

Valutazioni tecniche e giudice amministrativo. Il caso delle comunicazioni elettroniche*

di Livia Lorenzoni

SOMMARIO: 1. Introduzione al problema generale del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche delle autorità amministrative indipendenti. – 2. Precisazione del campo d'indagine: il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche in materia di comunicazioni elettroniche. – 3. I principali orientamenti della giustizia amministrativa: l'approccio di deferenza. – 4. La giurisprudenza favorevole ad un sindacato maggiormente penetrante. – 4.1 Il contenzioso in materia di ripartizione del costo degli obblighi per la fornitura del servizio universale. – 4.2 La giurisprudenza sulla quantificazione dei canoni di accesso alla rete. – 4.3 La giurisprudenza sulle autorizzazioni di offerte commerciali da parte dell'operatore dominante. – 4.4 La giurisprudenza sulla proroga dei diritti d'uso di bande di frequenza. – 5. Le tecniche di controllo maggiormente utilizzate: la ricostruzione del fatto, il sindacato sui concetti giuridici indeterminati e il limite del margine di opinabilità della scelta. – 6. Alcuni possibili elementi determinanti rispetto all'intensità del sindacato sulle valutazioni tecniche in materia di comunicazioni elettroniche: le finalità e l'oggetto della regolazione di settore. – 7. Considerazioni conclusive

1. *Introduzione al problema generale del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche delle autorità amministrative indipendenti.*

Il tema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti adottati dalle autorità indipendenti ha assunto un ruolo centrale nel dibattito teorico, giurisprudenziale ed istituzionale, in quanto è universalmente considerato uno strumento fondamentale al fine di legittimarne i poteri e l'operato¹. La proliferazione del modello

* Il lavoro costituisce lo sviluppo di una ricerca avviata nell'ambito del progetto coordinato dal Prof. Alfredo Moliterni, finalizzata alla realizzazione del volume, curato dallo stesso, dal titolo "Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice: concrete dinamiche dell'ordinamento", Napoli, 2021, nel quale è pubblicata una prima e più sintetica riflessione sul tema oggetto del presente contributo.

¹ Le autorità amministrative indipendenti, come noto, sono caratterizzate da una tendenziale estraneità al circuito della responsabilità politica e da una elevata *expertise* tecnica. Sulle origini di tale modello istituzionale, a partire dalle *independent agencies* statunitensi, si veda M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (diritto amministrativo)*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1995, 1 – 8; sul contesto istituzionale che ha favorito in Italia il proliferare delle autorità indipendenti, legato alla crisi di rappresentanza «acuito dalla crisi del sistema di partiti italiano, che porta alla richiesta di risposta tecnica e indipendente, non politica, alle domande della società, che è la stessa che accresce la forza dei giudici rendendoli, come le autorità amministrative indipendenti, contropoteri del governo e dei circuiti rappresentativi, tanto di quello elettorale, quanto di quello degli interessi», si veda A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, 40. Si veda, altresì, la tesi che ha collegato la nascita delle autorità indipendenti al superamento del dirigismo economico, esposta in F.

delle *authorities* nel panorama dell'organizzazione amministrativa italiana, alle quali sono stati attribuiti poteri (regolatori e quasi-giurisdizionali) di garanzia rispetto a diritti fondamentali², ha indotto un ripensamento delle tradizionali riflessioni sul concetto di discrezionalità tecnica³. Questa ultima nozione è stata recentemente oggetto di critiche per la sua ambiguità di significato rispetto a quella generale di discrezionalità amministrativa e, secondo alcuni, da sostituire con quella più precisa di «potere di valutazione tecnica»⁴.

A partire dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso, la giurisprudenza

MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. BASSI e F. MERUSI, Milano, 1993, 151, ss. e recentemente posta in discussione in E. BRUTTI LIBERATI (a cura di), *La regolazione indipendente dei mercati: tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019, 26 ss. Sulle principali linee organizzative e funzionali di tale modello istituzionale, si veda M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in *Diz. Dir. pubbl.*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, 588 ss. In ragione delle suddette specificità, il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche espresse da tali soggetti costituisce una importante garanzia a tutela degli amministrati e, in quanto tale, è stato oggetto di ampie riflessioni, dottrinali e giurisprudenziali. Sul tema, la letteratura è sconfinata. Tra le prime riflessioni sul tema si veda R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, a cura di S. Casseese e C. FRANCHINI, Bologna, 1996. Ad un decennio dall'istituzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, che ha costituito il campo di indagine maggiormente fertile per individuare i confini del controllo giudiziario sugli atti delle autorità amministrative indipendenti, la dottrina osservava come tale modello organizzativo avesse «apportato qualche turbativa al sistema di giustizia amministrativa esistente nell'ordinamento italiano» (F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti: un romanzo «quasi giallo»*, Bologna, 2000, 87).

² Si veda, sul punto, F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti: giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada Bartoli*, a cura di F. FRANCARIO, Milano, 2003, 3 – 23. Nello stesso volume, il contributo di P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica ed autorità indipendenti*, a p. 129 e ss., illustra i tre principali orientamenti emersi in dottrina sulla “funzione di garanzia” attribuita alle autorità indipendenti: il primo che la riconduce ad una funzione neutrale e quasi giurisdizionale di qualificazione di fatti e comportamenti in termini di liceità; il secondo che la inquadra in un potere puramente discrezionale e il terzo, prevalente, che la inserisce nell'ambito della cosiddetta “discrezionalità tecnica”. Si veda, altresì, P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001 e, più di recente, E. BRUTTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., 11-61.

³ Sulle originarie ricostruzioni della discrezionalità tecnica da parte della dottrina internazionale tra fine Ottocento e inizio Novecento e per il loro superamento, si veda M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, ora in *Scritti*, vol. I, Milano, 2000, 16 e ss. Sul tema generale del sindacato del giudice sulla discrezionalità tecnica si vedano, tra gli innumerevoli contributi, F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 391; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995. Per una più recente ed esaustiva rassegna dottrinale sul tema si rinvia a C. VIDEA, *L'amministrazione della tecnica: la tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008, 27 – 99.

⁴ Si vedano, sul punto, le ricostruzioni di G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 133 e, da ultimo, S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche*, in *Dir. Amm.*, 2020, 1, 97 e ss.

amministrativa ha mutato il proprio orientamento circa la tendenziale insindacabilità degli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione, fino a quel momento soggetti ad un mero controllo formale ed estrinseco, ed ha aperto la strada ad una «verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo»⁵. Anche con specifico riferimento alle valutazioni tecniche complesse delle autorità di regolazione e di vigilanza, l'approccio di tradizionale deferenza⁶ è stato gradualmente sostituito da un sindacato, almeno dichiaratamente, più intenso⁷.

Tuttavia, sebbene alcune formule appaiano, in alcuni casi, standardizzate e si ripetano nelle decisioni riferite alle diverse autorità di settore, nella sostanza, la giurisprudenza risulta fortemente variegata, anche all'interno di un unico campo di indagine, e non sempre coerente con le dichiarazioni di principio⁸.

La peculiarità del controllo giurisdizionale di legittimità – attribuito alla

⁵ Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 12, 1179, con nota di D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Foro Amm.*, 2000, 2, 422, con nota di L. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 185, con nota di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato* e ivi, a p. 212, di P. LAZZARA, «Discrezionalità tecnica» e situazioni giuridiche soggettive, in *Foro it.* 2001/III, 9, con nota di A. TRAVI, *Nota a Cons. di Stato n. 601/1999*.

⁶ Sull'affermarsi dell'orientamento deferente, riferito ai provvedimenti dell'autorità antitrust, volto a comprimere i poteri del giudice amministrativo ad una mera verifica estrinseca di vizi di legittimità, si veda, Cons. Stato, VI sez., 14 marzo 2000, n. 1348, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 4, 367, con commento di M. DE BENEDETTO, *Il caso Tekal/Italcementi*.

⁷ La dottrina ha osservato che «da auspicata svolta definitiva in realtà non c'è stata perché negli anni immediatamente successivi sono riemerse in pieno, almeno in alcuni ambiti del contenzioso di legittimità, le espressioni di tendenziale insindacabilità delle valutazioni tecniche» (F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, in *Il Processo*, 2020, 3, 749). Con particolare riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche, si è parlato di una sostanziale «dequotazione del principio di legalità in senso sostanziale – giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori, come quelli demandati alle autorità amministrative indipendenti» alla quale corrisponde «il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale: quest'ultimo si concretizza, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore, nell'ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari» (TAR Lazio, Roma, sez. III, 28 gennaio 2020, n. 1200; Consiglio di Stato, sez. VI, 24 febbraio 2020, n. 1368).

⁸ Su tale disomogeneità si vedano, tra i molti, C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *www.federalismi.it*, 2017, 2; M. CAPPALÀ, *Il problema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM in materia "antitrust": un passo in avanti, due indietro... e uno in avanti. Una proposta per superare l'impasse*, in *www.federalismi.it*, 2019, 21; S. DE NITTO, *Esercizi di discrezionalità tecnica e di controllo giudiziale in materia "antitrust"*, in *Dir. Pubbl.*, 2020, 1, 181 e ss.; S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, cit. F. CAPOREALE, *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'ARERA*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2020, 2, 429 e ss.

giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁹ – in questo ambito, deriva, tra l'altro, dall'ampio utilizzo nella legislazione applicata dalle autorità indipendenti di concetti giuridici indeterminati e norme tecniche (in prevalenza di carattere economico), non riconducibili a regole scientifiche esatte e inopinabili. Ciò contribuisce a rendere piuttosto evanescente il criterio del «margine di opinabilità», adottato dalla giurisprudenza per fissare il limite invalicabile di valutazione riservato all'amministrazione, trattandosi di settori nei quali non vigono principi discendenti dalle c.d. scienze esatte¹⁰. Lo stesso giudice amministrativo ha riconosciuto come le valutazioni delle autorità indipendenti assumano come parametri di riferimento «non solo regole scientifiche esatte e non opinabili, ma anche valutazioni di natura prognostica, ovvero a carattere economico, sociologico, o comunque non ripercorribile in base a dati univoci, con ambito di sindacabilità oggettivamente ridotto»¹¹.

Il presente scritto si pone l'obiettivo di analizzare il modello di sindacato adottato in concreto da parte del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche espresse dall'autorità amministrativa indipendente competente nel settore delle comunicazioni elettroniche, per tentare di evincerne le principali linee di tendenza.

Il settore oggetto di esame presenta caratteristiche specifiche rispetto ad altri mercati soggetti alla regolazione economica.

In primo luogo, il coinvolgimento delle autorità europee nell'istruttoria sottesa alle decisioni più rilevanti (che sarà illustrato nel paragrafo seguente) consente una maggiore conoscibilità dell'*iter* che porta alle valutazioni espresse dall'autorità nazionale e delle relative possibili criticità o difformità di vedute¹². Tale aspetto è

⁹ Art. 133, co.1, lett. l) del Decreto legislativo del 02 luglio 2010 – n. 104, Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo (codice del processo amministrativo). Sull'introduzione della giurisdizione esclusiva e le ragioni di tali scelte si veda M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 177 e ss.

¹⁰ Come evidenziato in dottrina, «vi è una tendenziale distinzione a livello teorico tra la posizione delle autorità amministrative indipendenti e le altre amministrazioni per quanto riguarda l'individuazione delle ragioni della riserva di valutazione del fatto opinabile, riserva che nel primo caso è spiegata con la particolarità della funzione svolta e della posizione ricoperta dalle autorità indipendenti nell'ordinamento (con conseguente accentuazione della rilevanza delle garanzie procedurali), mentre nel secondo caso è spesso motivata in modo ellittico, richiamando i caratteri di un giudizio che deve essere condotto entro i limiti di un sindacato di legittimità, ma senza indagarne i presupposti di ordine sostanziale». (G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, 2, 705).

¹¹ Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1257. La sentenza richiama diversi precedenti del Consiglio di Stato sul punto, non solo in materia di comunicazioni elettroniche. Si vedano, tra le molte, Cons. St. sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

¹² In generale, sui riflessi dell'attività consultiva preordinata all'adozione di provvedimenti amministrativi espressione di valutazioni tecniche sull'estensione del sindacato giurisdizionale si veda C. SERENI LUCARELLI, *Considerazioni sull'attività consultiva nell'ottica del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche*, in *Dir. Amm.*, 2021, 1, 213.

stato ritenuto in dottrina come determinante «nel tracciare la linea di confine tra giudice e amministrazione»¹³ nel settore delle comunicazioni elettroniche.

In secondo luogo, la regolazione di settore in questo ambito «applica concetti e principi del diritto della concorrenza»¹⁴, come quello di mercato rilevante o dominanza, i quali costituiscono il presupposto per l'intervento regolatorio, che, a sua volta, è orientato alla promozione della concorrenza. La commistione tra regolazione e tutela della concorrenza che caratterizza questo settore ha consentito al giudice amministrativo di attingere a nozioni elaborate nel sindacato sui provvedimenti adottati dall'autorità *antitrust*, sulle quali la giurisprudenza ha sviluppato, nei decenni successivi alla sua istituzione, una competenza specifica. Tale aspetto appare rafforzato dalla previsione della medesima competenza funzionale inderogabile attribuita al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, sui provvedimenti di entrambe le autorità garanti¹⁵.

In terzo luogo, gli interessi pubblici tutelati dalla disciplina settoriale assumono una rilevanza particolarmente sentita nell'opinione pubblica, non solo per quanto attiene alla garanzia del pluralismo, della libertà di informazione, o della piena accessibilità del servizio universale, ma anche con riferimento alla promozione della concorrenza e all'apertura del mercato¹⁶. Quest'ultimo bene giuridico assume un ruolo preminente nell'attività regolatoria dell'autorità di settore e produce ripercussioni, in termini di riduzione dei costi e di miglioramento della qualità dei servizi, agevolmente percepibili dal pubblico "profano".

Tali elementi, insieme ad altri che emergeranno dallo studio che segue, paiono aver influenzato il tipo di sindacato esercitato dal giudice amministrativo. Per tali ragioni, il settore delle comunicazioni elettroniche rappresenta un importante campo di osservazione sugli attuali confini del sindacato giurisdizionale in materia di valutazioni tecniche delle autorità amministrative indipendenti di regolazione di settore.

¹³ A. PRETO, B. CAROTTI, *Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti: il caso di AGCOM*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2016, 1, 151.

¹⁴ M. D'ALBERTI, *Comunicazioni elettroniche e concorrenza*, in *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, a cura di R. PEREZ, Milano, 2004, 36. Si veda anche ID., *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, 705 e ID., *Poteri pubblici, mercato e globalizzazione*, Bologna 2008, 79 e ss.

¹⁵ Tale competenza era inizialmente prevista dall'art. 1 co. 27, legge 31 luglio 1997, n. 249, Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo, analogamente a quanto previsto dall'art. 33 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato. Attualmente è stabilita dall'art. 135, co. 1, lett. b) del codice del processo amministrativo per «i provvedimenti dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato e quelli dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni».

¹⁶ Sul rapporto tra tutela del pluralismo e tutela della concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche, si veda S. SANTOLI, *La tutela del pluralismo nel settore delle comunicazioni di massa: differenza e sovrapposizione rispetto alla tutela della concorrenza*, in *Diritti interessi ed amministrazioni indipendenti*, a cura di F. FRANCIARIO, cit., 231 ss.

2. *Precisazione del campo d'indagine: il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche in materia di comunicazioni elettroniche.*

Le valutazioni tecniche nel campo delle comunicazioni elettroniche si inseriscono in una variegata gamma di poteri regolatori, autorizzatori e sanzionatori, attribuiti, nell'ordinamento italiano, a diversi soggetti istituzionali. In particolare, i poteri in materia di autorizzazioni e licenze per i servizi di comunicazione elettronica ad uso pubblico e privato e per i servizi postali sono affidati al Ministero dello sviluppo economico¹⁷. I poteri di regolazione e sanzionatori, invece, sono esercitati dall'autorità per le garanzie nelle comunicazioni (nel prosieguo solo Agcom o autorità), con riferimento ai mercati delle comunicazioni elettroniche, dei servizi media e dei servizi postali¹⁸. Le finalità sottese alla regolazione economica posta in essere dall'autorità sono la promozione della concorrenza, lo sviluppo dei mercati, la vigilanza sulla corretta applicazione delle regole da parte degli operatori e la tutela dei consumatori e degli utenti dei servizi regolati.

La regolazione di settore dell'Agcom si interseca, oltre che con quella del Ministero, anche con le competenze dell'autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm). Alla luce della, già ricordata, preminenza degli obiettivi pro-concorrenziali nel settore delle comunicazioni elettroniche, quest'ultimo costituisce uno dei campi nei quali è maggiormente evidente la sovrapposizione tra l'azione dell'autorità di regolazione di settore e l'intervento *antitrust*¹⁹.

¹⁷ Si veda in proposito l'art. 25 d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, Codice delle comunicazioni elettroniche. Tale ripartizione di funzioni ha suscitato difficoltà applicative che hanno favorito l'insorgere di contenzioso che ha condotto alla sentenza della Corte di giustizia europea, sez. IV del 26 luglio 2017, causa C-560/15 *Europa Way e Persidera*, su cui si rinvia a E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., 184 ss.

¹⁸ L'autorità è stata istituita con la legge 31 luglio 1997, n. 249 Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo. Per l'analisi della precedente organizzazione della regolazione dei settori dell'editoria e della radiodiffusione, si veda G. FALCON, *Il "primo", il "secondo" ed il "terzo" garante dei settori dell'editoria e della radiodiffusione*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. BASSI e F. MERUSI, cit., 69 ss. Sulla storia dell'istituzione dell'Agcom e le relative funzioni, si vedano, per tutti, E. FRENI, *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1999, 1-13; G. AMATO, *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. Dir.*, Milano, agg. IV, 2000; A. LUCANTONI, *L'Autorità garante per le comunicazioni: una regolatrice a tutto campo*, in *Diritto e istituzioni della regolazione*, a cura di S. VALENTINI, Milano, 2005.

¹⁹ Sul rapporto tra l'applicazione della regolazione di settore e l'intervento di repressione degli illeciti *antitrust* nel campo delle comunicazioni elettroniche la letteratura è molto ampia. Si vedano, tra i molti, F. DI PORTO, *La regolazione "geneticamente modificata": c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2006, 6, 946; H. SCHWEITZER, *The History, Interpretation and Underlying Principles of Sec. 2 Sherman Act and Art. 82 EC*, EUI Working Paper, 2007; J. VICKERS, *Competition Law and Economics: a mid-Atlantic viewpoint*, in *Eu. Competition Journal* 2007, 1; G. MONTI, *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*, in *Comp. Law Rev.*, 2008, 2; F. CINTIOLI, *Integrazione e sovrapposizione tra regolazione e antitrust. Il caso dei servizi di interesse economico generale*, in *www.giustamm.it* 29/12/2009; P. IBÁÑEZ COLOMO, *On the Application of Competition*

L'attività regolatoria dell'Agcom è disciplinata in larga parte dalla normativa di derivazione europea. In particolare, il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche, rappresenta il recepimento di una serie di direttive europee che hanno interamente riformato la regolazione di settore per gli Stati membri²⁰. Tale normativa prevede una necessaria collaborazione nell'attività regolatoria tra le autorità di regolamentazione dei diversi Stati membri, la Commissione europea e il Berec (*Body of European Regulators for Electronic Communications*) per garantire lo sviluppo di prassi regolamentari coerenti e l'armonizzazione nell'applicazione delle direttive europee recepite con il Codice. L'autorità nazionale è tenuta ad attribuire la massima rilevanza alle osservazioni dei soggetti sopra menzionati²¹. Inoltre, il procedimento di adozione dei provvedimenti regolatori maggiormente significativi (concernenti l'individuazione e l'analisi dei mercati rilevanti, l'accesso e l'interconnessione, gli obblighi nei confronti degli operatori dotati di un significativo potere di mercato, e che siano tali da influenzare gli scambi tra Stati membri) prevede un vero e proprio coinvolgimento della Commissione, del Berec e delle autorità nazionali di regolamentazione, disciplinato dall'art. 7 della c.d. direttiva quadro.

Nel campo delle comunicazioni elettroniche, il contenzioso amministrativo appare piuttosto corposo. Da una ricerca sul portale istituzionale della giustizia amministrativa, inserendo le parole chiave "comunicazioni elettroniche", risultano pubblicate quarantasei sentenze del Consiglio di Stato nell'anno 2020 e cinquantanove nell'anno 2019 (quasi il doppio rispetto alle ventisei del 2018), cinquantotto del TAR Lazio, sede di Roma, per l'anno 2020 e cinquantasei per l'anno 2019 (anche in questo caso in sostanziale aumento, a fronte delle qua-

Law as Regulation: Elements for a Theory in *Yearbook of European Law*, 2010, 1; P.L. PARCU, *The surprising convergence of antitrust and regulation in Europe*, EUI Working Papers RSCAS, 2011, 35. Sia consentito rinviare, altresì, a L. LORENZONI, *The role of Competition Law in network industries subject to sector-specific regulation*, in *Derecho del Competencia Europeo Y Español*, a cura di L. ORTIZ e N. RUIZ GARCIA, vol. XI, Madrid, 2013, 243 ss.

²⁰ Si vedano, in particolare, la direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso); la direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni); la direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro); la direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale); la direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica. Sulla disciplina introdotta dall'Unione europea in materia si veda il volume *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, a cura di R. PEREZ, Milano, 2004.

²¹ Art. 12 Codice delle comunicazioni elettroniche. Si veda, sul tema, A. PRETO, B. CAROTTI, *Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti: il caso d'AGCOM*, cit.

rantuno del 2018). Le principali attività oggetto del sindacato giurisdizionale concernono misure di regolazione *ex ante*, ovvero sanzioni amministrative per violazione della disciplina di settore e di quella generale in materia di tutela dei consumatori.

Ci si limita, in questa sede, ad analizzare le pronunce del giudice amministrativo che affrontano (anche implicitamente) il tema delle valutazioni tecnico-discrezionali delle autorità coinvolte nel processo regolatorio in materia di comunicazioni elettroniche e, in particolare, dell'Agcom. Il periodo preso in esame coincide, principalmente, con l'ultimo decennio, sebbene, alcuni filoni di contenzioso presi in esame siano stati attivati antecedentemente.

Non saranno, pertanto, prese in esame le sentenze relative all'installazione di impianti di comunicazioni elettroniche – che attengono maggiormente a questioni di governo del territorio e coinvolgono enti pubblici territoriali – né quelle in materia di sanzioni comminate per la violazione della disciplina in materia di pratiche commerciali sleali, incentrate prevalentemente sul problematico riparto di competenze tra Agcom e Agcm in materia²².

Gli ambiti di contenzioso maggiormente significativi, in termini numerici, hanno avuto ad oggetto, in primo luogo, il tema della ripartizione del costo del servizio universale di telefonia fornito da Telecom Italia s.p.a. ai sensi dell'art. 58 del Codice delle comunicazioni elettroniche²³ e, in secondo luogo, una delle funzioni regolatorie più

²² L'individuazione di un chiaro riparto di competenze tra autorità Antitrust e Agcom si è rivelato problematico soprattutto in materia di pratiche commerciali sleali. Sul tema, nell'ultimo decennio, si sono succeduti numerosi interventi normativi e giurisprudenziali, tra i quali Cons. St., sez. I, parere 3 dicembre 2008, n. 3999; Cons. St. Ad. Plen. 11 maggio 2012, n. 11, n.12, n.13, n.14, n.15 e n.16. Si vedano, poi, l'articolo 23, comma 12-quinquiesdecies, D.l. 6 luglio 2012, n. 95, aggiunto dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135; TAR Lazio, Roma, sez. I, 18 febbraio 2013, n. 1742, n. 1752 e n. 1754; autorità garante della concorrenza e del mercato, Provvedimento n. 24467 «Adeguamento a giurisprudenza TAR su competenza Agcom» in Bollettino Settimanale Anno XXIII – n. 38, pubblicato sul sito www.agcm.it, 30 settembre 2013; procedura d'infrazione n. 2013/2169 del 18 ottobre 2013, ai sensi dell'articolo 260 del Trattato, per violazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno; articolo 1, comma 6, lett. a), D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE; Cons. St., Ad. Plen., 9 febbraio 2016, n. 3 e n. 4. Da ultimo, si vedano le rimessioni alla Corte di giustizia in ordine alla autorità competente a sanzionare un operatore economico per pratica commerciale scorretta, TAR Lazio, Roma, sez. I, ord. coll., 17 febbraio 2017, n. 2547 e Cons. St., sez. VI, ord. coll., 17 gennaio 2017, n. 167 e n. 168, sfociate nella pronuncia della CGUE del 13 settembre 2018, nelle cause riunite C-54/17 e C-55/17. Tale sentenza è riportata nelle più recenti sentenze amministrative sul tema. Tra le molte, TAR Lazio, Roma, sez. I, 16 aprile 2019, n. 922. Per alcune considerazioni sul tema, precedenti a questi ultimi interventi giurisprudenziali, sia consentito rinviare a L. LORENZONI, *Il Riparto di competenze tra autorità Indipendenti nella repressione delle Pratiche Commerciali Scorrette*, in *Rivista Italiana di Antitrust/Italian Antitrust*, 2015, 1 83-132.

²³ Si vedano, senza pretese di esaustività, TAR Lazio, Roma, 14 gennaio 2002, nn. 249, 250,

delicata dell'Agcom, ossia quella inerente alla determinazione delle condizioni tecniche ed economiche di accesso alle infrastrutture di proprietà di Telecom²⁴. La giurisprudenza presa in esame riguarda, principalmente, profili di regolazione *ex ante* relativi, pur se sotto diverse angolature, al rapporto tra il monopolista storico e proprietario della rete e i *newcomers*, le imprese nuove entranti nel mercato. Nelle numerose pronunce adottate di recente sulle suddette questioni è stato affrontato espressamente il tema dell'intensità del sindacato giurisdizionale in materia di comunicazioni elettroniche.

Altre sentenze in materia di discrezionalità tecnica nel settore delle comunicazioni elettroniche hanno riguardato l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie agli operatori economici per violazione di diverse discipline di settore riguardanti, ad esempio, i titoli abilitativi per l'offerta al pubblico di servizi postali, ovvero gli obblighi inerenti l'autorizzazione generale²⁵; la revisione delle voci di listino per le prestazioni a fini di giustizia effettuate a fronte di richieste di intercettazioni e di informazioni da parte delle competenti autorità giudiziarie per gli operatori telefonici²⁶; l'assegnazione di frequenze televisive alle emittenti locali²⁷; le condizioni giuridiche ed economiche di restituzione degli invii affidati ad altri operatori e rinvenuti nella rete di Poste Italiane²⁸; i provvedimenti di autorizzazione di offerte commerciali da parte dell'operatore dominante nel mercato delle comunicazioni elettroniche e fornitore del servizio universale²⁹; i provvedimenti di proroga dei diritti d'uso di alcune bande di frequenza³⁰.

quest'ultima riformata da Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2003 n.7257; TAR Lazio, Roma, sez. III, 16 novembre 2007, nn.11258, 11260, 11261, 11262 riformate in appello da Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2010 n. 243; 5 febbraio 2010, n.535; 26 gennaio 2010 n. 281; 9 febbraio 2010 n. 644; TAR Lazio, Roma, sez. I, 13 maggio 2014 n. 4926, confermata in appello dal Con. Stato, sez. III, 7 luglio 2015 n. 3388. Da ultimo, si vedano TAR Lazio, Roma, sez. III, 16 aprile 2019 n. 4934; TAR Lazio, Roma, sez. III, 17 giugno 2019, 7783; TAR Lazio, Roma, sez. III, 11 giugno 2018, nn. 6458, 6459, 6461 e 6463, riformate dal Cons. St., sez. VI, 08 ottobre 2019, n. 6881 3; TAR Lazio, Roma, sez. III, 26 febbraio 2020, n. 2542. Si vedano, altresì, Cass. Civ., sez. un., 24 giugno 2011, n. 13905; Cass. Civ. sez. un. 20 gennaio 2014, n. 1013; Cass. civ., sez. un. 27 dicembre 2017 n. 30974; Cass. Civ. sez. un. 09 aprile 2018, n. 8719.

²⁴ Cons. St., sez. III, 02 aprile 2013, n. 1856; TAR Lazio, Roma, sez. I, 18 febbraio 2015, nn. 2769, 2772, 2775; TAR Lazio, Roma, sez. I 9 marzo 2015 n. 3916, sulle quali si veda A. PRETO, *Unbundling 2013 e Tar del Lazio, «turning point» della regolazione*, in *Corriere delle comunicazioni*, 16 marzo 2015, su www.corrierecomunicazioni.it, parzialmente riformate dalla sentenza Cons. St., sez. III, 14 luglio 2016, n. 3143; Cons. St., sez. VI, 05 settembre 2018, n. 5215.

²⁵ TAR Lazio, Roma, sez. III, 8 gennaio 2019, n. 235; TAR Lazio, Roma sez. III, 19 luglio 2018, n. 8151; da ultimo TAR Lazio, Roma, 3 maggio 2019, n. 5625; da ultimo, TAR Lazio, Roma, sez. III, 4 giugno 2020, n. 5908, sulla quale risulta attualmente pendente l'appello.

²⁶ TAR Lazio, Roma, sez. 9 aprile 2019 n. 4600, n. 4604, n. 4596, n. 4594.

²⁷ Cons. St., sez. III, 01 marzo 2018, n. 1272.

²⁸ Cons. St., sez. VI, 25 settembre 2017, n. 4460.

²⁹ TAR Lazio, Roma, sez. III, 31 ottobre 2017 n. 10920; TAR Lazio, Roma, sez. III, 24 febbraio 2020, n. 2375; Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1257; TAR Lazio, Roma, sez. III, del 21 febbraio 2018 n. 2010, confermata da Cons. di Stato, sez. VI, 6 aprile 2021, n. 2790.

³⁰ TAR Lazio, Roma, sez. III del 26 novembre 2019, n. 13568.

3. *I principali orientamenti della giustizia amministrativa: l'approccio di deferenza*

Nell'ambito dell'ampia e variegata giurisprudenza in materia, è possibile individuare un primo orientamento del giudice amministrativo piuttosto deferente, che si limita, in sostanza, a fare proprie le valutazioni dell'autorità di settore, sulla base dell'osservazione che esse sarebbero state frutto di una lunga ed accurata istruttoria.

In questo orientamento rientrano, ad esempio, le sentenze adottate dai giudici di primo grado in materia di sanzioni per la violazione degli obblighi inerenti ai titoli abilitativi per l'offerta al pubblico dei servizi postali da parte di gruppi societari operanti nel settore dei servizi di corriere espresso. Il giudice amministrativo ha valutato come esaustiva l'istruttoria svolta dall'Agcom, che ha riguardato «l'esame di copiosa documentazione, in parte acquisita nel corso delle verifiche svolte e, in parte, fornita dagli affiliati»³¹, volto ad evidenziare l'esistenza di una rete unitaria di fornitura del servizio. Sulla base di tale osservazione, è stato escluso che la valutazione dell'autorità potesse essere qualificata «irragionevole»³².

Analogo atteggiamento deferente ha mostrato il TAR in relazione a sanzioni comminate dall'autorità per comunicazioni audiovisive ritenute incentivanti comportamenti pregiudizievoli per salute e sicurezza. La valutazione dell'autorità è stata ritenuta esaustivamente motivata «nonché esente da evidenti profili di illogicità, irrazionalità o errore di fatto»³³.

Pare utile evidenziare, fin da subito, la difformità di tali pronunce rispetto ai generali principi che si sono affermati, con sempre maggior forza, nel nostro ordinamento in materia di pienezza del sindacato sulle sanzioni comminate da parte delle autorità amministrative indipendenti³⁴.

³¹ TAR Lazio, Roma, sez. III, 19 luglio 2018, n. 8151; TAR Lazio, Roma, sez. III, 8 gennaio 2019, n. 235; TAR Lazio, Roma, 3 maggio 2019, n. 5625. Si veda, da ultimo, TAR Lazio, Roma, sez. III, 4 giugno 2020, n. 5908, sulla quale risulta esser stato proposto appello, del quale non è ancora pubblicato l'esito.

³² «Sulla base di tali premesse non può dirsi “irragionevole” la valutazione compiuta dall'autorità circa la qualificazione sostanziale dei contratti o accordi commerciali stipulati tra *Posta Power GMBH* e i diversi operatori postali facenti parte della rete di imprese coordinata dalla ricorrente» (TAR Lazio, Roma, 3 maggio 2019, n. 5625).

³³ TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, 2 dicembre 2020, n. 12883 e 12884, dove i giudici affermano che «il controllo giudiziale sulle valutazioni di competenza dell'autorità indipendente deve limitarsi a verificare se “la risposta fornita dall'autorità nella “contestualizzazione” dei parametri giuridici indeterminati e nel loro raffronto con i fatti accertati rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto” (Cons. di Stato, sez. VI, 19 marzo 2020, n. 1943), senza tuttavia spingersi fino a sindacare l'opinabilità, e pertanto il merito, delle stesse». Le sentenze, tuttavia, hanno accolto le doglianze limitatamente alla quantificazione della sanzione, ritenuta sproporzionata rispetto alle violazioni commesse.

³⁴ Come affermato in dottrina, infatti, «è chiaro che tecniche e modalità di sindacato possono

Anche in materia di determinazione ministeriale delle tariffe per le prestazioni obbligatorie fornite dagli operatori di telecomunicazioni a fronte di richieste di intercettazioni e di informazioni provenienti dall'autorità Giudiziaria, il Collegio giudicante di primo grado ha avallato il provvedimento poiché preceduto da «un'intensa e mirata attività istruttoria, che si è concretizzata nella costituzione [...] di un gruppo di lavoro, al quale sono stati attribuiti compiti di analisi ed elaborazione delle voci di costo necessarie per l'aggiornamento del listino»³⁵.

Analogamente, in casi relativi all'assegnazione di frequenze televisive alle emittenti locali per la Regione Lazio, nonché al Piano Nazionale di Assegnazione delle Frequenze da destinare al servizio televisivo digitale terrestre, il fatto che gli enti coinvolti nel processo regolatorio fossero stati ausiliati da un apposito supporto tecnico da parte di un soggetto dotato di specifica competenza nel settore³⁶ è stato determinante nel restringere il sindacato del giudice³⁷.

cambiare a seconda che si stia discutendo di attività di regolazione o di natura invece provvedimentale, magari sanzionatoria, per la diversa ampiezza del potere e per la diversa consistenza delle posizioni giuridiche soggettive degli interessati» (S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, cit.). Di recente, la materia del sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte delle autorità indipendenti, ha costituito oggetto di ampio dibattito, scaturito dalle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 27 settembre 2011, ricorso n. 43509/08, *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 414 e sez. II, 4 marzo 2014, ricorso 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1053, con nota di M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi CEDU*. Su tali pronunce, si vedano, tra i molti, M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1602 e ss.; F. GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. Amm.*, 2018, 1, 1. F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d. lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. process. amm.*, 2018, 4, 1207; L. PREVITI, *Il tramonto della full jurisdiction per gli antitrust infringements: la chiusura italiana ai principi dettati dalla corte europea dei diritti dell'uomo in tema di sanzioni amministrative e giusto processo. Il caso delle intese anticoncorrenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 4, 1325.

³⁵ TAR Lazio, Roma, sez. III, 9 aprile 2019, n. 4596.

³⁶ Si trattava, nel caso specifico della Fondazione Bordoni, ente morale senza fine di lucro, sottoposto alla vigilanza del Ministero dello Sviluppo Economico, avente lo scopo di effettuare e sostenere ricerche e studi scientifici ed applicativi nelle materie delle comunicazioni elettroniche, dell'informatica, dell'elettronica, dei servizi pubblici a rete, della radiotelevisione e dei servizi audiovisivi e multimediali in genere, al fine di promuovere il progresso scientifico e l'innovazione tecnologica. Tale Fondazione coadiuva operativamente lo stesso Ministero, altre Amministrazioni pubbliche e autorità amministrative indipendenti, tra cui Agcom, nella soluzione delle problematiche di carattere tecnico, economico, finanziario, gestionale, normativo e regolatorio connesse alla loro attività.

³⁷ Cons. St., sez. III, 01 marzo 2018, n. 1272. Si veda, in senso analogo, TAR Lazio, Roma, sez. III, 28 gennaio 2021, n. 1206 dove si legge «sul piano tecnico (e nei limiti in cui può spingersi il sindacato del Giudice Amministrativo su valutazioni di natura prettamente tecnica) la delibera 39/2019/CONS spiega ampiamente la scelta compiuta dall'autorità che, lungi dall'apparire illogica

In altri casi, la giurisprudenza sembra essersi accostata all'approccio più risalente, confinando il sindacato ad un giudizio meramente estrinseco sulla legittimità formale del provvedimento e qualificando l'attività valutativa delle autorità indipendenti come esercizio di vera e propria discrezionalità amministrativa. Ad esempio, in relazione ad un provvedimento dell'Agcom in materia di condizioni giuridiche ed economiche di restituzione degli invii affidati ad altri operatori e rinvenuti nella rete di Poste Italiane, il Consiglio di Stato ha sostenuto che la valutazione dell'autorità in questo campo involge la necessità di ponderare una variegata serie di aspetti, interessi e obiettivi (come l'affidabilità delle reti di distribuzione postale, la posizione del fornitore del servizio universale, la libera concorrenza nel mercato dei servizi postali, ecc.), la cui composizione non è riducibile a mere valutazioni tecniche dell'autorità, bensì ad un vero e proprio giudizio di opportunità³⁸. Allo stesso modo, il TAR ha recentemente qualificato la scelta esercitata nella definizione del piano di assegnazione delle frequenze da destinare al servizio televisivo digitale terrestre come pienamente discrezionale, se non addirittura politica, essendo contenuta in una norma di legge a carattere programmatico e, come tale, non censurabile³⁹.

4. *La giurisprudenza favorevole ad un sindacato maggiormente penetrante*

Un diverso orientamento appare, invece, favorevole ad un sindacato maggiormente incisivo, esteso anche all'indagine sul contenuto dei concetti giuridici indeterminati utilizzati nella disciplina settoriale (mercato rilevante; sostituibilità fra servizi; orientamento al costo dei canoni di accesso alla rete; inclusività ed abbordabilità del servizio universale...). In questi casi, sebbene la decisione del giudice sia stata adottata principalmente mediante il riferimento alle figure sintomatiche dell'eccesso di potere e, in particolare, sotto il profilo del difetto di istruttoria e della conseguente carenza di motivazione, in concreto ha mostrato un atteggiamento molto più intrusivo del giudice amministrativo rispetto alle scelte regolatorie. Questo indirizzo è stato avallato in più occasioni dalle Sezioni Unite della Cassazione, chiamate a decidere se tali pronunce esorbitassero i limiti esterni della giurisdizione. Esso ha riguardato prevalentemente controversie aventi ad oggetto il mercato della telefonia mobile e, in particolare, i rapporti tra operatore storico e nuovi entranti in tale mercato.

o immotivata, si è basata su analisi svolte dalla Fondazione Ugo Bordonio». La sentenza TAR Lazio, Roma, sez. III, 28 gennaio 2021, n. 1204 ha qualificato la scelta esercitata in tale campo come pienamente discrezionale, se non addirittura politica, essendo contenuta in una norma di legge a carattere programmatico e, come tale, non censurabile.

³⁸ Cons. St., sez. VI, 25 settembre 2017, n. 4460.

³⁹ TAR Lazio, Roma, sez. III, 28 gennaio 2021, n. 1204.

4.1. *Il contenzioso in materia di ripartizione del costo degli obblighi per la fornitura del servizio universale.*

Un tema particolarmente controverso in materia di regolazione delle comunicazioni elettroniche è stato quello della ripartizione del costo netto degli obblighi per la fornitura del servizio universale da parte di Telecom Italia s.p.a. Il presupposto sul quale si basa tale ripartizione è la sussistenza di un sufficiente grado di sostituibilità tra i servizi di telefonia mobile e fissa, tale da identificarli come unico mercato di servizi di comunicazione. Sulla base della ritenuta fungibilità fra i servizi di telefonia fissa e mobile, l'Agcom ha adottato, tra la fine degli anni Novanta e i primi anni Duemila, numerosi provvedimenti con i quali ridistribuiva fra tutti gli operatori del mercato i costi sostenuti da parte di Telecom s.p.a. per la prestazione del servizio universale. Tali provvedimenti sono stati impugnati, a più riprese, dalle imprese operanti esclusivamente nel settore della telefonia mobile che hanno contestato la considerazione unitaria dei due diversi servizi di telefonia fissa e mobile, negando di conseguenza il proprio onere di partecipazione alla ripartizione del costo del servizio universale, afferente esclusivamente al servizio di telefonia fissa. Nella maggior parte dei casi, il giudice amministrativo ha accolto i ricorsi, quantomeno in secondo grado, contestando l'istruttoria operata dall'autorità per dimostrare la sostituibilità dei due servizi⁴⁰.

Queste decisioni del Consiglio di Stato sono state poste all'attenzione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. Il gestore del servizio universale ha sostenuto che il giudice d'appello avesse esorbitato i limiti esterni della giurisdizione amministrativa, sconfinando in una valutazione di merito riservata all'amministrazione. In particolare, si contestava che la determinazione del mercato rilevante spettasse in via esclusiva al potere amministrativo. Le Sezioni Unite hanno respinto i ricorsi, affermando che compete al giudice amministrativo il controllo sulla correttezza dei criteri giuridici, della logica, della coerenza di ragionamento e di adeguatezza della motivazione con cui l'amministrazione – ancorché in uso di discrezionalità tecnica – esercita i suoi poteri⁴¹. A parere della Corte, si era trattato «di un sindacato dei giudici ammini-

⁴⁰ Si vedano, tra le molte, TAR Lazio, Roma, 14 gennaio 2002, nn. 249, 250, quest'ultima riformata da Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2003 n.7257; TAR Lazio, Roma, sez. III, 16 novembre 2007, nn.11258, 11260, 11261, 11262 riformate in appello da Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2010 n. 243; 5 febbraio 2010, n.535; 26 gennaio 2010 n. 281; 9 febbraio 2010 n. 644; TAR Lazio, Roma, sez. I, 13 maggio 2014 n. 4926, confermata in appello dal Con. Stato, sez. III, 7 luglio 2015 n. 3388. Da ultimo, si vedano TAR Lazio, Roma, sez. III, 16 aprile 2019 n. 4934; TAR Lazio, Roma, sez. III, 17 giugno 2019, 7783; TAR Lazio, Roma, sez. III, 11 giugno 2018, nn. 6458, 6459, 6461 e 6463, riformate dal Cons. St., sez. VI, 08 ottobre 2019, n. 6881; TAR Lazio, Roma, sez. III, 26 febbraio 2020, n. 2542.

⁴¹ Si vedano, in questo senso, Cass. Civ., sez. un., 24 giugno 2011, n. 13905; Cass. Civ. sez. un. 20 gennaio 2014, n. 1013; Cass. civ., sez. un. 27 dicembre 2017, n. 30974; Cass. Civ. sez. un. 09 aprile 2018, n. 8719.

strativi operato su soluzioni tecniche di problemi opinabili risolti in contrasto con le leggi e in modo irrazionale, che non ha inciso sul merito del provvedimento, ma che ha individuato i limiti normativi e logici entro cui l'atto amministrativo impugnato e la discrezionalità che in esso si manifesta può e deve essere esercitata per essere legittima»⁴². Di conseguenza, le Sezioni Unite hanno escluso che la questione attenesse ai limiti della giurisdizione del giudice amministrativo o al tipo di tutela da questo erogabile⁴³.

4.2. *La giurisprudenza sulla quantificazione dei canoni di accesso alla rete*

Un secondo importante filone di contenzioso è relativo alle determinazioni dell'Agcom che hanno quantificato l'ammontare dei canoni di accesso alla rete. In questo campo, il Consiglio di Stato ha ritenuto condivisibile l'affermazione delle appellanti sulla possibilità per il giudice di effettuare, nei confronti delle valutazioni tecnico discrezionali delle autorità indipendenti, «un sindacato pieno e penetrante», con il solo limite dell'opinabilità in relazione a concetti giuridici indeterminati, purché la motivazione esposta nel provvedimento risulti «comprensibile, attendibile secondo la scienza economica, e immune da travisamento dei fatti, da vizi logici o da violazioni di regole normative»⁴⁴. In una recente sentenza (di ben 181 pagine), il giudice di appello ha apertamente criticato l'orientamento del TAR che «trincerato dietro i limiti del sindacato sulla discrezionalità tecnica»⁴⁵, ha recepito le tesi dell'autorità senza prendere in sufficiente considerazione le difese dei privati ricorrenti. Il Consiglio di Stato ha analiticamente ripercorso tutto l'iter istruttorio che, con il coinvolgimento della Commissione europea ed il *Berec*, ha condotto alle determinazioni dell'Agcom, per esaminare l'esistenza o meno di un difetto di istruttoria o motivazione sulla rispondenza dei prezzi e le condizioni tecniche di accesso alla rete ai criteri individuati dalla disciplina europea e nazionale ed ha concluso per la riforma dei provvedimenti adottati dall'autorità nazionale⁴⁶.

⁴² Cass. Civ., sez. un., 24 giugno 2011, n. 13905.

⁴³ In senso analogo, è stato affermato che «il Consiglio di Stato ha esercitato il sindacato di legittimità in merito ai provvedimenti amministrativi impugnati, attraverso il controllo della loro motivazione e dell'adeguatezza dei dati acquisiti e valutati. Non può seriamente porsi in dubbio, infatti, che la risposta al quesito circa una ricaduta dell'espansione del servizio di telefonia mobile sul servizio di telefonia fissa, tale da rendere iniquo l'onere a carico dell'organismo incaricato della gestione del secondo, debba avvenire in base alla valutazione di una serie di dati, anche eterogenei, in funzione della quale i risultati possono anche assumere un connotato di opinabilità, comportando l'incidenza di aspetti di natura squisitamente discrezionale» (Cass. civ., sez. un. 27 dicembre 2017 n. 30974).

⁴⁴ Cons. St., sez. III, 14 luglio 2016, n. 3143.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Il Collegio ha statuito quanto segue: «in sintesi, è possibile censurare la sola valutazione che si pone al di fuori dell'ambito di opinabilità, cosicché il sindacato non divenga sostitutivo con l'in-

4.3. *La giurisprudenza sulle autorizzazioni di offerte commerciali da parte dell'operatore dominante*

Un'ulteriore giurisprudenza ha riguardato i provvedimenti dell'Agcom che hanno autorizzato alcune offerte commerciali da parte dell'operatore dominante, ritenendole idonee a superare il cosiddetto "test di replicabilità" da parte dei concorrenti. Nel settore delle comunicazioni elettroniche, infatti, l'autorità di regolazione è tenuta a verificare *ex ante* la possibilità per gli operatori del mercato di sostenere economicamente le offerte commerciali al dettaglio praticate dall'impresa dominante che opera anche nel mercato all'ingrosso, in regime verticalmente integrato. Ciò è previsto al fine di evitare che quest'ultima adotti pratiche abusive escludenti, riconducibili alla cosiddetta "compressione dei margini", praticando prezzi finali inferiori ai costi di produzione, grazie alla propria posizione dominante sul mercato a monte, non replicabili da parte degli operatori concorrenti che utilizzano servizi di accesso e interconnessione all'ingrosso⁴⁷.

troduzione di una valutazione parimenti opinabile. Qualora residuino margini di opinabilità in relazione a concetti indeterminati, la valutazione compiuta dall'autorità non può ritenersi viziata se, attraverso le motivazioni esposte, risulti comprensibile, attendibile secondo la scienza economica, e immune da travisamento dei fatti, da vizi logici o da violazioni di regole normative». Il Collegio ha precisato che le impugnazioni in esame si erano mantenute nei limiti del sindacato di legittimità consentito al giudice amministrativo. La sentenza ha ribadito il principio per cui «il limite del sindacato giurisdizionale, al di là dell'ormai sclerotizzata antinomia [antitesi] forte/debole, deve attestarsi sulla linea di un controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della pubblica autorità, assicuri la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza, anche e [...] soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicismo, per le quali vengano in rilievo poteri regolatori con i quali l'autorità detta, appunto, "le regole del gioco"; e sottolineare che, anche nel presente giudizio, il controllo invocato, di volta in volta, dagli operatori economici appellanti, sulla correttezza del modello economico in concreto applicato dal Agcom a fini di regolazione, "non mira a sostituire la valutazione del giudice a quella della competente autorità, ma solo a verificare se tale modello, una volta adottato, sia stato coerente nei suoi sviluppi proprio alla luce delle finalità che la scelta regolatoria, nel suo complesso, mira a perseguire. L'incoerente o incompleta applicazione di quel modello, ponendosi in contrasto con i principi che l'informano, può infatti frustrare le stesse finalità che hanno giustificato la sua adozione, essendo indubbio che anche teorie o principi economici possano essere applicate ben al di là del loro margine di elasticità e opinabilità, con risultati non consentanei alle loro premesse e, dunque, erronei» (Cons. St., sez. III, 14 luglio 2016, n. 3143).

⁴⁷ Il cosiddetto "*margin squeeze*" si configura quando il differenziale tra il prezzo dell'input, fornito dall'impresa dominante nel mercato a monte – impresa verticalmente integrata –, e il prezzo dell'output, offerto da quest'ultima sul mercato a valle, risulta essere negativo o insufficiente a coprire i costi di un operatore, attivo nel downstream market, efficiente quanto l'impresa che attua tale condotta. Tale condotta costituisce un tipico esempio di intersecazione del diritto della concorrenza con la regolazione di settore. Sul tema si vedano, tra i molti, D. GERADIN, R. O'DONOGHUE, *The concurrent application of competition law and regulation: the case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 1/2005, 357; A. HEIMLER, *Is a margin squeeze an antitrust or a regulatory violation?*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 6/2010, 884. Sia consentito rinviare, altresì, a L. LORENZONI, *The Role of Competition Law in Network Industries subject to Sector-Specific Regulation*, cit. 243-287.

Il TAR aveva annullato i provvedimenti dell'Agcom che autorizzavano le pratiche commerciali in questione, ritenendo che l'autorità, nell'analisi di replicabilità dell'offerta, dovesse tenere in considerazione non solo le caratteristiche economiche delle singole offerte, bensì anche la loro frequenza nel tempo, per valutarne il reale impatto sulle dinamiche competitive del mercato di riferimento, sebbene ciò non fosse esplicitamente previsto da alcuna disposizione regolatoria⁴⁸.

Il giudice di appello ha riformato la pronuncia di primo grado, valutandola eccessivamente intrusiva rispetto alla scelta discrezionale riservata all'amministrazione e non adeguatamente suffragata da riferimenti normativi ed elementi istruttori sufficienti a invalidare l'attività svolta dall'autorità di settore⁴⁹. Nondimeno, il Consiglio di Stato ha considerato illegittimi, sotto un diverso profilo, i provvedimenti di autorizzazione, esprimendosi, per altro verso, in favore di un sindacato pieno sull'esatta rappresentazione dei fatti e sull'attendibilità delle operazioni tecniche, purché si rimanga nell'ambito di quanto previsto dalla disciplina positiva della fattispecie rilevante⁵⁰. Nel caso di specie, il Collegio ha ritenuto

⁴⁸ Si veda in tal senso TAR Lazio, Roma, sez. III, 31 ottobre 2017 n. 10920.

⁴⁹ Il Collegio ha così motivato: «se è pur vero che in generale sussiste la sindacabilità della discrezionalità tecnica delle determinazioni delle cc.dd. autorità indipendenti, nei termini su cui infra, è altrettanto vero che sia inibito al Giudice imporre verifiche tecniche diverse da quelle previste dal vigente quadro regolatorio. Infatti, sebbene il sindacato giurisdizionale, pieno ed effettivo, sugli atti regolatori delle autorità indipendenti si estenda anche all'accertamento dei fatti operato dall'autorità sulla base di concetti giuridici indeterminati o di regole tecnico-scientifiche opinabili (al fine di evitare che la discrezionalità tecnica trasmodi in arbitrio specialistico; v. sul punto, ex plurimis, Cons. St., sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645), e implichi la verifica del rispetto dei limiti dell'opinabile tecnico-scientifico (e, nell'ambito di tali confini, anche del grado di attendibilità dell'analisi economica e delle valutazioni tecniche compiute, alla stregua dei criteri della ragionevolezza e della proporzionalità), attraverso gli strumenti processuali a tal fine ritenuti idonei (ad. es., consulenza tecnica d'ufficio, verifica, ecc.), tale sindacato non può, tuttavia, spingersi fino al punto di sostituire le valutazioni discrezionali dell'Amministrazione, come avvenuto nel caso di specie, peraltro sulla base di una motivazione apodittica non supportata da specifici riferimenti normativi ed adeguati elementi istruttori (cfr. in termini Cons. St., sez. VI, 25 settembre 2017 n. 4460)», Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1257.

⁵⁰ Sotto questo diverso aspetto, il Consiglio di Stato si è espresso in senso favorevole ad un sindacato più intrusivo: «va ribadito che, relativamente ai provvedimenti tecnici delle autorità amministrative indipendenti, pur non potendo il giudice sostituirsi all'Amministrazione in ciò che è ad essa riservato, in ordine al merito della funzione amministrativa, il sindacato giurisdizionale non può limitarsi ad un esame estrinseco della valutazione discrezionale (secondo i noti parametri di logicità, congruità e completezza dell'istruttoria) ma deve estendersi, invece, dall'esatta rappresentazione dei fatti all'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della correttezza dei criteri applicati, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie rilevante: quanto sopra in coerenza con il principio – costituzionale e comunitario – di effettività della tutela giurisdizionale. Tale principio impone che l'esercizio della discrezionalità tecnica sia verificabile nel giudizio di legittimità, sotto i profili della coerente applicazione delle regole tecniche, rilevanti per il settore, nonché della corrispondenza degli atti emessi ai dati concreti, in modo logico e non arbitrario; sia l'apprezzamento dei fatti che i profili tecnici, sottostanti al provvedimento, sono quindi censurabili,

contraddittoria la decisione dell'autorità che aveva ommesso di effettuare un test di replicabilità completo, previsto dalla disciplina di settore, semplicemente per la qualificazione dell'offerta commerciale come temporanea, nonostante, nella realtà, essa venisse sistematicamente replicata nel tempo⁵¹. In entrambe le pronunce, di primo e di secondo grado, è stata citata la precedente giurisprudenza in materia di sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche. Tuttavia, a seconda delle questioni tecniche oggetto di sindacato, ne sono stati valorizzati i passaggi che giustificano atteggiamenti più o meno restrittivi.

Un'ulteriore questione rimessa all'attenzione del giudice amministrativo ha riguardato la imposizione, da parte dell'Agcom, all'ex *incumbent* nazionale e fornitore del servizio universale di formule tariffarie diverse da quelle proposte in normali condizioni commerciali, per garantire l'accesso alla rete ai consumatori a basso reddito o con esigenze sociali particolari. In questo caso, il Consiglio di Stato ha esercitato un controllo intrinseco, anche sui concetti giuridici indeterminati alla base della decisione adottata, avallando la decisione dell'autorità di impedire la manovra tariffaria dell'operatore, intesa ad indirizzare un numero sempre più consistente di utenti verso tariffe di tipo *flat*, anziché a consumo, considerata

quando risulti superato il margine oggettivo di opinabilità delle scelte (cfr. ad es. Cons. St., sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2888). Come ribadito ancora di recente dalla sezione (cfr. ad es. sentenza 8 ottobre 2019 n. 6881), è assodato (cfr. Cass. Civ., sez. un., n. 30974/2017), che la discrezionalità tecnica non sia espressione di un potere di supremazia della P.A., tant'è che le relative valutazioni, inserite in un procedimento amministrativo complesso e dipendenti dalla valorizzazione dei criteri predisposti previamente, sono assoggettabili al sindacato giurisdizionale di questo Giudice, senza che ciò implichi l'invasione della sfera del merito amministrativo», Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1257.

⁵¹ Nello specifico, il Collegio ha chiarito che, ai fini della verifica della replicabilità delle offerte al dettaglio dell'operatore dominante, l'autorità è chiamata ad applicare un duplice test di prezzo. La prima analisi (c.d. DCF) è volta a verificare il recupero dei costi complessivi, fissi e variabili, relativi all'offerta in esame e considera, pertanto, in senso complessivo costi e ricavi generati dall'insieme delle promozioni applicate all'offerta in un dato periodo di riferimento (un anno). La seconda analisi (c.d. *period by period*) mira, invece, ad accertare il recupero dei costi variabili generati da ogni nuovo cliente dell'offerta ed è pertanto applicata separatamente a ogni singola promozione. Il test DCF verifica la redditività globale dell'investimento sotteso alla commercializzazione dell'offerta, mentre la verifica *period by period* è volta ad accertare che ciascuna promozione sia caratterizzata da un livello di prezzo superiore alla soglia dei costi variabili, ossia dei costi incrementali generati dall'acquisizione del nuovo cliente che aderisce alla promozione. La sentenza di appello ha censurato la pronuncia del TAR per aver considerato meramente esemplificativa la previsione dei test di prezzo, reputando, a contrario, necessaria un'analisi unitaria delle diverse offerte, intese nella loro sommatoria e combinazione, nel lungo periodo, con riferimento all'effetto che possono avere avuto sulle dinamiche del mercato di riferimento, con ciò reputando integrato un difetto di istruttoria negli atti impugnati. Il Consiglio di Stato ha concluso imponendo all'Agcom di rideterminarsi «con una valutazione svolta ex ante circa la corretta e non contraddittoria qualificazione delle offerte in discussione, anche con riferimento all'offerta limited edition, tramite il canale web, in specie a fronte della reiterazione della stessa» (Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1257, cit.)

non rispettosa dell'obbligo di garantire il servizio universale ai soggetti che, per condizioni sociali o economiche, risultano maggiormente tutelati da una tariffa connessa all'uso effettivo dei servizi⁵².

4.4. *La giurisprudenza sulla proroga dei diritti d'uso di bande di frequenza*

Infine, nel filone giurisprudenziale favorevole ad un sindacato maggiormente intenso, si segnala una recente pronuncia del TAR del Lazio, scaturita da un contenzioso concernente diversi provvedimenti di proroga dei diritti d'uso di alcune bande di frequenza ad alcuni operatori del mercato della telefonia mobile, adottati dal Mise, ed i relativi pareri dell'Agcom, impugnati dall'impresa aggiudicataria della successiva gara per l'assegnazione di frequenze analoghe⁵³. L'utilizzo delle frequenze era stato concesso agli operatori in proroga a fronte di un corrispettivo significativamente inferiore rispetto a quello offerto dall'aggiudicataria dell'asta indetta per l'assegnazione delle nuove frequenze. Il giudice amministrativo ha annullato gli atti di proroga, fondando la propria decisione su una carenza di istruttoria da parte dell'Agcom, che avrebbe reso incoerente la valutazione da parte dell'amministrazione. In particolare, il Collegio ha ritenuto «singolare che una volta individuato, in sede di gara, un corrispettivo di circa undici volte superiore a quello di riserva (o base d'asta) – l'autorità non abbia effettuato, o quanto meno subito preannunciato, un'ulteriore valutazione, (...) mostrando di ritenere congruo il contributo già fissato». Il TAR ha ritenuto che, in tale contesto, l'autorità garante non avesse esercitato «in pieno e congruamente – le funzioni regolatorie di cui era investita, sulla base di parametri non solo strettamente tecnico-giuridici, ma anche (...) “di natura prognostica, economica o sociologica”, in vista del delicato equilibrio da garantire, nell'interesse dello Stato (anche sotto il profilo finanziario), nonché a tutela degli operatori del settore, a cui dovevano assicurarsi corrette regole di mercato e paritario accesso alla concorrenza»⁵⁴. Per giustificare il proprio intervento intrusivo, il Collegio ha evidenziato le peculiarità del sindacato sugli atti discrezionali adottati dalle c.d.

⁵² Cons. di Stato, sez. VI, 6 aprile 2021, n. 2790 dove si legge «che il controllo giurisdizionale deve garantire un'efficace e concreta tutela giurisdizionale, pur davanti all'esercizio della discrezionalità tecnica delle autorità indipendenti. Siffatta tutela si sostanzia non solo nel controllo di logicità, congruenza e plausibilità della scelta, ma anche in quello intrinseco, se del caso mercé il ricorso alle conoscenze tecniche proprie della medesima scienza specialistica applicata dall'autorità indipendente. Si badi, però, che di fronte a valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità, questo Giudice, che pur ha un ampio accesso al fatto e può conoscere di quei profili tecnici il cui esame sia necessario per giudicarne la legittimità, il relativo scrutinio s'invera in un controllo di logicità, coerenza e ragionevolezza di tale giudizio e nella verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità».

⁵³ TAR Lazio, Roma, sez. III del 26 novembre 2019, n. 13568.

⁵⁴ *Ibid.*

authorities, dotate di specifica competenza, di poteri esclusivi e di indipendenza dal potere politico, chiarendo che la propria valutazione si inseriva nel quadro sostanziale di un settore «nell'ambito del quale si impongono competenze specialistiche di alto profilo e strumenti istruttori di particolare complessità, non pienamente ripercorribili dal giudice amministrativo», dove «quest'ultimo, tuttavia, può utilizzare la più ampia dimensione del controllo di legittimità su atti, che siano espressione di discrezionalità tecnica, per effettuare il proprio apprezzamento in una dimensione maggiormente analitica dell'eccesso di potere, ove non risulti un'adeguata ponderazione dell'autorità, per ogni fattore rilevante ai fini della decisione da assumere»⁵⁵.

5. *Le tecniche di controllo maggiormente utilizzate: la ricostruzione del fatto, il sindacato sui concetti giuridici indeterminati e il limite del margine di opinabilità della scelta*

La giurisprudenza amministrativa in materia di discrezionalità tecnica è consolidata nell'affermare, in linea teorica, che il sindacato giurisdizionale debba estendersi in modo pieno sui fatti posti alla base dei provvedimenti impugnati, secondo i parametri della disciplina applicabile, anche mediante il ricorso allo strumento della consulenza tecnica d'ufficio⁵⁶.

Nelle decisioni esaminate in materia di comunicazioni elettroniche, tuttavia, l'indagine sui fatti assunti alla base della valutazione tecnica non sembra agevolmente distinguibile da quella sulla valutazione tecnica in senso stretto. Oltretutto, quest'ultima è generalmente svolta direttamente dagli stessi giudici amministrativi, in assenza del ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio.

La ricostruzione in fatto, nei casi studiati, tende a confondersi con l'analisi della disciplina applicabile e dei concetti giuridici indeterminati alla base dei provvedimenti impugnati (come, ad esempio, la nozione di servizio universale, di diritto di accesso non discriminatorio alla rete, o di verifica di replicabilità dell'offerta). Il giudice, ancorando la situazione fattuale ai concetti giuridici a fondamento della valutazione tecnica che ne discende, ha potuto effettuare un sindacato piuttosto penetrante, mediante l'analisi delle vicende evolutive dei mercati di riferimento, del contesto economico e sociale, dello sviluppo tecnologico.

La giurisprudenza oggetto di analisi ha fatto solo sporadicamente espresso ricorso alle categorie del sindacato «debole-forte»⁵⁷ o di «sindacato pieno

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Si veda Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999 n. 601 cit. e successive pronunce conformi.

⁵⁷ Le Sezioni Unite della Cassazione, nei giudizi in materia di ripartizione del costo per il servizio universale è stato ricordato che «i provvedimenti dell'autorità garante sono sindacabili dal giudice amministrativo per vizi di legittimità e non di merito, nel senso che non è consentito al giudice amministrativo esercitare un controllo c.d. di tipo "forte" sulle valutazioni tecniche opinabili,

e penetrante»⁵⁸. Tuttavia, le nozioni tradizionali sono state spesso richiamate implicitamente. In molti casi, come anticipato, le sentenze hanno fatto riferimento al limite della opinabilità della valutazione, in relazione ai concetti giuridici indeterminati presenti nella regolazione di settore. Tale limite è stato valorizzato al fine di impedire che il sindacato del giudice possa sostituire con una propria scelta, altrettanto opinabile, quella della P.A., in assenza di un parametro giuridico per definire la legittimità della decisione amministrativa⁵⁹. Alla stregua di tale criterio, il sindacato da parte dell'organo giudiziario non dovrebbe incidere sulla selezione della metodologia scientifica di verifica dei presupposti economici di una determinata misura regolatoria, ma rimanere confinato ad una verifica circa l'esistenza di vizi di travisamento dei fatti, vizi logici o di violazioni delle regole normative che evidenzino la coerenza del modello scientifico adottato rispetto alle finalità sottese alla scelta regolatoria, mentre la scelta regolatoria finale dovrebbe essere rimessa all'autorità amministrativa di regolazione.

Tale linea è stata seguita in alcune pronunce. Ad esempio, non è stata considerata sindacabile la scelta dell'Agcom di non adottare, per l'analisi di sostituibilità, il metodo dello "SSNIP – *Small but Significant Non-transitory Increase in Price* – test", utilizzato normalmente in materia *antitrust* per individuare il mercato del prodotto⁶⁰. Nello stesso senso, il Consiglio di Stato non ha ritenuto ammissibile una valutazione del giudice di primo grado sui criteri adottati dall'autorità di settore nell'analisi di replicabilità dell'offerta dell'operatore dominante⁶¹.

che si tradurrebbe nell'esercizio da parte del suddetto giudice di un potere sostitutivo spinto fino a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione, fermo però restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile in sede giurisdizionale il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza» (Cass. civ., sez. un. 27 dicembre 2017 n. 30974). Si veda anche TAR Lazio, Roma, sez. III del 26 novembre 2019, n. 13568 dove si legge che: «si parla [...] di "sindacato debole", ritenendosi non consentito per il giudice l'esercizio di un potere accertativo, anche espresso mediante affidamento ad un consulente tecnico d'ufficio delle complesse valutazioni, riservate agli organismi in questione (ad eccezione di quanto previsto per le sanzioni pecuniarie, sulle quali è ammesso un controllo più penetrante). [...] Il Collegio non ignora pronunce (cfr. in tal senso, fra le tante, Cons. St., sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645), in cui non emerge (o è addirittura esclusa) la qualificazione riduttiva di "sindacato debole", ma le sfumature lessicali non mutano il quadro sostanziale di un settore, nell'ambito del quale si impongono competenze specialistiche di alto profilo e strumenti istruttori di particolare complessità, non pienamente ripercorribili dal giudice amministrativo; quest'ultimo, tuttavia, può utilizzare la più ampia dimensione del controllo di legittimità su atti, che siano espressione di discrezionalità tecnica, per effettuare il proprio apprezzamento in una dimensione maggiormente analitica dell'eccesso di potere, ove non risulti un'adeguata ponderazione dell'autorità, per ogni fattore rilevante ai fini della decisione da assumere».

⁵⁸ Cons. St., sez. III, 14 luglio 2016, n. 3143.

⁵⁹ Si vedano, tra le molte, TAR Lazio, Roma, sez. III, 14 febbraio 2019, n.1964; TAR Lazio, Roma, sez. III, 17 giugno 2019, n. 7783; Cons. St., sez. III, 02 aprile 2013, n.1856; Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1257.

⁶⁰ TAR Lazio, Roma, sez. III, 17 giugno 2019, n. 7783.

⁶¹ Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1257.

La giurisprudenza, tuttavia, non ha mostrato un atteggiamento univoco. Le medesime questioni, relative, ad esempio, alla individuazione del mercato rilevante, alla posizione dell'operatore storico nella fornitura del servizio universale, alla replicabilità dell'offerta, sono state considerate in alcune sentenze come valutazioni di opportunità afferenti al merito della scelta amministrativa, in altri casi sono state oggetto di un sindacato pieno da parte del giudice.

Ad esempio, le sentenze in materia di ripartizione dei costi del servizio universale contengono precise indicazioni sui criteri che l'autorità dovrebbe seguire nell'analisi di sostituibilità. Si afferma che i suddetti criteri debbano essere non solo incentrati sull'analisi dello sviluppo del mercato della telefonia mobile, ma su come l'espansione della domanda in tale settore abbia inciso negativamente sulla domanda di telefonia fissa⁶². Le pronunce non contengono alcuna indagine sui fatti posti alla base delle decisioni amministrative oggetto di impugnazione. Sul punto, le Sezioni Unite della Cassazione hanno espressamente affermato che «la circostanza che non siano stati messi in discussione i dati fattuali delle delibere impugnate non esclude che potesse esprimersi, come in effetti è stato espresso, un giudizio di adeguatezza sugli stessi, tale da comportare un giudizio di insufficienza dell'attività istruttoria scelta e soprattutto dei parametri assunti da Agcom [...]»⁶³.

In numerosi casi, il giudizio di attendibilità sulla scelta regolatoria è stato effettuato alla luce della coerenza tra il modello economico adottato e le finalità della regolazione.

Ciò è emerso, in particolare, nelle pronunce in materia di canone di accesso alla rete. In tale ambito, è stata valutata la rispondenza del criterio economico di riferimento per il calcolo delle tariffe, rispetto all'obiettivo di favorire la concorrenza ed incentivare l'infrastrutturazione nel settore. In una pronuncia particolarmente significativa (sovente citata nelle decisioni successive), dopo un'accurata ricostruzione delle posizioni giurisprudenziali in materia di sindacato sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti, il Consiglio di Stato ha annullato il provvedimento di regolazione per insufficienza, illogicità, contraddittorietà della motivazione e difetto di istruttoria, in ordine al modello economico adottato dall'Agcom per il calcolo dei prezzi delle tariffe di accesso alla rete. La sentenza ha chiarito che «il controllo, invocato dall'appellante, sulla correttezza del model-

⁶² Si veda, ad esempio Cons. St., sez. III, 7 luglio 2015 n. 3388.

⁶³ Cass. civ., sez. un. 27 dicembre 2017 n. 30974. Nella medesima pronuncia è stato chiarito che «la non estensione al merito del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'autorità garante implica, certo, che il giudice non possa sostituire con un proprio provvedimento quello adottato da detta autorità, ma non che il sindacato sia limitato ai profili giuridico-formali dell'atto amministrativo, restandone esclusa ogni eventuale verifica dei presupposti di fatto, in quanto la pienezza della tutela giurisdizionale necessariamente comporta che anche le eventuali contestazioni in punto di fatto debbano esser risolte dal giudice, quando da tali contestazioni dipenda la legittimità del provvedimento amministrativo che ha inciso su posizioni di diritto soggettivo».

lo economico in concreto applicato dal Agcom sul piano regolatorio non mira, in alcun modo, a sostituire la valutazione del giudice a quella della competente autorità, ma solo a verificare se tale modello, una volta adottato, sia stato coerente nei suoi sviluppi proprio alla luce delle finalità che la scelta regolatoria, nel suo complesso, mira a perseguire. L'incoerente o incompleta applicazione di quel modello, ponendosi in contrasto con i principi che l'informano, può infatti frustrare le stesse finalità che hanno giustificato la sua adozione, essendo indubbio che anche teorie o principi economici possano essere applicate ben al di là del loro margine di elasticità e opinabilità, con risultati non consentanei alle loro premesse e, dunque, erronei»⁶⁴. Il Collegio ha, quindi, imposto all'autorità di verificare «con un'analisi di tipo comparato e mediante un adeguato approfondimento istruttorio, se la strada indicata dalla Commissione (...) sarebbe stata preferibile (...) non soltanto per consentire una miglior concorrenza tra gli operatori, ma proprio per favorire una maggior infrastrutturazione»⁶⁵.

Sempre in materia di tariffe di accesso alla rete, il Consiglio di Stato ha riformato le decisioni amministrative sulla base dell'esame delle osservazioni della Commissione europea sul procedimento di adozione dei provvedimenti dell'Agcom e di quelle degli operatori privati. Il Collegio ha, quindi, ritenuto non rigorosa la determinazione da parte del regolatore italiano del prezzo all'ingrosso rispetto alla necessaria corrispondenza al metodo di orientamento al costo previo efficientamento dei costi dell'*incumbent*, alla luce della finalità di favorire l'accesso dei nuovi operatori e di promuovere l'infrastrutturazione e l'ammodernamento della rete⁶⁶.

⁶⁴ Cons. St., sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645. Per il giudizio di ottemperanza sulla sentenza si veda Cons. St., sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5707, che ha respinto le censure di elusione del giudicato da parte del provvedimento successivamente adottato dall'Agcom affermando che «il sindacato giurisdizionale sull'esercizio della discrezionalità tecnica, persino in sede di ottemperanza, ha ad oggetto che la falsificabilità, e non già la falsità, del modello scientifico prescelto dall'Amministrazione e verifica se tale modello, una volta prescelto dall'autorità competente, sia poi applicato da essa coerentemente e conformemente alle premesse, regole e ai principi propri di quel modello e, cioè, iuxta propria principia, senza giungere a risultati aberranti o, per la divergenza del risultato rispetto al fine del potere esercitato, sconfinanti nell'eccesso di potere. Il giudice amministrativo non può sostituire il proprio modello scientifico a quello individuato dall'Amministrazione, ma solo verificare se l'ipotesi in concreto seguita dall'Amministrazione si sia avverata, e sia quindi verificabile, secondo i principi e le regole del modello. Tali principi e tali regole, nel caso, però, della scienza economica, non sono fissi, rigidi e immodificabili, poiché essi, proprio per l'oggetto di questa, hanno un grado o un margine di elasticità e di opinabilità tale da giustificare, come in questo caso l'autorità ha motivatamente giustificato, l'adozione di formule miste o di soluzioni "miste", purché nel complesso garantiscano la coerenza e l'efficienza degli obiettivi in concreto raggiunti dall'Amministrazione rispetto alla causa del potere che le è attribuito».

⁶⁵ Cons. St., sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645.

⁶⁶ Il Consiglio di Stato ha riformato le sentenze di primo grado che avevano avallato la decisione dell'Agcom, nonostante essa fosse difforme dal parere della Commissione europea. Tali pronunce avevano escluso la sussistenza di particolari vizi di manifesta irragionevolezza o di grave

Nella giurisprudenza in materia di analisi di replicabilità dell'offerta commerciale dell'operatore dominante, il TAR ha ritenuto necessario un accertamento da parte dell'autorità sull'impatto nel lungo periodo della suddetta proposta commerciale sul mercato, sebbene tale indagine non fosse prevista da alcuna disposizione regolatoria, sostenendo che fosse «implicitamente richiesto dalle disposizioni regolatorie in tema di valutazione di replicabilità»⁶⁷ alla luce della *ratio* posta a fondamento di tali disposizioni, ossia la valutazione del «limitato impatto concorrenziale» dell'offerta. Sul punto, lo stesso TAR ha ritenuto necessario specificare che la propria pronuncia non mirava «a svolgere un sindacato di tipo sostitutivo rispetto all'esercizio della discrezionalità tecnica già compiuto e riservato all'Agcom»⁶⁸ ed ha fatto ricorso al difetto di istruttoria per giustificare il proprio intervento. Sulla medesima questione, anche il giudice di appello, pur sotto un diverso profilo (secondo il Consiglio di Stato, maggiormente aderente al dato normativo), ha sindacato il metodo seguito dall'Agcom nell'autorizzare la proposta commerciale, sempre invocando le finalità della regolazione di settore: tutela della concorrenza fra operatori, mediante una regolazione asimmetrica in grado di “correggere” le problematiche derivanti dal ruolo dell'incumbent verticalmente integrato⁶⁹.

Analogamente, valorizzando la finalità pro-concorrenziale della regolazione, in materia di proroga per i diritti d'uso delle frequenze, il giudice amministrativo di primo grado ha concluso nel senso che l'assegnazione delle frequenze agli operatori in proroga, a condizioni nettamente più vantaggiose rispetto a quelle accordate all'operatore aggiudicatario della gara per frequenze sostanzialmente analoghe, producesse un'inammissibile alterazione delle regole di mercato. Il TAR ha fondato la propria decisione sulla ricostruzione del quadro normativo e regolatorio ed ha concluso nel senso che i provvedimenti impugnati fossero in contrasto con i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità ad esso sottesi⁷⁰.

ingiustizia e concluso per la non sindacabilità delle scelte dell'autorità considerate valutazioni di merito. Su tali pronunce, prima dell'esito dell'appello, si era soffermata la dottrina che aveva individuato il tale giurisprudenza «una lettura teleologica delle norme europee di settore», volta a ricercare «una soluzione giurisdizionale coerente e condivisa», tesa «al consolidamento dell'ordinamento di settore in prospettiva non solo nazionale, ma europea» (A. PRETO, B. CAROTTI, *Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti: il caso d'AGCOM*, cit., 139). Il Consiglio di Stato ha giustificato il proprio intervento affermando che «non viene chiesto al giudice di sostituirsi ad una valutazione opinabile spettante ad Agcom, ma solo di sindacare una lacuna fondamentale del procedimento di determinazione del prezzo, così che, una volta riscontrata l'illegittimità derivante dal mancato orientamento al costo, spetterà poi ad Agcom in sede conformativa rivedere le tariffe» (Cons. St., sez. III, 14 luglio 2016, n. 3143). La decisione finale viene, quindi, rimessa all'autorità di settore, alla quale il giudicato ha imposto l'obbligo di riconsiderare motivatamente le parti dei provvedimenti interessate, tenendo conto dei profili critici indicati.

⁶⁷ TAR Lazio, Roma, sez. III, 31 ottobre 2017 n. 10920.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1257 cit.

⁷⁰ TAR Lazio, Roma, sez. III del 26 novembre 2019, n. 13568.

Infine, nella giurisprudenza in materia di obblighi tariffari per l'operatore assegnatario del servizio universale, il Consiglio di Stato ha espressamente posto a fondamento del proprio giudizio le finalità «che, in base alla legislazione UE e nazionale vigente in materia di SU, vanno perseguite dall'autorità, tra cui l'obbligo per il soggetto onerato di SU d'esprimere almeno un'offerta che soddisfi i requisiti essenziali del servizio stesso», ossia, un'offerta a consumo ad un prezzo accessibile⁷¹.

6. *Alcuni possibili elementi determinanti rispetto all'intensità del sindacato sulle valutazioni tecniche in materia di comunicazioni elettroniche: le finalità e l'oggetto della regolazione di settore*

Alla luce della precedente analisi giurisprudenziale, l'intensità del sindacato del giudice amministrativo sulle scelte regolatorie dell'autorità di settore in materia di comunicazioni elettroniche appare diversificata a seconda dell'oggetto della controversia. In alcuni casi, il giudice amministrativo – soprattutto di secondo grado e su questioni oggetto di un contenzioso seriale – è entrato in modo piuttosto significativo nella sostanza della decisione, in particolare per quanto concerne la configurazione dei mercati di riferimento e della quantificazione del canone di accesso alla rete. In altri casi, il giudice si è limitato ad esercitare un sindacato estrinseco, lasciando impregiudicate le valutazioni alla base delle decisioni amministrative impugnate.

La lunghezza e complessità del procedimento, con il coinvolgimento anche delle istituzioni europee, accanto all'elevata *expertise* tecnica dell'amministrazione, hanno agito in alcuni casi come freno, in altri come strumento per un maggiore attivismo dei giudici.

Come anticipato, in alcune sentenze, l'intensità e l'approfondimento dell'attività istruttoria svolta dall'autorità è stata utilizzata come argomento per giustificare un atteggiamento deferente da parte del giudice. Ciò è avvenuto, ad esempio, in materia di titoli abilitativi per l'offerta al pubblico dei servizi postali da parte delle imprese operanti nel mercato del corriere espresso⁷²; di determinazione delle tariffe per le intercettazioni richieste dall'autorità Giudiziaria⁷³; di assegnazione di frequenze televisive alle emittenti locali⁷⁴.

In altre, invece, le valutazioni degli altri organismi coinvolti nel procedimento (in particolare, la Commissione europea ed il *BEREC*), sono state poste a fondamento della valutazione sull'illegittimità dei provvedimenti adottati

⁷¹ Cons. di Stato, sez. VI, 6 aprile 2021, n. 2790.

⁷² TAR Lazio, Roma, sez. III, 19 luglio 2018, n. 8151; TAR Lazio, Roma sez. III, 8 gennaio 2019, n. 235; TAR Lazio, Roma, 3 maggio 2019, n. 5625.

⁷³ TAR Lazio, Roma, sez. III, 9 aprile 2019 n. 4596.

⁷⁴ Cons. St., sez. III, 01 marzo 2018, n. 1272.

dall'autorità di regolazione nazionale. Ciò è avvenuto in modo particolarmente evidente in materia di quantificazione dell'ammontare dei canoni di accesso alla rete, dove il Consiglio di Stato ha esercitato un sindacato particolarmente intenso sulla decisione amministrativa dell'autorità, ripercorrendo interamente l'istruttoria da essa svolta⁷⁵. In altri casi, la consultazione pubblica che aveva preceduto l'adozione delle misure tecniche oggetto del giudizio, cui avevano partecipato tutti gli operatori del settore, non è stata considerata sufficiente ad impedire l'intervento giurisdizionale⁷⁶.

Il diverso atteggiamento del giudice amministrativo di fronte alle valutazioni tecniche complesse può essere ricondotto ad alcune considerazioni generali da parte del giudice circa il peso degli interessi pubblici coinvolti, che sembrano aver condizionato implicitamente il sindacato.

Un esempio utile in tal senso si può evincere dall'analisi dei casi relativi al canone di accesso alla rete. In tale contenzioso, la considerazione da parte del Collegio dell'interesse pubblico ad incentivare gli investimenti nell'infrastruttura da parte dell'operatore storico ha giustificato un sindacato maggiormente incisivo. Infatti, la scelta dell'Agcom di riportare il costo di accesso alla rete alle condizioni effettive dell'infrastruttura, invece che ad un modello teorico di rete efficiente e moderna, è stato ritenuto un possibile freno allo sviluppo tecnologico ed all'efficientamento dell'infrastruttura, consentendo, sostanzialmente, al gestore di coprire i costi delle proprie inefficienze con i canoni pagati dai fornitori dei servizi di comunicazioni elettroniche. Tale contenzioso assume, peraltro, particolare interesse sotto il profilo del bilanciamento tra interessi pubblici e privati. Il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza del TAR per non aver sufficientemente considerato le tesi dei privati ricorrenti, aderendo acriticamente alla ricostruzione Agcom e non attribuendo la necessaria rilevanza a quanto emerso dalle consultazioni con gli operatori del mercato prodromiche all'adozione dei provvedimenti impugnati.

Nel caso della contribuzione agli oneri del servizio universale, i Collegi giudicanti sembrano essersi basati, altresì, su considerazioni di ordine generale circa l'evoluzione dei mercati di telefonia fissa e mobile e su regole di comune esperienza, al fine di individuare un criterio che consentisse di ripartire gli oneri del servizio universale in modo coerente con le finalità della regolazione asimmetrica di favorire l'ingresso di nuovi operatori sul mercato. I giudici hanno, infatti, evidenziato in più occasioni come il significativo sviluppo del mercato della telefonia mobile non abbia avuto, soprattutto tra fine anni Novanta e primi anni Duemila (quando venivano adottati i provvedimenti impugnati), un rilevante impatto su quello della telefonia fissa⁷⁷. Le suddette affermazioni, tuttavia, non

⁷⁵ Cons. St., sez. III, 14 luglio 2016, n. 3143.

⁷⁶ TAR Lazio, Roma, sez. III del 26 novembre 2019, n. 13568.

⁷⁷ Si veda, a titolo di esempio la sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. I, 13 maggio 2014 n.

sono fondate su precise analisi di mercato effettuate da appositi organismi tecnici, bensì su ciò che il Collegio ha ritenuto “notorio” sulla base dell’esperienza comune⁷⁸.

Gli effetti concreti dell’intervento regolatorio sul mercato sono risultati determinanti, altresì, nel contenzioso relativo alle autorizzazioni delle offerte commerciali dell’operatore dominante. In tale ambito, il giudice di primo grado ha ritenuto necessaria, ai fini dell’analisi di replicabilità dell’offerta, la considerazione della frequenza nel tempo delle promozioni, pur non imposta da alcuna disposizione regolatoria. La reiterazione delle pratiche commerciali dell’operatore dominante, autorizzate dall’Agcom, è stata valutata dal giudice per evidenziarne l’effetto significativo sulle dinamiche del mercato di riferimento, anche alla luce anche del numero complessivo di attivazioni conseguite⁷⁹. Il Collegio ha ritenuto di annullare i provvedimenti sulla base di un “dato di fatto” oggettivo e non eludibile⁸⁰, costituito dalla reiterazione di analoghe promozioni in un pro-

4926, dove si legge: «è infatti notorio – e comunque verrà ulteriormente chiarito nella decisione – che la possibilità di sostituzione è andata crescendo nel tempo, con l’affinamento della tecnologia, l’incremento degli impianti destinati alla telefonia mobile, e il maggior uso della stessa da parte della popolazione: così, se si dovesse escludere per il 2003 una possibile sostituzione, ciò varrebbe a maggior ragione per gli anni precedenti, cui si riferiscono gli altri contenziosi».

⁷⁸ TAR Lazio, Roma, sez. I, 13 maggio 2014 n. 4926.

⁷⁹ Ad esempio, il TAR di Roma ha affermato che «rientra nel notorio non solo che attualmente la telefonia fissa e quella mobile sono largamente integrate, ma altresì che, dopo l’introduzione, nella seconda metà del trascorso decennio, degli standard 3G (3[§] generazione) – come UMTS e HSPA – accompagnata dalla propagazione delle celle, quella mobile ha ormai raggiunto un grado di efficienza, anche nel servizio di trasmissione dati, tale da indurre un numero crescente di utenti a rinunciare alla linea fissa (e alle relative spese) adeguatamente surrogata da quella mobile. È dunque possibile sostenere che, negli ultimi anni, si è creato un adeguato livello di concorrenzialità del mercato tra fisso e mobile – per cui l’onere sopportato dal gestore del servizio universale va debitamente ripartito anche con i gestori di telefonia mobile; ma è assai più opinabile che ciò fosse già vero nel periodo compreso tra il 1999 e il 2003». La sentenza ha affermato che le promozioni offerte dall’*incumbent*, «per come proposte, finivano per integrare una offerta sostanzialmente stabile i cui effetti in termini di acquisizioni di nuovi clienti non possono essere esaminati solo in modo frazionato, soltanto cioè con riguardo ad un singolo mese (come l’AGCOM mostra di avere fatto), bensì sono da valutare anche in modo “aggregato”, facendo cioè riferimento all’intero periodo di loro reiterazione» (TAR Lazio, Roma, sez. III, 31 ottobre 2017 n. 10920).

⁸⁰ La presente pronuncia non mira a svolgere un sindacato di tipo sostitutivo rispetto all’esercizio della discrezionalità tecnica già compiuto e riservato all’AGCOM, né, in questa ottica, questo Giudice può affermare che le promozioni TIM SMART in contestazione debbano necessariamente essere sottoposte, ora per allora, al test di replicabilità aggravato (DCF e PdP), trattandosi di valutazione altamente tecnica e di scelte che competono all’autorità. Il Collegio, viceversa, senza esorbitare dai limiti entro i quali è ammesso il proprio sindacato giurisdizionale rispetto all’esercizio di poteri 27/29 regolatori in materie connotate da elevato tecnicismo (vedi Cons. St., sez. III, 14 luglio 2016, n. 3143; 2 aprile 2013, n. 1856), ritiene fondata la censura di difetto di istruttoria e, conseguente carenza di motivazione degli atti impugnati, per essersi l’autorità limitata a considerare il limitato impatto della singola offerta promozionale di volta in volta approvata, senza avere con-

lungato arco di tempo, e del relativo effetto complessivo sul mercato. Secondo il TAR, quindi, l'Agcom non avrebbe adeguatamente considerato gli effetti sul mercato delle pratiche oggetto di contestazione.

Sotto questo profilo, il Consiglio di Stato ha censurato l'atteggiamento eccessivamente intrusivo del giudice di primo grado, ritenendolo sostitutivo rispetto alle scelte tecnico discrezionali dell'autorità. Ciò alla luce dell'inesistenza – riconosciuta dallo stesso TAR – di disposizioni normative o regolamentari che imponessero all'autorità una verifica più estesa rispetto a quella effettuata dal regolatore⁸¹. D'altra parte, il giudice di appello ha annullato i provvedimenti impugnati per l'assenza nell'istruttoria di un'indagine completa da parte dell'Agcom in relazione ai test di replicabilità del prezzo, imposti dalla regolazione di settore. Tale aspetto è stato considerato pienamente sindacabile, in quanto derivante dall'analisi del dato normativo e regolatorio e non da considerazioni più ampie (come avvenuto nel giudizio di primo grado).

Valutazioni sull'impatto sociale della misura regolatoria contestata sembrano aver esercitato un peso significativo nelle pronunce relative ai piani tariffari dell'operatore designato alla erogazione del servizio universale. Il giudice si è spinto a sindacare sulla nozione stessa di universalità, inclusività ed abbordabilità del servizio universale, fornendone una definizione specifica al caso oggetto di contestazione, ossia «un insieme minimo di servizi —cioè, non già un pacchetto via via incrementabile nel tempo, bensì uno con poche cose e di facile comprensione per tutti, anche e soprattutto nel metodo di tariffazione—, da fornire ad un prezzo abbordabile e calmierabile per legge, tale, cioè, da consentire una fatturazione connessa all'uso effettivo che ne fa l'utente, in base a durata e terminazione delle chiamate. Si tratta quindi d'una tariffa che, (...), corrisponde al profilo di consumo di gran parte dei contraenti dell'attuale offerta (...) e si differenzia dai casi d'acquisto di pacchetti di servizi telefonici predefiniti, a prezzo forfettario (...)»⁸². In tal modo, è stata avallata la decisione dell'autorità di imporre restrizioni alla libertà dell'impresa in relazione alla determinazione delle tariffe per il servizio universale.

Infine, alla base della giurisprudenza in materia di proroga di diritti d'uso di bande di frequenze, oltre all'espresso giudizio circa l'obiettivo alterazione delle regole di mercato, si individua anche una constatazione di convenienza economico-finanziaria rispetto alle entrate per l'amministrazione. I provvedimenti amministrativi sono stati, infatti, annullati perché consentivano alle imprese già

siderato anche il “dato di fatto” oggettivo e non eludibile, costituito dalla reiterazione di analoghe promozioni “limited edition” della TIM succedutesi in un prolungato arco di tempo (quanto meno, dal luglio del 2016 in poi), la valenza delle quali doveva essere certamente tenuta in debito conto al fine di vagliare l'effetto complessivo di esse sul mercato.

⁸¹ Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1257.

⁸² Cons. di Stato, sez. VI, 6 aprile 2021, n. 2790.

operanti nel settore di usufruire delle bande di frequenze mediante proroga, versando un contributo significativamente ridotto rispetto a quello versato dall'impresa aggiudicataria dell'asta indetta per l'uso di frequenze analoghe⁸³.

7. *Considerazioni conclusive*

Alla luce dell'esame casistico svolto, l'intensità del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche nel settore delle comunicazioni elettroniche appare piuttosto variegata. Si osserva un diverso grado di controllo a seconda della materia oggetto del giudizio, della rilevanza – sostanziale e numerica – del contenzioso e degli interessi pubblici coinvolti.

Nel complesso, tuttavia, l'approccio della giurisprudenza maggioritaria nel settore delle comunicazioni elettroniche sembra discostarsi dalla tendenziale «preferenza di amministrazione»⁸⁴, evidenziata in dottrina con riferimento al tema generale del controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche delle autorità amministrative indipendenti.

Invero, un atteggiamento deferente sembra prevalere in giudizi tendenzialmente isolati, inerenti a fattispecie peculiari.

Tale approccio è stato ravvisato, ad esempio, in materia di sanzioni per la violazione di obblighi di autorizzazione per lo svolgimento del servizio postale ad operatori di mercati attigui, ovvero per comunicazioni audiovisive ritenute pregiudizievoli. In questi ambiti, il sindacato in materia di sanzioni puntuali irrogate per violazione della disciplina di settore non risulta, come teoricamente ci si dovrebbe aspettare alla luce della giurisprudenza europea, maggiormente incisivo ma, al contrario, meramente estrinseco.

Altrettanto deferente si è mostrato il controllo sulle decisioni inerenti alle determinazioni delle tariffe per le prestazioni obbligatorie degli operatori telefonici a fronte di intercettazioni richieste dall'autorità giudiziaria; sui provvedimenti di assegnazione di frequenze televisive; nonché in materia di restituzione degli invii affidati ad altri operatori e rinvenuti nella rete di Poste Italiane. In questi casi, il giudice ha ravvisato nell'elevata e specifica competenza tecnica dell'autorità di settore e nel coinvolgimento di diversi soggetti istituzionali (politici e tecnici) nell'istruttoria un elemento di freno rispetto al possibile intervento giurisdizionale.

Al contrario, nelle controversie concernenti il mercato della telefonia mobile, alcune delle quali soggette ad un contenzioso seriale, il giudice amministrativo ha esercitato il proprio sindacato in modo incisivo e penetrante, non appiattendosi sulla valutazione effettuata dall'organismo di regolazione di settore, ma

⁸³ TAR Lazio, Roma, sez. III del 26 novembre 2019, n. 13568.

⁸⁴ F. SAIITA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, cit.

analizzandone nel profondo l'attività istruttoria e considerandone in concreto gli effetti, anche alla luce di interessi pubblici di ordine generale.

Tale indirizzo risulta prevalente nei giudizi in materia di rapporti tra l'operatore storicamente dominante e i nuovi entranti nel mercato. Questo aspetto della regolazione di settore risulta quello maggiormente caratterizzato dalla comunanza di finalità, strumenti di intervento e di concetti giuridici indeterminati con il settore *antitrust*; oltre a rappresentare l'ambito nel quale è previsto il coinvolgimento nell'istruttoria delle istituzioni europee.

La presenza di nozioni tipiche del diritto della concorrenza e la preponderanza delle finalità pro-concorrenziali, insieme alla visibilità dell'attività consultiva preordinata alla decisione, con il coinvolgimento di soggetti istituzionali sovranazionali, sembrano aver svolto un ruolo significativo sull'estensione del controllo giurisdizionale.

Ad esempio, la determinazione del mercato rilevante per i servizi di comunicazione – in base alla fungibilità o meno dei servizi di telefonia fissa e mobile – ha rappresentato l'elemento centrale per sindacare il criterio per ripartire il costo del servizio universale tra gli operatori telefonici. La necessità di evitare condotte abusive escludenti da parte dell'operatore dominante nei confronti dei *newcomers* – mediante l'imposizione di condizioni svantaggiose di accesso alla rete, ovvero, mediante la promozione di offerte ai consumatori non replicabili dalle imprese non verticalmente integrate e prive di una posizione dominante sul mercato – hanno costituito la base per l'intervento giurisdizionale sulle decisioni del regolatore nelle controversie sulla quantificazione del canone di accesso alla rete e sull'autorizzazione di offerte commerciali da parte dell'operatore dominante. In questi casi, il giudice amministrativo non si è avvalso degli strumenti processuali all'uopo previsti, come la consulenza tecnica d'ufficio, ma ha attinto ai pareri ed alle osservazioni di soggetti terzi (Commissione europea, Berec, organismi tecnici, imprese), manifestati nel corso dell'istruttoria procedimentale, per contestare la sostanza e la razionalità delle decisioni assunte dall'Agcom.

Alla luce dell'esame casistico, sembra potersi confermare l'ipotesi, formulata nell'introduzione, che riconduce alla parziale sovrapposizione tra gli obiettivi, strumenti e concetti giuridici indeterminati della regolazione del settore delle comunicazioni elettroniche rispetto al diritto della concorrenza, un elemento di particolare specializzazione del giudice amministrativo (in primo grado, oltretutto, dotato di competenza funzionale inderogabile su entrambe le materie), che ne ha favorito un intervento penetrante. Sembra, altresì, avvalorata la tesi, già espressa in dottrina, che attribuisce al coinvolgimento dell'amministrazione europea nelle scelte regolatorie una influenza determinante sul tipo di sindacato esercitato dal giudice amministrativo⁸⁵.

⁸⁵ A. PRETO, B. CAROTTI, *Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti: il caso d'AGCOM*, cit., passim.

Accanto all'esigenza di favorire la liberalizzazione e tutelare la concorrenza nel mercato delle comunicazioni, lo studio ha mostrato ulteriori apprezzamenti, anche inerenti all'impatto sociale della misura regolatoria, alla base dell'atteggiamento interventista dei giudici.

Ciò è emerso in modo particolarmente evidente dallo studio dei giudizi concernenti le obblighe tariffari per l'operatore assegnatario del servizio universale di telefonia, dove l'obiettivo di inclusione sociale di soggetti svantaggiati ha rivestito un ruolo centrale nella definizione di universalità del servizio adottata dal giudice.

Per quanto concerne il contenzioso riguardante i canoni di accesso alla rete, invece, alle considerazioni pro-concorrenziali, si sono affiancate considerazioni mirate alla promozione degli investimenti per la manutenzione ed il potenziamento della rete infrastrutturale, a beneficio della collettività e degli utenti⁸⁶.

Infine, nelle pronunce in materia di proroga di diritti d'uso delle bande di frequenza, il favore verso l'attribuzione delle frequenze mediante sistemi competitivi, oltre a promuovere forme di concorrenza, quantomeno "per" il mercato, risponde, altresì, alla finalità di incrementare le entrate per l'amministrazione (mediante la rideterminazione in sede di gara dei diritti d'uso).

In conclusione, sebbene numerosi fattori sembrano aver influenzato il livello di intensità del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'Agcom nelle diverse fattispecie esaminate, l'atteggiamento prevalente appare coerente con un modello di sindacato pieno sugli apprezzamenti tecnico-discrezionali effettuati in sede regolatoria, alla luce delle finalità e degli obiettivi (non solo di natura economica) imposti in sede legislativa all'autorità di settore. Ciò risulta evidente soprattutto nel settore della telefonia mobile, oggetto di una liberalizzazione più accentuata e nel quale la regolazione svolge un ruolo prevalentemente di promozione della concorrenza. Tale aspetto sembra porre questo settore in controtendenza rispetto ad altri mercati oggetto di regolazione, nei quali i giudici «sembrano ancora legati a un modello di sindacato indiretto e convinti della centralità del provvedimento amministrativo»⁸⁷.

Nondimeno, nel contenzioso relativo ad altri mercati di comunicazione, pure affidati alla medesima autorità di regolazione (come quello postale), ed a fattispecie tendenzialmente isolate, il giudice amministrativo si è limitato ad effettuare un controllo puramente formale ed estrinseco, avallando le decisioni amministrative con un approccio di sostanziale deferenza.

⁸⁶ Come evidenziato in dottrina, l'obiettivo di promuovere gli investimenti in settori il cui sviluppo risponde a finalità di carattere collettivo costituisce un corollario del più ampio ruolo di garanzia della regolazione indipendente rispetto alla parità delle armi sul mercato di tutte le imprese. Si veda, sul punto, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit. 206.

⁸⁷ F. CAPORALE, *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'ARERA*, cit.

A tal proposito, si auspica, dunque, una maggiore uniformità nell'utilizzo da parte della giurisprudenza amministrativa dei criteri e degli strumenti per controllare le decisioni a carattere tecnico delle autorità amministrative indipendenti, quantomeno all'interno di un medesimo settore di regolazione economica, anche mediante il ricorso ad idonei mezzi istruttori, come la consulenza tecnica d'ufficio.

Come affermato in dottrina, infatti, la prevedibilità del controllo giurisdizionale costituisce un elemento fondamentale per la predeterminazione dell'attività dell'autorità amministrativa «un faro idoneo ad illuminare il cammino che le autorità devono compiere nell'esercizio delle loro funzioni»⁸⁸. Oltretutto, la piena ed effettiva tutela delle istanze private a fronte delle scelte tecnico-discrezionali dell'autorità amministrativa dovrebbe essere garantita dall'ordinamento in modo omogeneo, a prescindere dall'impatto economico e sociale della misura contestata sulla collettività. Infine, una linea interpretativa chiara ed univoca produrrebbe, auspicabilmente, un effetto deflattivo del contenzioso, disincentivando l'attivazione di giudizi su questioni pacificamente non sindacabili dal giudice.

⁸⁸ A. PRETO, B. CAROTTI, *Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti: il caso d'AGCOM*, cit. 125.

Abstract

Il contributo affronta, con un approccio prevalentemente orientato all'analisi casistica, il tema dei confini del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'autorità di regolazione in materia di comunicazioni elettroniche. Lo studio della recente giurisprudenza amministrativa sul tema fornisce un quadro variegato, nel quale orientamenti di maggiore deferenza si affiancano a posizioni favorevoli ad un sindacato penetrante. La materia oggetto di contenzioso, la relativa rilevanza, sostanziale e numerica, e gli interessi pubblici coinvolti nella fattispecie controversa, sembrano costituire elementi decisivi per indirizzare i giudici verso un atteggiamento maggiormente intrusivo rispetto alle decisioni tecnico-discrezionali dell'autorità. L'orientamento deferente, infatti, appare concentrato su fattispecie isolate in materie meno frequentemente oggetto di contenzioso. Il contributo individua alcune possibili cause del diverso grado di intensità del sindacato nelle varie fattispecie prese in esame e contiene l'auspicio di una maggiore omogeneità nell'indirizzo giurisprudenziale, a beneficio, sia dell'autorità amministrativa sia dei privati operatori di mercato.

The Judicial Review on Technical Assessments. The Case of Electronic Communications

by Livia Lorenzoni

The essay deals with the boundaries of judicial review on the technical evaluations of the Italian Regulatory Authority on electronic communications. It follows an empirical approach, focusing on the Administrative Courts' recent case-law. The study provides a variegated picture, where deferent judgements coexist with more intrusive approaches. The subject matter of litigation, its relevance, both in substantial and numerical terms, and the public interests involved in the dispute, have shown to play a decisive role to direct judges towards a more intrusive attitude on the technical-discretionary decisions of the Authority. The deferent stance appears to prevail in isolated cases on matters that are less frequently object to lawsuits. The paper highlights some of the possible causes of the different intensity of judicial review in the various cases analysed and calls for greater homogeneity in the case law, to the benefit of both the administrative authority and private economic operators.