggi svolgersi non in base al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro coerenza e correttezza, quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo.

Va evidenziato, in tale ottica, che il controllo giurisdizionale, teso a garantire una tutela giurisdizionale effettiva, anche quando si verta in tema di esercizio

della discrezionalità tecnica dell'Autorità indipendente, non può essere limitato ad un sindacato meramente estrinseco, estendendosi al controllo intrinseco, anche mediante il ricorso a conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione indipendente, sulla attendibilità, coerenza e correttezza degli esiti, in specie rispetto ai fatti accertati ed alle norme di riferimento attributive del potere.

3.2 Sul versante tecnico, in relazione alle modalità del sindacato giurisdizionale, quest'ultimo è volto a verificare se l'Autorità abbia violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali. In particolare, è ammessa una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5559).

3.3 In tema di esercizio della discrezionalità tecnica dell'Autorità indipendente, il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia (anche nelle fattispecie in cui, come nel caso de quo, viene in contestazione la determinazione di un contributo) nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della concorrenza che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato; anche l'apporto conoscitivo tecnico, conseguito tramite apporti scientifici, non è ex se dirimente allorché soccorrono dati ulteriori, di natura più strettamente giuridica, che limitano il sindacato in sede di legittimità ai soli casi di risultati abnormi, ovvero manifestamente illogici.

4. Applicando tali coordinate ermeneutiche al caso di specie, se per un verso sussiste la giurisdizione amministrativa nei limiti predetti, in quanto oggetto

controverso è, in via primaria, la legittimità degli atti di proroga della concessione di un'utilità pubblica, quali le frequenze in questione, così come disposta a condizioni reputate in violazione dei principi e delle norme invocate (e non una fase esecutiva del rapporto già instaurato), per un altro e concorrente verso il sindacato non può spingersi sino alla sostituzione della valutazione tecnica in ordine agli elementi ed al conseguente calcolo (in specie del contributo richiesto, nel caso de quo) posto a base delle singole determinazioni, dovendosi limitare alla predetta verifica della eventuale sussistenza di risultati abnormi, ovvero viziati da manifesta illogicità o travisamento dei fatti.

Pertanto, nel condividere il rigetto delle questioni preliminari dedotte in prime cure, nei termini evidenziati dalla sentenza impugnata, e qui riproposte in parte qua, salvo quanto si dirà in merito ai limiti di legittimazione di parte originaria ricorrente, gli appelli vanno esaminati nel merito.

5. Gli appelli principali risultano fondati, in termini assorbenti, in ordine ai motivi di appello dedotti rispetto alla insussistenza dei vizi accolti dal Tar in ordine alla contestata legittimità della proroga e, in particolare, della determinazione del relativo contributo.

6. L'esame delle censure - solo nella formulazione distinte, sebbene nella sostanza coincidenti fra i diversi appelli - va svolto congiuntamente, stante la sostanziale omogeneità dei diversi gravami, previa ricostruzione del quadro normativo e procedimentale di riferimento, proprio di tutti i giudizi.

6.1 Come emerge dall'analisi della documentazione in atti e delle diverse prospettazioni, peraltro tra di loro coerenti in termini di ricostruzione della fattispecie, la proroga controversa ha avuto ad oggetto l'assegnazione di diritti d'uso di frequenze nella banda 3400-3600 MHz, per sistemi Broadband Wireless Access (BWA), in tecnologia WIMAX, avvenuta, con scadenza

originaria al 2023, all'esito della procedura di cui alla delibera n. 209/07/CONS dell'Autorità.

6.2 Le società originarie assegnatarie, infatti, nel 2017 presentavano, ai sensi dell'art. 25 comma 6 del codice, istanza di proroga della durata dei diritti d'uso predetti fino al 31 dicembre 2029, data in cui sarebbe scaduta la maggior parte dei diritti d'uso delle frequenze per telecomunicazioni nazionali.

Come noto, la norma applicata statuisce, nell'ambito della disciplina delle autorizzazioni generali per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, quanto segue: *“Le autorizzazioni generali hanno durata non superiore a venti anni e sono rinnovabili. Con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, le autorizzazioni possono essere prorogate, nel corso della loro durata, per un periodo non superiore a quindici anni, previa presentazione di un dettagliato piano tecnico finanziario da parte degli operatori. La congruità del piano viene valutata d'intesa dal Ministero dello sviluppo economico e dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in relazione anche alle vigenti disposizioni comunitarie e all'esigenza di garantire l'omogeneità dei regimi autorizzatori. L'impresa interessata può indicare nella dichiarazione di cui al comma 4 un periodo inferiore. Per il rinnovo si applica la procedura di cui al medesimo comma 4 e la presentazione della dichiarazione deve avvenire con sessanta giorni di anticipo rispetto alla scadenza”*.

6.3 In applicazione del dettato normativo, il Ministero competente richiedeva l'intesa dell'Autorità circa la sussistenza delle condizioni per la concessione di tale proroga, anche in relazione all'ammontare dei contributi da applicare a ciascun blocco.

L'Autorità, sulla base di un primo esame delle domande di proroga, richiedeva a ciascun operatore una integrazione delle istanze presentate, per

poi procedere, nell'ottica dell'esercizio delle valutazioni circa la congruità dei piani tecnico-finanziari presentati dagli operatori, ad una consultazione pubblica tra tutti gli operatori (compresa l'originaria ricorrente Vodafone), volta ad acquisire commenti, elementi di informazione e documentazione concernenti l'ipotesi di proroga in esame.

6.4 All'esito di tale consultazione, la cui sintesi veniva pubblicata sul sito web dell'Autorità in data 24 aprile 2018, con la delibera n. 183/18/CONS veniva adottata la prescritta intesa in merito alla sussistenza delle condizioni per la concessione della proroga fino al 31 dicembre 2029 dei diritti d'uso delle frequenze in banda 3400-3600 MHz di cui alla citata delibera n. 209/07/CONS in capo alle società Linkem, Aria, **Mandarin** e Go Internet.

Con tale delibera n. 183/18/CONS, l'Autorità definiva numerose misure tecniche e regolamentari, con particolare riferimento alle seguenti: i) al fine di garantire un uso efficiente dello spettro, la limitazione della proroga a 40 MHz rispetto ai 42 MHz originariamente assegnati (prevedendo quindi, al momento della prima scadenza, la restituzione allo Stato dei 2 MHz eccedenti); ii) l'obbligo per gli operatori di aderire a un piano di riorganizzazione per la deframmentazione frequenziale della banda e il raggiungimento della contiguità delle dotazioni spettrali, al fine di assicurare un uso efficiente dello spettro; iii) l'impegno per gli operatori di adeguarsi alle nuove norme di armonizzazione e ai parametri di impiego relativi ai nuovi standard 5G; iv) l'obbligo per gli operatori di rendicontazione degli investimenti effettuati sempre in ottica di sviluppo della tecnologia 5G.

6.5 Per quanto concerne in particolare il punto oggetto di accoglimento con la sentenza qui appellata, relativo alla determinazione del valore dei contributi da applicare, la delibera prevedeva la parametrizzazione di degli stessi - a parità di frequenze, durata dei diritti d'uso e area di estensione geografica del diritto - alla base d'asta che sarebbe stata fissata per la procedura di assegnazione dei

diritti d'uso della porzione di banda - contigua e "gemella" - 3600-3800 MHz, oggetto delle previsioni di cui alla legge n. 205 del 2017 (legge di bilancio 2018).

Tale ultima procedura, come noto, ha preso l'avvio – in epoca successiva alla conclusione dell'iter di proroga oggetto della presente controversia - con bando pubblicato in data 11 luglio 2018, secondo la disciplina definita dalla delibera AGCom 231/18/Cons.; in esito a ben 14 fasi di rilancio, in data 2 ottobre 2018, i diritti d'uso delle frequenze in banda 3,6-3,8 GHz sono stati in seguito aggiudicati a Vodafone quanto a 80 MHz, a Telecom quanto a 80 MHz, a Wind Tre ed Iliad quanto a 20 MHz.

7. Così ricostruita la fattispecie, nei limiti di sindacato sopra evidenziati, la disposta proroga risulta adottata all'esito di un iter coerente, sia alla normativa vigente, sia alle regole predeterminate in sede di rilascio dell'originaria concessione, accompagnato da una motivazione approfondita, come emerge anche dall'esame degli elementi posti a base della fase di consultazione pubblica, prima, e della delibera impugnata in via principale, poi.

7.1 Invero, in aderenza al dato normativo sopra riprodotto, sia la originaria delibera 209/07/Cons, sia la disciplina della relativa gara, contemplavano sin dall'origine la possibilità di richiedere ed ottenere la proroga dell'estensione della durata dei diritti d'uso delle frequenze a 3,4-3,6 GHz (art. 4 del bando; art. 3.3 del disciplinare; art. 2, comma 9, del. 209/07/Cons).

7.2 La proroga risulta coerente alla disciplina richiamata, sia in termini di procedimento, sia di verifica dei relativi presupposti.

In tale contesto, una volta verificata la legittimità della proroga e la coerente ricostruzione della situazione, oltretutto individuata come pacifica, la valutazione circa l'opportunità di svolgere un intervento correttivo del quantum, appare generica e relativa agli ambiti di carattere tecnico, oggetto di

valutazione approfondite da parte delle amministrazioni procedenti in termini non illogici.

7.3 In proposito, per quanto riguarda il quantum dei contributi, nei limiti di sindacato predetti, la determinazione non appare viziata nei termini oggetto di contestazione e di censura da parte della sentenza qui impugnata, risultando coerente sia all'oggetto della proroga, non coincidente con quello posto a base della invocata parametrizzazione, sia al dato temporalmente più vicino e logico, cioè la base d'asta della successiva procedura di assegnazione delle diverse frequenze, atteso che, al contrario, il prezzo finale di aggiudicazione ha costituito un elemento successivo e quindi non ancora determinato; sul punto va richiamato altresì il principio consolidato del *tempus regit actum*.

7.4 Non può condividersi quindi la generica valutazione di assegnazione avvenuta al di fuori di un confronto competitivo e concorrenziale, sia in quanto il confronto vi era stato in origine, all'epoca della procedura di assegnazione delle frequenze, sia in quanto la proroga è specificamente disciplinata dalla normativa di settore richiamata.

7.5 Una volta verificata la sussistenza dei presupposti per procedere alla proroga, la determinazione dell'importo rientra nella sfera di discrezionalità della p.a. in termini censurabili nei predetti limiti. Orbene, nel caso di specie tali limiti appaiono rispettati, sia dal punto di vista temporale (attesa l'epoca della disposta proroga, anteriore all'aggiudicazione della nuova procedura), sia da quello di oggetto (frequenze diverse e per un tempo inferiore, fino al 2029), sia da quello di base di riferimento (base d'asta della nuova gara da svolgere per le diverse frequenze).

Piuttosto, una volta effettuata la verifica della coerenza della proroga ai principi ed alle regole settoriali, vengono in rilievo – in termini ostativi alla stessa ammissibilità del ricorso originario in parte qua - evidenti limiti alla ulteriore estensione, nella presente sede di legittimità, della legittimazione ad

impugnare gli atti anche in parte qua, in specie in capo alla società, titolare di diverse frequenze acquisite in parte addirittura in epoca successiva.

7.6 Per quanto poi concerne i punti 81 e 82 della delibera, richiamati dal Tar, il generico riferimento contenuto nella sentenza impugnata non trova effettivo riscontro all'esito dell'attenta analisi degli stessi, da cui, piuttosto, emergono, per un verso, ulteriori conferme della disposta maggiorazione in parte qua e, per un altro verso, della assenza di specifici vincoli ad una eventuale ulteriore maggiorazione.

7.6.1 Sul primo versante, il punto 81 statuisce quanto segue: *“Inoltre, si osserva che in tutte le proroghe di diritti d'uso sinora concesse sono stati introdotti contributi (in genere annuali, con possibilità di pagamento anticipato), incrementati rispetto ai valori passati. In tal senso, la proposta dell'Autorità non si discosta da questa prassi, in quanto la valutazione del benchmark rimane confinata all'insieme delle bande gemelle 3.4-3.6 GHz e 3.6-3.8 GHz, che costituiscono una base unica nell'ambito del futuro ecosistema 5G e pertanto è corretto rinvenire il contributo per l'uso ottimale dello spettro in tale contesto, anche eventualmente applicando fattori correttivi in maniera giustificata e non discriminatoria”*.

Tale motivazione, oltre ad apparire intrinsecamente non manifestamente illogica od abnorme (nei predetti limiti di sindacato), conferma lo svolgimento del necessario approfondimento e della conseguente valutazione circa la coerenza dell'incremento del contributo cui sottoporre la proroga.

7.6.2 Sul secondo versante, il punto 82 statuisce quanto segue: *“Infine, circa la possibilità che i contributi proposti non siano certi o non trovino riscontro sul mercato, si osserva che questi ultimi andrebbero corrisposti a partire dal 2023, mentre la gara della banda 3.6-3.8 GHz è previsto avvenga a settembre 2018, secondo quanto prevede la Legge di Bilancio 2018, e quindi con ampio margine per valutare e correggere eventuali situazioni problematiche”*.

Tale motivazione, oltre a contenere solo un generale riferimento alla futura gara poi comparata (dall'originaria parte ricorrente e dal Tar), senza che dalla stessa quindi sorga un onere immediato di utilizzo delle conclusive risultanze, evidenzia piuttosto l'ulteriore assenza di un interesse attuale in capo all'originaria parte ricorrente in parte qua, in quanto la delibera rinvia ad un contesto temporale futuro l'esercizio di quella eventuale verifica che, invece, il Tar ha posto a base del proprio accoglimento.

In proposito, come già evidenziato dalla giurisprudenza della sezione in relazione al peculiare ruolo svolto dalle Autorità settoriali e regolatorie (cfr. ad es. Consiglio di Stato sez. VI, 19 novembre 2020, n. 7194), la situazione potrà e dovrà essere indagata dall'Autorità nell'ambito della sua ordinaria attività di monitoraggio del mercato e delle peculiarità del settore coinvolto, che, come evidente, si caratterizza per una rapida evoluzione tecnologica.

7.7 Invero, l'omogeneità invocata verso la nuova gara di aggiudicazione delle frequenze 3,6-3,8 GHz cit., più logicamente andrebbe ricercata con riferimento alle fattispecie invocate da parte appellante, in termini condivisi dal collegio. La stessa Autorità, con determinazione non contestata, istituisce questo parallelo ed afferma che la proroga è opportuna anche per allineare la scadenza dei diritti d'uso delle frequenze 3,4-3,6 GHz al 2029, data attualmente fissata per gran parte dei diritti d'uso assegnati in Italia ed impiegati nell'ambito delle reti mobili, ed è anche in linea con quanto previsto dal Codice in merito all'esigenza di omogeneità dei regimi autorizzatori (par. 54 della del. 183/18/Cons).

Va altresì evidenziato, in termini di coerenza e logicità della determinazione contestata in parte qua, che il criterio in questione risulta conforme a quello previsto anche per altre frequenze (in specie in banda 900 e 1800 MHz).

7.8 Seppur da inquadrare nella stessa ottica di verifica a posteriori, appena evidenziata, anche rispetto alle indicazioni dell'AGCM contenute nella

segnalazione AS1544 del 15 novembre 2018, gli elementi evidenziati dalla stessa Autorità non si muovono in un'ottica opposta a quella seguita dalle amministrazioni parti attive della fattispecie in esame. In proposito, vanno richiamate le considerazioni che l'Autorità antitrust ha svolto laddove ha ritenuto che “la valutazione di proporzionalità, dovrebbe tenere in considerazione le caratteristiche dei diritti d'uso, quali: i) la differente durata e utilizzo a cui viene destinata la risorsa e il loro riflesso nel recupero degli investimenti; ii) la necessità di perseguire – mediante il rinnovo – obiettivi specifici, come ad esempio il mantenimento del supporto di una determinata tecnologia, il recupero degli investimenti o la permanenza di determinati servizi; iii) il riconoscimento di diritti differenziati tra l'acquisizione a titolo originario rispetto all'allocazione a titolo di rinnovo, come ad esempio la possibilità di rinnovo successivo”. Nel caso di specie infatti, come sopra evidenziati, se per un verso la disposta proroga ha preso in espresso esame i predetti punti – anche in sede di istruttoria procedimentale -, per un altro verso le peculiarità del settore, caratterizzato da una peculiare evoluzione tecnologica, impone una costante verifica della adeguatezza delle relative determinazioni.

8. Le considerazioni sin qui svolte, oltre ad assumere rilievo assorbente di tutte le censure di appello principale nonché dell'appello incidentale di Tiscali, comportano – in parte qua - altresì l'infondatezza dei vizi riproposti dalla parte originaria ricorrente Iliad, sia nella forma dell'appello incidentale sia attraverso la riproposizione del motivo concernente la presunta violazione della normativa in tema di aiuti di Stato.

9. Per quanto concerne l'appello incidentale di Iliad, occorre procedere all'esame dei singoli motivi, concernenti, nella sostanza, la riproposizione di alcuni dei vizi dedotti e non esaminati in prime cure.

9.1 Con il primo motivo si lamenta l'illegittimità degli atti impugnati sotto il profilo della violazione degli obblighi di non discriminazione, non solo con riferimento all'ammontare dei contributi d'uso ma anche in relazione all'omessa applicazione di obblighi di copertura del territorio e utilizzo secondo specifici vincoli temporali (e connessi investimenti), di cui sono stati invece gravati gli operatori aggiudicatari delle frequenze "gemelle" 3.6-3.8 GHz.

Se in relazione alla infondatezza delle censure avverso la determinazione del contributo ed ai limiti di ammissibilità delle contestazioni occorre richiamare le considerazioni sopra svolte, per ciò che concerne l'omessa applicazione di obblighi di copertura del territorio e utilizzo secondo specifici vincoli temporali, imposti nella gara 5G, la censura è parimenti infondata. Sia in linea generale, in quanto la qualificazione in termini di proroga impone di per sé il riferimento a quanto già oggetto di assegnazione, sia in termini di dettaglio, in quanto dall'analisi della documentazione versata in atti emerge come il procedimento abbia approfondito ed individuato specifiche misure tecniche (cfr. delibera 183 cit. in specie pagine 19 ss.). Rispetto a tali dettagliate specifiche, piuttosto, è la censura ad apparire viziata da genericità, oltre a porre in diretto ed immediato confronto due oggetti – quello della proroga e quello della gara 5G – non coincidenti, nei termini già sopra evidenziati.

9.2 Quanto sopra assume rilievo assorbente anche in merito al secondo motivo di appello incidentale, in tema di presunto trattamento discriminatorio tra gli operatori. Va altresì richiamato quanto sopra evidenziato rispetto alla sopravvenuta delibera antitrust.

9.3 Con il terzo motivo di appello incidentale si ripropone la censura relativa al fatto che Mise ed Agcom avrebbero dovuto imporre (e non facoltizzare), l'impiego della frequenza in esame per lo svolgimento dei servizi 5G.

Se in linea generale anche tale censura parte dal medesimo non corretto presupposto della sovrapposibilità piena fra oggetto di proroga ed oggetto della gara 5G, in via preliminare la censura appare altresì contraddittoria e priva del necessario preliminare interesse ad impugnare. Infatti, se per un verso l'estensione invocata comporterebbe un possibile vantaggio competitivo rispetto alla stessa deducente, per un altro verso va esclusa la sussistenza di un interesse diretto e concreto, in relazione alla previsione di dettaglio in questione e rispetto ad un oggetto non coincidente, in capo ad un operatore che non ha a suo tempo preso parte alla procedura di assegnazione oggetto di proroga.

9.4 Con l'ultimo motivo di appello incidentale si lamenta la violazione dei molteplici obblighi stabiliti dalle istituzioni sovranazionali competenti ai fini dell'utilizzo armonizzato delle frequenze.

La censura è infondata, sia in base alle considerazioni sin qui solte in merito alla legittimità della proroga, sia all'esito dell'esame dei presunti obblighi imposti a livello internazionale.

A quest'ultimo riguardo, oltre alle puntuali considerazioni svolte nella stessa delibera 183 oggetto di causa, va evidenziato come la invocata dichiarazione contenuta nel parere RSPG del 9 novembre 2016 non faccia specifico riferimento alla necessità che l'intero spettro di frequenza da 3400 a 3800 MHz sia oggetto di nuove assegnazioni; piuttosto, nel precisare che in detto spettro sono disponibili “up to 400 MHz” conferma la sussistenza – e conseguente consapevolezza - dell'esistenza di situazioni eterogenee nell'ambito dei diversi Stati membri.

Di tale variegata situazione risultano ben coscienti anche le autorità interne le quali, anche attraverso gli atti in questione, risultano – nei limiti di sindacato e di cognizione del presente giudizio - muoversi nella direzione tracciata dagli organi sovranazionali.

A quest'ultimo proposito, come evidenziato anche dalle condivisibili difese dell'appellante Go internet sul punto, la dichiarazione contenuta nel parere RSPG datato 30 gennaio 2018 pare porsi in termini coerenti rispetto ai vincoli imposti dalla Delibera 183/18/CONS ai soggetti richiedenti la proroga dei diritti d'uso sulla banda di frequenza 3400- 3600 MHz, consistenti negli obblighi di completare un piano di deframmentazione della banda medesima e di procedere a un *refarming*, cioè al passaggio da una tecnologia a “banda stretta” come il Gsm a una a “banda larga”, come l'Umts, il Wimax oppure l'LTE o, come oggi, a sistemi di tipo 5G.

10. Per quanto concerne poi la riproposizione dei motivi dedotti in prime cure in termini di violazione della disciplina in tema di aiuti di Stato, appare preliminarmente fondata l'eccezione di tardività delle stesse, dedotta in prime cure e qui riproposta da parte appellata Go internet, a fronte dell'omessa pronuncia sul punto del Giudice di prime cure; infatti, tale censura va qualificata in termini di motivo nuovo, proposto in primo grado nell'ambito del successivo ricorso per motivi aggiunti (depositato il 14 gennaio 2019), in via ulteriore rispetto a quelli proposti nel ricorso introduttivo (depositato il 30 ottobre 2018) e concernente un profilo che avrebbe dovuto essere censurato a pena di decadenza nel ricorso introduttivo.

10.1 Invero, per un verso, in termini generali di ammissibilità dell'eccezione, va ribadito che, ai sensi dell'art. 104 cod. proc. amm. la tardività del ricorso al Tar, proposto dopo il decorso del termine di sessanta giorni dalla piena conoscenza dell'atto impugnato, può essere eccepita e rilevata per la prima volta in appello (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. V, 12 dicembre 2018, n. 7026). Peraltro, nel caso de quo parte appellata ha comunque provveduto a riproporla nell'ambito delle relative difese.

10.2 Per un altro verso, in linea generale va ribadito il principio per cui nel processo amministrativo è inammissibile il motivo aggiunto che non sia

giustificato da una nuova produzione documentale in causa o dalla tardiva conoscenza di vizi del provvedimento che non sia stato possibile al ricorrente acquisire con la normale diligenza al momento dell'atto introduttivo; altrimenti, la proposizione dei motivi aggiunti si tradurrebbe in un mezzo per eludere la regola del termine di decadenza per impugnare (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. III, 11 luglio 2018, n. 4237). Nel caso di specie la deduzione in questione ha una evidente valenza generale rispetto agli atti impugnati con il ricorso principale; infatti, in quanto relativa alla nozione di aiuto di Stato ed ai relativi principi, non è derivata da elementi innovativi rispetto a quelli già noti e posti a fondamento dell'originario ricorso introduttivo.

10.3 In ogni caso, in termini di completezza dovuti alla natura della questione proposta, la relativa deduzione appare parimenti infondata nel merito.

La qualificazione di una misura come "aiuto di Stato", ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, esige che siano soddisfatte tutte le condizioni di seguito enunciate (cfr. ad es. Corte giustizia UE sez. VII, 7 maggio 2020, n.148). In primo luogo, deve trattarsi di un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali; deve essere idoneo a incidere sugli scambi tra gli Stati membri; esso deve concedere un vantaggio selettivo al suo beneficiario; infine, esso deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza.

Nel caso di specie, in primo luogo, non si tratta di un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali, trattandosi piuttosto di contributi da pagarsi allo Stato per la proroga di utilità ottenute all'esito di un corretto iter concorrenziale e procedimentale; non vi è alcun beneficio stanziato dallo Stato, il quale all'opposto ottiene un corrispettivo all'esito dell'applicazione delle regole, in gran parte predeterminate in sede di procedura comparativa di assegnazione di una utilità pubblica, sulla scorta di una proroga prevista dalla stessa legislazione. Il presunto beneficio, inoltre, non appare idoneo ad

incidere sugli scambi tra gli Stati membri né concede un vantaggio selettivo, riguardando tutti gli operatori soggetti a proroga che a suo tempo si erano aggiudicati le frequenze in esito ad un compiuto confronto concorrenziale; né, infine, minaccia la concorrenza, nei termini sin qui evidenziati e posti a fondamento dell'accoglimento degli appelli principali.

10.4 In definitiva, nel caso in esame, se sul versante soggettivo i presunti vantaggi – peraltro smentiti all'esito degli approfondimenti che precedono – non sono accordati con risorse dello Stato né costituiscono un onere supplementare per lo Stato o per un organismo da questo designato allo scopo, sul versante oggettivo il contributo imposto neppure può qualificarsi come beneficio, attesa la rideterminazione in aumento rispetto all'oggetto prorogato.

11. Alla luce delle considerazioni che precedono gli appelli principali vanno accolti nei termini predetti e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso di primo grado.

Sussistono giusti motivi, a fronte della peculiarità e novità della questione, per compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa riunione, li accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 marzo 2021 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Davide Ponte

IL PRESIDENTE

Sergio Santoro

IL SEGRETARIO