

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO

SEZIONE TERZA DI ROMA

[C.C. 22.11.2007 – rel. Giulia Ferrari]

ATTO DI INTERVENTO AD ADIUVANDUM

ALTROCONSUMO, associazione indipendente di consumatori, con sede in Milano, via Valassina 22, rappresentata e difesa dagli avvocati Carmelo Giurdanella e Guido Scorza, ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Roma, via Monte Giordano numero 36 (Palazzo Taverna), come da procura a margine del presente atto

DICHIARA

di proporre intervento *ad adiuvandum* nel giudizio proposto con ricorso n. 8308/2007 da MGM Production Group Srl

CONTRO

l’Autorità per le Garanzie nelle Telecomunicazioni

E NEI CONFRONTI

del Ministero delle Telecomunicazioni, di Telecom Italia s.p.a.; di Vodafone Omnitel nv; di Wind Telecomunicazioni s.p.a.; di H3G

PER L’ANNULLAMENTO PREVIA SOSPENSIONE

della Delibera dell’Autorità per le Garanzie nelle Telecomunicazioni n. 209/07/CONS recante “*Procedure per l’assegnazione di diritti d’uso di frequenze per sistemi Broadband Wireless Access (BWA)*”

nella banda a 3.5 GHz” (pubblicata in G.U. n. 135 del 13 giugno 2007) nonché di tutti gli atti ad essa comunque connessi.

IN FATTO E IN DIRITTO

1) Quadro di riferimento normativo e regolamentare

Con il d.lgs. n. 259/03 del 1° agosto 2003, recante “Codice delle comunicazioni elettroniche” (di seguito "Codice"), è stato recepito nell'ordinamento giuridico italiano il quadro normativo europeo in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica.

In particolare risultano essere state recepite:

- la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (2002/21/CE), di seguito “direttiva quadro”;
- la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (2002/20/CE), di seguito “direttiva autorizzazioni”;
- la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all’accesso e alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all’interconnessione delle medesime (2002/19/CE), di seguito “direttiva accesso”;
- la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (2002/22/CE), di seguito "direttiva

servizio universale”.

Completano il quadro regolamentare europeo tre atti:

- la raccomandazione sui mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi nell’ambito del nuovo quadro regolamentare delle comunicazioni elettroniche, relativamente all’applicazione di misure *ex ante* secondo quanto disposto dalla direttiva 2002/21/CE, adottata l’11 febbraio 2006, di seguito, la raccomandazione);
- le linee direttrici della Commissione per l’analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, adottate dalla Commissione il 9 luglio 2002, di seguito, le "linee direttrici o linee guida";
- la raccomandazione relativa alle notificazioni, ai termini e alle consultazioni di cui all’articolo 7 della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, adottata il 23 luglio 2006 di seguito la raccomandazione sull’art. 7).

La raccomandazione ha individuato i 18 mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi nel settore delle comunicazioni elettroniche per i quali si rende necessario, al fine di eliminare situazioni monopolistiche od oligopolistiche, l’imposizione da parte delle Autorità Nazionali di Regolamentazione (di seguito ANR) di obblighi di regolamentazione *ex ante*. Tale disposizione deve essere integrata con quanto previsto

dagli artt. dall'art. 18 e dall'art. 12, comma 4 del Codice a norma dei quali l'ANR italiana, i.e. l'AGCOM, *"tenendo in massima considerazione le Raccomandazioni relative ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche, [...] e le linee direttrici, definisce i mercati rilevanti conformemente ai principi del diritto della concorrenza e sulla base delle caratteristiche e della struttura del mercato nazionale delle comunicazioni elettroniche"*.

Gli artt. 17, 18 e 19 del Codice hanno recepito gli artt. 14, 15 e 16 della direttiva quadro a norma dei quali le ANR nazionali devono fare riferimento nell'attività di analisi dei mercati rilevanti alle linee guida della Commissione europea. Alle ANR viene specificamente attribuito il potere-dovere di svolgere un'analisi di mercato per verificare il grado di sviluppo della concorrenza e la presenza eventuale di imprese che godano *"individualmente o congiuntamente con altri, [...] di una posizione equivalente ad una posizione dominante, e dunque di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e dai consumatori"* (art. 17, comma 2° del Codice).

Le raccomandazioni e le linee guida devono, a norma degli artt. 18 e 19 del Codice essere tenute nel massimo conto dalle ANR nella definizione e nell'analisi dei mercati rilevanti. All'esito delle analisi di mercato condotte, le ANR sono tenute all'adozione a carico degli

operatori in posizione dominante di obblighi regolamentari che rimangono in vigore sino al termine dell'analisi di mercato successiva. Infine, gli artt. 11 e 12 del Codice, che recepiscono gli artt. 6 e 7 della direttiva quadro, unitamente alle delibere dell'autorità n. 335/03/CONS e n. 453/03/CONS disciplinano dettagliatamente il procedimento per lo svolgimento dell'analisi di mercato.

* * *

2) La procedura di assegnazione delle licenze WiMax

Con delibera n. 644/06/CONS del 9 novembre 2006 l'AGCOM ha indetto una procedura di consultazione pubblica concernente l'introduzione di tecnologie di tipo Broadband Wireless Access (BWA) nella banda a 3.5 GHz (3400 – 3600 MHz) ed ai fini della predisposizione di un eventuale regolamento, anche alla verifica della presumibile necessità di limitare l'accesso alla banda in argomento. Detta consultazione pubblica si è conclusa in data 5 febbraio 2007, essendo pervenuti all'AGCOM i contributi di numerosi soggetti pubblici e privati.

Con delibera n. 209/07/CONS (pubblicata nella G.U. n. 135 del 13 giugno 2007) l'AGCOM ha fissato con proprio Regolamento le linee guida cui il Ministero delle Comunicazioni avrebbe poi dovuto attenersi nella procedura ad evidenza pubblica relativa all'assegnazione di diritti d'uso delle frequenze per sistemi Broadband

Wireless Access (BWA) nella banda 3.5 GHz, ovvero le stesse frequenze sui cui avrebbe dovuto operare la tecnologia Wimax (Worldwide Interoperability for Microwave Access).

In data 11 ottobre 2007 il Ministero delle Comunicazioni ha annunciato il Bando di gara per l'assegnazione di licenze Wimax, successivamente pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 19 ottobre 2007.

La procedura adottata dal Ministero, conseguente alla delibera AGCOM, ha previsto che venissero rilasciati tre diritti d'uso complessivi delle frequenze disponibili nella banda 3.4 – 3.6 GHz, indicati come Blocco A, Blocco B e Blocco C, ciascuno di ampiezza di frequenza pari a 2x21 MHz.

Dei suddetti diritti d'uso due (Blocco A e Blocco B) possono essere concessi per aree di estensione geografica macroregionale, mentre il diritto d'uso (Blocco C) può essere concesso a livello regionale (con suddivisione provinciale nel caso delle Province Autonome di Trento e Bolzano).

Tali diritti d'uso delle frequenze di gara – sulla base di quanto disposto dalla delibera sopra richiamata – hanno una durata di quindici anni a partire dalla data di rilascio, sono rinnovabili e non possono essere ceduti a terzi senza la preventiva autorizzazione del Ministero.

Il Bando, infine, ha fissato i seguenti requisiti di ammissione per la partecipazione alla procedura:

- a) prevedere nel proprio oggetto sociale il complesso delle attività connesse all'utilizzo dei diritti d'uso;
- b) prevedere nel proprio statuto una durata pari almeno a quella dei diritti d'uso;
- c) essere titolare di autorizzazioni generali per le reti e/o i servizi di comunicazione elettronica ad uso pubblico o dimostrare la propria idoneità tecnica e commerciale nel settore;
- d) essere o impegnarsi a costituire una società di capitali.

* * *

3) Il consolidamento della posizione dominante dell'incumbent

(violazione e falsa applicazione degli artt. 4, 12, 13, 17, 18, 19, 29, 50, 67, 68, del D.Lgs. 1/8/2003 n. 259 "Codice delle comunicazioni elettroniche").

Come si evince dal quadro normativo riportato in premessa, la regolamentazione europea e nazionale del settore delle Telecomunicazioni è chiaramente volta ad evitare l'abuso di posizione dominante da parte di alcuni operatori (ed in particolare da parte degli ex monopolisti, c.d. *incumbent*) nei vari mercati individuati ed in quelli che dovessero emergere nel corso del tempo.

E' proprio a tal fine che sono stati conferiti alle autorità di controllo nazionale (c.d. A.N.R.) poteri regolamentari in funzione antitrust *ex ante*, essendo invece riservato ogni intervento sanzionatorio *ex post* alle autorità nazionali antitrust.

Va da sé che per conseguire la finalità di evitare che un operatore possa abusare della propria posizione dominante l'A.N.R. non solo è tenuta ad intervenire sui mercati rilevanti già esistenti, ma deve altresì intervenire in via preventiva affinché in mercati emergenti possano realizzarsi condizioni tali da impedire il pieno dispiegarsi della concorrenza.

Sarebbe, infatti, illogico che l'Autorità, nel predisporre le disposizioni regolamentari che costituiranno il quadro di riferimento di un nuovo mercato di riferimento, non adottasse ogni misura necessaria ed opportuna al fine di evitare il formarsi di posizioni di predominanza di taluni operatori, rinviando l'eventuale adozione delle misure a tutela della concorrenza ad una fase successiva alla concreta attuazione del mercato emergente.

Telecom Italia (di seguito TI) senza ombra di dubbio occupa allo stato attuale una posizione dominante sul mercato delle telecomunicazioni (ed in particolare in quello della banda larga) e ciò è stato più volte rilevato dalla stessa AGCOM.

Da ultimo nella relazione annuale 2007 del suo Presidente è possibile

leggere: *“Peraltro il primo ciclo delle analisi di mercato ha identificato Telecom Italia ancora come operatore dominante in tutti i (quattordici) mercati che riguardano la rete fissa, sia nella fornitura dei servizi all’ingrosso (wholesale), sia nell’offerta di servizi al dettaglio (retail). Questo problema concorrenziale è specifico della rete fissa, in cui esiste un unico operatore – l’ex monopolista – che ha la disponibilità di una rete d’accesso capillare. Siamo quindi in presenza di un’asimmetria permanente, sostanzialmente non rimovibile, derivante dalla legacy in capo all’operatore storico del monopolio di tutti i servizi di telecomunicazione”*.

Tale anomalia permanente del mercato italiano ha causato un forte arretramento nella diffusione del mercato della banda larga.

Nella stessa relazione il Presidente di AGCOM afferma: *“La situazione del mercato italiano della larga banda non appare soddisfacente: la copertura, la diffusione, il livello concorrenziale delle offerte segnano il passo rispetto ai Paesi più virtuosi d’Europa. Col 14,5% di diffusione della larga banda l’Italia è molto indietro: non solo rispetto ai Paesi del G7 (l’Italia è ultima) e ai più progrediti nell’Unione europea (Olanda, Danimarca, Finlandia); anche rispetto all’Europa a 15 (18,7%); persino rispetto all’Europa a 27 (16,2%)”*.

Da tali premesse ci si sarebbe attesi che l’Autorità, nel fissare le regole relative alla assegnazione delle frequenze, adottasse consistenti misure

pro-concorrenziali, ma invece, come può desumersi chiaramente dall'impugnato regolamento, nessuno sforzo è stato compiuto al fine di evitare che, come è prevedibile, TI rafforzasse la propria posizione di dominanza, aggiungendo ai quattordici mercati di cui ha già assunto il sostanziale controllo anche quello emergente della nuova tecnologia WiMax.

Peraltro la stessa Autorità, nell'allegato B alla delibera 644/06/CONS (All. 1, p. 1), aveva evidenziato come *“con lo svilupparsi delle tecnologie standardizzate come IEEE 802.16, ed in particolare con il sostegno del consorzio denominato WIMAX, che ha promosso l'interoperabilità degli apparati e dei terminali, è emerso un rinnovato interesse per l'utilizzo di detta banda come sistema di accesso a larga banda, per dispositivi sia fissi che nomadici ed in prospettiva anche mobili, che potrebbe costituire una valida alternativa concorrenziale ai tradizionali sistemi di accesso di tipo fisso e mobile”*, salvo poi inspiegabilmente trascurare, in sede di predisposizione del regolamento che qui si impugna, l'adozione di misure effettivamente idonee alla realizzazione della alternativa concorrenziale auspicata.

Di fatto, l'unica misura pro-concorrenziale che l'Autorità ha ritenuto opportuno adottare è definita nel comma 4 dell'art. 2 del regolamento impugnato, il quale prevede che, dei tre diritti d'uso assegnati per ogni

area geografica, uno debba essere “riservato prioritariamente per l’assegnazione ai soggetti che non dispongano direttamente di diritti d’uso di risorse spettrali per l’offerta di servizi di comunicazione mobile di terza generazione e se in forma associata:

a. non esercitino controllo, diretto o indiretto, anche congiuntamente, su un soggetto che dispone di diritti d’uso di risorse spettrali per l’offerta di servizi di comunicazione mobile di terza generazione;

b. non siano sottoposti al controllo, direttamente o indirettamente, anche congiuntamente, da parte di un soggetto, anche componente, che dispone di diritti d’uso di risorse spettrali per l’offerta di servizi di comunicazione mobile di terza generazione;

c. non siano sottoposti al controllo, anche in via indiretta, anche congiuntamente, da parte di un soggetto, anche componente, che a sua volta controlla, anche in via indiretta e congiunta, un soggetto, anche componente, che dispone di diritti d’uso di risorse spettrali per l’offerta di servizi di comunicazione mobile di terza generazione.”

Appare di tutta evidenza che la misura suddetta sia largamente insufficiente rispetto agli obiettivi che l’AGCOM avrebbe dovuto proporsi, in particolare al fine di evitare un ulteriore rafforzamento dell’*incumbent*.

Di tutto ciò può trovarsi ulteriore e recentissima conferma nella circostanza che l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,

nella riunione dello scorso 24 ottobre 2007, ha deciso di avviare un'istruttoria nei confronti di Telecom per abuso di posizione dominante. L'istruttoria dovrà verificare se l'insieme dei comportamenti di Telecom nei mercati dei servizi di telefonia vocale all'utenza residenziale e non residenziale, e nel mercato dei servizi al dettaglio di accesso ad internet a banda larga, costituiscano una strategia abusiva unitaria volta ad ostacolare i propri concorrenti (http://www.agcm.it/AGCM_ITA/COSTAMPA/COSTAMPA.NSF/5eae098911a82b5ec125615d003a9cb9/84ed9d09d6f21ecac1257380004b52bb?OpenDocument; [http://www.agcm.it/agcm_ita/NEWS/NEWS.NSF/fa39d3e0de739461c125676e00373f19/7ed8cc4892a65229c1257380004b6d20/\\$FILE/A375avvio.pdf](http://www.agcm.it/agcm_ita/NEWS/NEWS.NSF/fa39d3e0de739461c125676e00373f19/7ed8cc4892a65229c1257380004b6d20/$FILE/A375avvio.pdf)) .

* * *

4) La situazione di oligopolio sussistente nel settore della telefonia mobile (*ulteriore violazione e/o falsa applicazione degli artt. 4, 12, 13, 17, 18, 19, 29, 50, 67, 68, del D.Lgs. 1/8/2003 n. 259 “Codice delle comunicazioni elettroniche”*).

Anche il settore della telefonia mobile è contrassegnato da un livello di concorrenza insufficiente, essendo caratterizzato da un oligopolio degli operatori TIM (che a seguito della fusione intervenuta il 1° marzo 2006 coincide in tutto e per tutto con TI), VODAFONE, assieme ai due minori WIND e H3G.

I predetti operatori sono risultati assegnatari di licenze d'uso relative alla banda di trasmissione UMTS, per le quali sono state dai medesimi investite ingentissime risorse anche per la creazione delle infrastrutture indispensabili ai fini della installazione della rete radiomobile.

Appare di tutta evidenza che consentire l'acquisizione di due su tre dei diritti d'uso disponibili per il Wimax per ciascuna area geografica, agli operatori già presenti sul mercato della trasmissione dati via etere, impedirà il pieno dispiegarsi della concorrenza nel nuovo mercato emergente.

Anche sotto questo profilo, dunque, il regolamento in oggetto appare contravvenire gravemente ai compiti ed ai doveri che incombono sull'ANR italiana in base alla normativa nazionale e comunitaria.

E', infatti, ovvio che gli operatori citati non abbiano interesse allo sviluppo di una tecnologia concorrenziale con quella da essi offerta,
per la quale hanno effettuato rilevanti investimenti tali da consentire loro di acquisire posizioni dominanti nei relativi mercati; è

conseguentemente prevedibile che l'acquisizione, da parte dei suddetti, dei diritti d'uso delle nuove frequenze si traduca in una azione volta ad impedirne un impiego effettivamente concorrenziale con la trasmissione dati via UMTS, attualmente l'unica tecnologia in grado di competere con le velocità di trasmissione dati raggiungibili con la tecnologia Wimax.

Correttamente, inoltre, si ritiene abbia giudicato il ricorrente in via principale essere sussistente una situazione di dominanza collettiva dei quattro operatori citati. Tale dominanza avrebbe dovuto indurre l'Autorità ad adottare le opportune misure pro-concorrenziali al fine di scongiurare il rafforzarsi dell'oligopolio già instaurato, e di favorire l'allargamento del mercato della trasmissione dati tramite etere ad altri operatori.

* * *

5) Gli obblighi di copertura imposti all'aggiudicatario e l'inidoneità del provvedimento impugnato a concorrere all'eliminazione del digital divide

(violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione – eccesso di potere per contraddittorietà)

Come si è già riferito, il quadro normativo europeo e nazionale in materia di telecomunicazioni e comunicazioni elettroniche ha tra i suoi obiettivi principali l'eliminazione del *digital divide* da intendersi

come impossibilità per una parte dei cittadini di uno Stato di accedere alle risorse di telecomunicazione e, quindi, conseguentemente ai contenuti, le informazioni ed i servizi oggi resi disponibili attraverso la rete telematica internet.

L'importanza di tale obiettivo si comprende appieno – con specifico riferimento alla realtà nazionale – riflettendo sulla circostanza che Codice dell'Amministrazione Digitale, di recente entrato in vigore, impone alle pubbliche amministrazioni di intrattenere i rapporti con i cittadini e di erogare a questi ultimi i propri servizi proprio attraverso gli strumenti informatici telematici.

In tale contesto, risulta evidente, che i cittadini cui è precluso l'accesso alle risorse di telecomunicazione si vedono conseguentemente – e si vedranno in maniera crescente in futuro – preclusa la possibilità di esercitare i propri diritti nei confronti della pubblica amministrazione e di accedere ai servizi da quest'ultima resi disponibili.

L'esclusione dall'accesso alle risorse di telecomunicazione priva, egualmente, i cittadini della possibilità di esercitare in maniera piena ed integrale la libertà di informazione di cui all'art. 21 della Costituzione nel duplice significato teorizzato in dottrina ed in giurisprudenza di libertà ad informare e libertà ad essere informati.

Lo strumento telematico è infatti divenuto e va divenendo in maniera ogni giorno crescente lo strumento ideale per la condivisione del sapere, l'accesso al patrimonio storico e culturale e lo scambio di ogni genere di informazione.

È d'altra parte, un dato di fatto che nel nostro Paese, allo stato, sussista un pericoloso e diffuso *digital divide*.

In tal senso, come si è ricordato si è già pronunciato il Presidente dell'Autorità Garante delle Comunicazioni affermando che *“La situazione del mercato italiano della larga banda non appare soddisfacente: la copertura, la diffusione, il livello concorrenziale delle offerte segnano il passo rispetto ai Paesi più virtuosi d'Europa. Col 14,5% di diffusione della larga banda l'Italia è molto indietro: non solo rispetto ai Paesi del G7 (l'Italia è ultima) e ai più progrediti nell'Unione europea (Olanda, Danimarca, Finlandia); anche rispetto all'Europa a 15 (18,7%); persino rispetto all'Europa a 27 (16,2%)”*.

La tecnologia Wimax oggetto del provvedimento impugnato costituisce, in astratto, un eccellente strumento per risolvere il citato problema del *digital divide*.

Attraverso tale tecnologia infatti, è possibile fornire copertura a banda larga attraverso modesti investimenti anche nelle aree del Paese in cui le tecnologie di banda larga, di tipo tradizionale, non sono sin qui arrivate in ragione delle scelte imprenditoriali compiute

dall'incumbent Telecom Italia e dalle altre società oligopoliste del mercato delle telecomunicazioni.

Tale potenzialità della tecnologia Wimax ha trovato di recente un'importante conferma, nella sua individuazione quale standard di comunicazione mobile da parte dell'ITU Radiocommunication Assembly dell'ONU (Delibera 19 ottobre 2007).

Detta potenzialità d'altra parte è riconosciuta dalla stessa AGCOM che nella propria delibera ha espressamente atto che “lo scopo primario della [presente] procedura di assegnazione è quello di colmare, almeno parzialmente, il grave deficit concorrenziale in infrastrutture di accesso alle reti”.

L'articolo 3.2 della delibera impugnata, tuttavia, tradisce tale obiettivo.

Stando a quanto previsto in detta disposizione, infatti, gli aggiudicatari delle frequenze Wimax, oggetto della procedura di assegnazione potranno soddisfare gli obblighi di copertura su di essi imposti, semplicemente garantendo copertura, in 30 mesi a due Comuni oggetto di *digital divide* per ogni Provincia, inclusa “nell'area di estensione geografica pertinente”.

A tal fine, per Comuni oggetto di *digital divide* si intende, nel provvedimento impugnato, “Comuni con popolazione minore di 15 mila abitanti che risultano privi di copertura”.

Risulta pertanto evidente che in conseguenza della sostanziale inconsistenza degli obblighi di copertura posti a carico degli aggiudicatari in essa previsti, la delibera impugnata risulta inidonea a garantire l'utilizzo della tecnologia Wimax quale strumento di superamento del *digital divide* riconosciuto dalla medesima Autorità Garante delle Comunicazioni.

Il provvedimento risulta pertanto contraddittorio ed illegittimo.

* * *

6) Le gravi limitazioni di utilizzo della nuova tecnologia Wimax

(violazione e falsa applicazione del § 18 ed art. 8, comma 1, Direttiva 2002/21/CE - violazione e falsa applicazione dell'art. 27, Trattato CE - eccesso di potere per contraddittorietà manifesta)

L'atto impugnato risulta inoltre illegittimo con specifico riferimento al §3.1, punto 36, laddove, in nome della neutralità tecnologica, si afferma che *“l'utilizzo della banda a 3.5 GHz per servizi interni di rete, backhauling, ponti radio, costituisce un uso non in linea con lo scopo cui è destinata la banda, in quanto sottrae risorse per l'utilizzo a favore dell'utenza. Pertanto tali usi non sono ammissibili”*.

Il concetto viene poi esplicitamente ribadito dall'art. 2, comma 1, della Delibera: *“il presente provvedimento stabilisce le procedure per il rilascio dei diritti d'uso delle frequenze disponibili nella banda 3.4 – 3.6 Ghz ... per l'utilizzo per l'offerta di servizi di accesso diretto di*

tipo Broadband Wireless Access al pubblico. Sono pertanto escluse le utilizzazioni per finalità diverse".

a) In sostanza, l'Autorità resistente, da un lato afferma che, in ossequio alla neutralità tecnologica, principio del vigente quadro regolatorio di riferimento, la nuova tecnologia andrà adottata, insieme alle altre già esistenti, per *“colmare il grave deficit concorrenziale in infrastrutture di accesso alle reti”*, dall'altro, in modo palesemente contraddittorio, impone al Wi-Max il limite oggettivo di tali servizi di accesso a larga banda, non potendo utilizzare tale tecnologia per l'adozione di altri servizi.

b) Tale limitazione, già illegittima in quanto manifestamente contraddittoria, risulta illegittima sotto altro e diverso profilo. Essa infatti contrasta palesemente con le disposizioni di cui alla premessa 18 e all'art. 8, comma 1, della Direttiva 2002/21/CE, che impongono agli Stati membri di adottare misure di regolamentazione tecnologicamente neutrali, che *“non impongano l'uso di un particolare tipo di tecnologia né che operino discriminazioni tra particolari tecnologie”*, misure le quali soltanto risultano conformi all'obiettivo di consentire il superamento del cd. digital divide.

c) Il ventaglio di illegittimità si amplia ulteriormente, se si considera il fatto che le summenzionate preclusioni riguardano anche la realizzazione di ponti radio interni alla medesima rete in tecnologia

WIMAX, anche se utilizzati solo per i per detti servizi BWA al pubblico!

Ed infatti, impedire alle antenne WiMAX di collegarsi tra loro come ponti radio, utilizzando la medesima frequenza licenziata, e per la fornitura dei detti servizi BWA di accesso diretto del pubblico alla Rete, significa in sostanza costringere l'operatore a connetterne ciascuna antenna direttamente alle dorsali internet via cavo, che, come è noto, sono già oggi al limite del collasso! e sono, comunque, nella disponibilità esclusiva dell'incumbent.

Ciò, peraltro, con buona pace della normativa, italiana e comunitaria, contro il *digital divide*, in quanto in palese contrasto con l'art. 27 del Trattato CE.

* * *

7) La mancata adozione del sistema del “beauty contest”

(violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione – violazione e falsa applicazione dell'art. 54, D.Lgs. 1/8/2003 n. 259 “Codice delle comunicazioni elettroniche” - eccesso di potere per contraddittorietà)

Prevede l'art. 54 del Codice delle comunicazioni elettroniche che:

“1. Qualsiasi richiesta ragionevole di connessione in postazione fissa alla rete telefonica pubblica e di accesso da parte degli utenti finali ai servizi telefonici accessibili al pubblico in postazione fissa è

soddisfatta quanto meno da un operatore. Il Ministero vigila sull'applicazione del presente comma.

*2. **La connessione** consente agli utenti finali di effettuare e ricevere chiamate telefoniche locali, nazionali ed internazionali, facsimile e trasmissione di dati, nel rispetto delle norme tecniche stabilite nelle Raccomandazioni dell'UIT-T, e deve essere tale da consentire un **efficace accesso ad Internet**".*

Sebbene la disposizione in esame sia dettata con riferimento specifico al collegamento di telefonia fissa, deve ritenersi stabilire un principio generale in forza del quale, anche in ossequio al principio di eguaglianza enunciato dall'art. 97 della Costituzione, tutti gli utenti finali hanno il diritto di accedere ad internet in modo "efficace" ove con tale termine non può più allo stato attuale di evoluzione ritenersi sufficiente intendere la vecchia e lentissima connessione *dial-up* tramite doppino telefonico.

Ne deriva che AGCOM avrebbe dovuto adoperarsi nel predisporre il regolamento *de quo* al fine di consentire il definitivo superamento del *digital divide* da cui sono ancora affette ampie zone dell'Italia.

Numerosi operatori avevano, infatti, richiesto che la procedura di selezione dei destinatari dei diritti d'uso si dovesse adottare il sistema del *beauty contest* (basato su una valutazione dei migliori piani di investimento e di sviluppo), cui già hanno fatto ricorso numerosi paesi

europei nell'assegnazione delle frequenze UMTS, e non quello della migliore offerta economica.

Se, infatti, come la stessa Autorità ha ritenuto, “*lo scopo primario della [presente] procedura di assegnazione è quello di **colmare, almeno parzialmente, il grave deficit concorrenziale in infrastrutture di accesso alle reti***”, appare incompatibile con tale finalità il ricorso ad una procedura esclusivamente basata sul meccanismo dell'asta aperta a rilanci multipli simultanei ascendenti per lotti differenti. E' pur vero che il meccanismo del *beauty contest* costituirebbe un aggravio per la amministrazione, ma non si tratterebbe certo di un aggravio ingiustificato visto il relevantissimo interesse pubblico sotteso alla diffusione all'intero territorio nazionale della connessione a banda larga.

Peraltro risulta che numerosi altri paesi europei abbiano fatto ricorso proprio a questo sistema al fine di favorire gli utenti finali sui quali altrimenti inevitabilmente si sarebbero riflessi i costi sostenuti dagli operatori per l'aggiudicazione delle frequenze UMTS.

Né ciò ha determinato il sorgere delle interminabili controversie, frutto di eccessiva discrezionalità amministrativa, paventate dall'AGCOM; anzi la definizione di criteri chiari ed oggettivi da parte delle relative ANR nazionali ha eliminato *ab origine* ogni rischio in

tal senso, perseguendo nella migliore maniera possibile l'interesse degli utenti finali.

D'altro canto che tale sistema non sia compatibile con gli interessi degli utenti si può chiaramente rilevare da quanto accaduto in Italia in relazione all'assegnazione delle frequenze UMTS; tale tecnologia, infatti, non si è affermata come realmente concorrenziale con quella della banda larga su doppio telefonico proprio per le più elevate tariffe originate dagli ingenti costi sostenuti dagli operatori per l'assegnazione delle relative licenze.

* * *

8) Il limitatissimo numero di concessioni previste per ogni singola regione e sulla mancata adozione del sistema cd. “open spectrum”

(violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione – violazione e falsa applicazione dell'art. 29, D.Lgs. 1/8/2003 n. 259 “Codice delle comunicazioni elettroniche” - eccesso di potere per contraddittorietà)

a) Infine, si sottolinea che il numero limitatissimo di concessioni previste per ogni singola regione, disattende chiaramente le previsioni dell'art. 29 del Codice delle comunicazioni elettroniche:

“1. Quando debba valutare l'opportunità di limitare il numero dei diritti di uso da concedere per le frequenze radio, l'Autorità:

a) tiene adeguatamente conto dell'esigenza di ottimizzare i vantaggi per gli utenti e di favorire lo sviluppo della concorrenza e la sostenibilità degli investimenti rispetto alle esigenze del mercato, anche in applicazione del principio di effettivo ed efficiente utilizzo dello spettro radio di cui agli articoli 14, comma 1, e 27, comma 6;

[...]

c) pubblica qualsiasi decisione relativa alla concessione di un numero limitato di diritti individuali di uso, indicandone le ragioni;

d) stabilisce procedure basate su criteri di selezione obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori.”

Ed infatti, tale esiguo numero non tiene adeguatamente in considerazione l'esigenza di ottimizzare i vantaggi per gli utenti derivanti dallo sviluppo della concorrenza e della sostenibilità degli investimenti rispetto alle esigenze di mercato, visto che tale situazione, se non verrà modificata la delibera, nonché il relativo bando, consentirà inevitabilmente ai grandi operatori che già controllano il mercato della banda larga e delle TLC di monopolizzare anche il WiMax.

b) Sulla scorta dei medesimi principi, inoltre, deve denunciarsi che la delibera impugnata, nel fissare nel numero di tre i diritti d'uso complessivi (i primi due riservati ad un unico operatore per ognuna delle “macroregioni” appositamente create, l'ultimo, invece, rilasciato

a livello regionale) non ha preso assolutamente in considerazione l'ipotesi di destinare – stante la notevole porzione di banda larga complessiva libera – una parte della rete WiMax ad un utilizzo avulso da qualsivoglia logica di lucro, mediante il sistema cd. *open spectrum*. Questo sistema, determinando tecnicamente l'uso di tutto lo spettro di frequenze disponibili, consentirebbe la destinazione di una porzione di banda larga liberamente utilizzabile a determinati servizi al cittadino: si pensi in particolare ai servizi erogati *on line* dalle P.A., di cui il cittadino potrebbe usufruire per via telematica, senza essere gravato dai costi di connessione.

Tuttavia, tale sistema è stato totalmente ignorato dall'Autorità, e ciò sebbene essa fosse stata sollecitata in tal senso nel corso delle consultazioni propedeutiche alla delibera oggi impugnata.

In coerenza

SI CHIEDE

l'accoglimento del ricorso introduttivo del presente giudizio, previa sospensione cautelare degli atti, con espressa riserva di deduzioni ed eccezioni nel proseguo del giudizio.

Roma, 30 ottobre 2007

Avv. Carmelo Giurdanella

Avv. Guido Scorza