

DELIBERA N. 509/20/CONS

**AVVIO DEL PROCEDIMENTO CONCERNENTE LA DEFINIZIONE DI
NUOVI CRITERI PER LA DETERMINAZIONE DEI CONTRIBUTI
ECONOMICI PER LA PROROGA DELLA DURATA DEI DIRITTI D'USO
DELLE FREQUENZE NELLA BANDA 3400-3600 MHZ FISSATI CON
DELIBERA N. 183/18/CONS, IN OTTEMPERANZA ALLE SENTENZE DEL
TAR DEL LAZIO NN. 13553/2019, 13556/2019, 13558/2019, 13561/2019,
13564/2019, 13566/2019, 13567/2019, 13568/2019, 13570/2019**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio dell'8 ottobre 2020;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*”;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante “*Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*”;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”, di seguito denominato *Codice*;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “*Adozione del nuovo Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 95/19/CONS;

VISTA la delibera n. 383/17/CONS, del 24 ottobre 2017, recante “*Adozione del Regolamento recante la disciplina dell’accesso ai sensi degli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e degli articoli 5 e seguenti del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33*”;

VISTE le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, nn. 2002/19/CE (*direttiva accesso*), 2002/20/CE (*direttiva autorizzazioni*), 2002/21/CE (*direttiva quadro*), 2002/22/CE (*direttiva servizio universale*), come modificate dalle direttive nn. 2009/136/CE e 2009/140/CE;

VISTO il decreto del Ministro dello sviluppo economico (di seguito MISE) del 5 ottobre 2018, che approva il nuovo Piano nazionale di ripartizione delle frequenze (PNRF) tra 0 e 3.000 GHz;

VISTA la delibera n. 183/18/CONS, dell'11 aprile 2018, recante "*Parere, ai sensi dell'art. 25, comma 6, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, sulle richieste degli operatori Aria S.p.A., Go Internet S.p.A., Linkem S.p.A., Mandarin S.p.A. e TIM S.p.A. di proroga della durata dei diritti d'uso delle frequenze in banda 3.4-3.6 GHz di cui alla delibera n. 209/07/CONS*";

VISTA la delibera n. 231/18/CONS, dell'8 maggio 2018, recante "*Procedure per l'assegnazione e regole per l'utilizzo delle frequenze disponibili nelle bande 694-790 MHz, 3600-3800 MHz e 26.5-27.5 GHz per sistemi terrestri di comunicazioni elettroniche al fine di favorire la transizione verso la tecnologia 5G, ai sensi della legge 27 dicembre 2017, n. 205*";

VISTO il bando di gara e il relativo disciplinare sulla base dei quali il MISE ha proceduto all'assegnazione dei diritti d'uso delle frequenze della banda 3600-3800 MHz per sistemi terrestri di comunicazioni elettroniche, in accordo a quanto previsto dalla delibera n. 231/18/CONS;

VISTE le sentenze del Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) del Lazio del 26 novembre 2019, di accoglimento *in parte qua* dei ricorsi proposti dagli operatori Telecom Italia S.p.A. (di seguito Telecom), (sentenze nn. 13553/2019, 13561/2019, 13566/2019 e 13567/2019), Vodafone Italia S.p.A. (di seguito Vodafone), (sentenze nn. 13556/2019, 13558/2019, 13564/2019 e 13568/2019), e Iliad Italia S.p.A. (di seguito Iliad), (sentenza n. 13570/2019), per l'annullamento dei provvedimenti del MISE di autorizzazione alla proroga dei diritti d'uso delle frequenze in banda 3400-3600 MHz in capo alle società Aria S.p.A. (di seguito Aria), GO internet S.p.A. (di seguito GO internet), Linkem S.p.A. (di seguito Linkem) e Mandarin S.p.A. (di seguito Mandarin), e della delibera dell'Autorità n. 183/18/CONS;

VISTI i ricorsi in appello proposti dinanzi al Consiglio di Stato dall’Autorità e dal MISE per l’annullamento e/o la riforma, previa sospensione dell’efficacia esecutiva, delle predette sentenze del TAR del Lazio;

VISTE le ordinanze del 28 agosto 2020 (nn. 4869/2020, 4871/2020, 4874/2020, 4876/2020) con le quali il Consiglio di Stato ha respinto le istanze cautelari proposte dall’Autorità e dal MISE per la sospensione dell’efficacia delle sentenze del TAR del Lazio nn. 13556/2019, 13558/2019, 13564/2019 e 13568/2019;

VISTA la decisione del Consiglio di Stato di trattare congiuntamente il merito degli appelli proposti dall’Autorità e dal MISE avverso le succitate sentenze del TAR del Lazio all’udienza pubblica dell’11 marzo 2021;

CONSIDERATO quanto segue:

1. All’esito della consultazione pubblica avviata con la delibera n. 503/17/CONS, l’Autorità, con la delibera n. 183/18/CONS dell’11 aprile 2018, ha espresso al MISE la propria intesa, ai sensi dell’art. 25, comma 6, del Codice, in merito alla sussistenza delle condizioni per la concessione della proroga al 31 dicembre 2029 dei diritti d’uso delle frequenze in banda 3400-3600 MHz in capo alle società Aria, GO internet, Linkem e Mandarin, assegnati sulla base delle procedure di cui alla delibera n. 209/07/CONS e in scadenza nel 2023. In tale occasione l’Autorità non ha ritenuto sussistere le condizioni per accogliere la contestuale richiesta da parte di Telecom di proroga dei diritti d’uso per le medesime frequenze.
2. Tra le misure tecniche e regolamentari contenute nella delibera n. 183/18/CONS, rientrava la determinazione dei criteri per la fissazione del valore economico dei contributi da applicare nel periodo di proroga (ossia da giugno 2023 a dicembre 2029). A tal riguardo, l’Autorità aveva previsto di parametrare detti contributi - a parità di frequenze, durata e area di estensione geografica dei diritti d’uso - al prezzo di riserva che sarebbe stato successivamente fissato per la procedura di assegnazione dei diritti d’uso della porzione di banda - contigua e “gemella” - 3600-3800 MHz, oggetto, insieme alle bande 694-790 MHz e 26.5-27.5 GHz, delle previsioni di cui alla legge 27 dicembre 2017, n. 205 (c.d. legge di bilancio 2018), al fine della loro destinazione ai sistemi di comunicazioni elettroniche.
3. La ragione per la quale l’Autorità aveva fissato i criteri di determinazione dei contributi per la proroga rimandando a un successivo (proprio) provvedimento, risiedeva nel fatto, noto a tutti i partecipanti al mercato, che, alla data di adozione della delibera n. 183/18/CONS (11 aprile 2018) era già in corso il procedimento

che avrebbe portato all'adozione del regolamento di gara previsto dalla citata legge di bilancio 2018 (c.d. gara 5G). Pertanto, per economia ed efficienza del procedimento amministrativo, l'Autorità aveva ritenuto di pronunciarsi sulla definizione dei criteri in due passaggi. La delibera n. 231/18/CONS concernente il regolamento di gara 5G, che ha disciplinato la messa a gara anche della banda 3600-3800 MHz, è stata in effetti adottata appena un mese dopo, in data 8 maggio 2018.

4. L'Autorità comunque, tenendo conto delle legittime preoccupazioni degli operatori in possesso delle frequenze oggetto di proroga, espresse nella citata consultazione pubblica di cui alla delibera n. 503/17/CONS¹, secondo cui i contributi per la proroga dovevano essere fissati con certezza in risposta alla propria istanza ai sensi dell'art. 25, comma 6, del Codice, e non ancorati a eventi futuri che per definizione scontano l'alea dell'effettiva concretizzazione, aveva previsto al considerato 82 della delibera n. 183/18/CONS che: *“Infine, circa la possibilità che i contributi proposti non siano certi o non trovino riscontro sul mercato, si osserva che questi ultimi andrebbero corrisposti a partire dal 2023, mentre la gara della banda 3.6-3.8 GHz è previsto avvenga a settembre 2018, secondo quanto prevede la Legge di Bilancio 2018, e quindi con ampio margine per valutare e correggere eventuali situazioni problematiche”*. Le dette situazioni problematiche attenevano quindi alla possibilità che, in mancanza della fissazione della gara (evento che nei fatti è stato comunque scongiurato), sarebbe stata colmata la lacuna, garantendo agli operatori che avevano presentato l'istanza di proroga la certezza giuridica e tecnica sull'entità dei contributi che sarebbero stati tenuti a pagare.
5. All'esito della consultazione pubblica avviata con la delibera n. 89/18/CONS, l'Autorità ha adottato, come visto, la delibera n. 231/18/CONS, che all'art. 7, comma 3, lett. d), ha stabilito che il valore minimo del lotto di frequenze in banda 3600-3800 MHz fosse determinato *“a partire dai valori di aggiudicazione medi definiti nelle procedure di assegnazione dei diritti d'uso delle frequenze in banda 3400-3600 MHz, di cui alla delibera n. 209/07/CONS, eventualmente rivalutati sulla base del tasso di rivalutazione monetaria ISTAT applicabile, calcolati proporzionalmente alla popolazione della pertinente area di estensione*

¹ Cfr. sezione 4.7 (punti 98-109) della Sintesi della consultazione pubblica di cui alla delibera n. 503/17/CONS, pubblicata sul sito *web* dell'Autorità il 24 aprile 2018. A riguardo si può osservare che la maggior parte dei rispondenti al tempo era preoccupata del motivo opposto rispetto a quello portato avanti nei ricorsi di primo grado, e cioè che i contributi ancorati al futuro minimo di gara fossero troppo alti e non troppo bassi. Alcuni rispondenti infatti avevano addirittura sostenuto che ove l'asta fosse andata deserta a causa del minimo troppo alto (come ad esempio potrebbe essere successo nel caso delle frequenze a 700 MHz SDL che nella medesima asta 5G sono rimaste invendute), o solo parte delle frequenze assegnate, si sarebbe verificato il paradosso che frequenze “vecchie” sarebbero state soggette a contributi che il mercato avrebbe reputato insostenibili anche per le frequenze “nuove”.

geografica, rapportati alla quantità di spettro complessiva del diritto, alla durata del diritto d'uso delle frequenze, incrementati di un fattore fino ad un massimo del 30%”.

6. Pertanto, come detto, i contributi per il minimo di gara della banda 3600-3800 MHz, equivalenti ai contributi per la proroga nella banda 3400-3600 MHz, prevedevano un incremento fino al 30% dei contributi vigenti (calcolati come contributo annuo equivalente). Con ciò l’Autorità aveva dato seguito a quanto indicato nel considerato 81 della delibera n. 183/18/CONS: *“Inoltre, si osserva che in tutte le proroghe di diritti d’uso sinora concesse sono stati introdotti contributi (in genere annuali, con possibilità di pagamento anticipato), incrementati rispetto ai valori passati. In tal senso, la proposta dell’Autorità non si discosta da questa prassi, in quanto la valutazione del benchmark rimane confinata all’insieme delle bande gemelle 3.4-3.6 GHz e 3.6-3.8 GHz, che costituiscono una base unica nell’ambito del futuro ecosistema 5G e pertanto è corretto rinvenire il contributo per l’uso ottimale dello spettro in tale contesto, anche eventualmente applicando fattori correttivi in maniera giustificata e non discriminatoria”*. I fattori correttivi sono quindi stati effettivamente applicati, prevedendo l’incremento dei contributi previgenti fino al 30% (poi fissato dal MISE al valore massimo). Tale modalità corrisponde allo stesso criterio applicato nei casi di proroghe relative ad altre frequenze, in particolare quelle nelle bande 900 e 1800 MHz di cui appena un anno prima, nel 2017, avevano beneficiato proprio gli operatori ricorrenti Iliad, Telecom, Vodafone e Wind Tre S.p.A.²
7. In seguito, il MISE, sulla base del regolamento dell’Autorità, ha avviato la gara 5G, pubblicando il relativo avviso sulla *Gazzetta Ufficiale* dell’11 luglio 2018, nel quale era stato indicato il prezzo effettivo della base d’asta per ogni singolo lotto di frequenze oggetto della gara in questione. Con riferimento alla banda 3600-3800 MHz, per quanto qui di interesse, tale prezzo base era stato di circa 400 milioni per 200 MHz di spettro (parzialmente libero) per una durata di 19 anni. Pertanto, con la pubblicazione di tale valore, l’11 luglio 2018, si è concluso dal punto di vista tecnico e, per quanto di competenza dell’Autorità, anche dal punto di vista amministrativo, non necessitando da parte della stessa alcun ulteriore atto, l’*iter* di fissazione dei contributi per la proroga delle frequenze in banda 3400-3600 MHz, sulla base dei criteri fissati con la delibera n. 183/18/CONS. Poteva inoltre considerarsi sostanzialmente concluso anche il procedimento di proroga, mancando solo gli ulteriori passaggi amministrativi, a cura del MISE, al fine della formalizzazione degli atti di proroga per i quattro operatori citati.
8. Sempre per quanto qui di interesse, la gara 5G si è conclusa il 5 ottobre 2018 con l’aggiudicazione, tra gli altri, dei 4 lotti disponibili nella banda 3600-3800 MHz

² Tale società è intervenuta *ad adiuvandum* nei predetti ricorsi.

(due lotti da 20 MHz e due lotti da 80 MHz, per un totale di 200 MHz di spettro), per 19 anni di durata, per una cifra complessiva di 4.346.820.000 euro. Da qui si rileva che il prezzo di aggiudicazione ha superato, per effetto della libera competizione nei rilanci da parte degli operatori partecipanti, di circa 10,9 volte il prezzo di riserva.

9. A causa della predetta circostanza, a conclusione della gara 5G, i provvedimenti del MISE di autorizzazione alla proroga dei diritti d'uso delle frequenze in banda 3400-3600 MHz in capo alle società Fastweb S.p.A. (che nel frattempo era subentrata nella titolarità dei diritti d'uso di Aria), GO internet, Linkem e Mandarin, nonché la suddetta delibera n. 183/18/CONS, concernente l'intesa dell'Autorità col MISE ai sensi dell'art. 25, comma 6, del Codice, sono stati impugnati dinanzi al TAR del Lazio dalle società Iliad, Telecom e Vodafone, che, in sintesi, ne hanno chiesto l'annullamento per asserita violazione dei principi di non discriminazione, concorrenza e buon andamento del mercato, contestando il fatto che la proroga dei diritti d'uso in questione fosse stata concessa a condizioni economiche significativamente diverse da quelle alle quali erano stati assegnati alle medesime società ricorrenti i diritti d'uso delle frequenze della banda contigua e "gemella" 3600-3800 MHz all'esito della gara 5G.
10. Il TAR del Lazio, con le sentenze nn. 13553/2019, 13556/2019, 13558/2019, 13561/2019, 13564/2019, 13566/2019, 13567/2019, 13568/2019, 13570/2019, pubblicate il 26 novembre 2019, ha accolto *in parte qua* il ricorso proposto dalle predette società e, per l'effetto, ha annullato (anche) la delibera n. 183/18/CONS nella parte in cui ha ritenuto ragionevole, proporzionato e non discriminatorio parametrare i contributi per la proroga dei diritti d'uso delle frequenze in banda 3400-3600 MHz al prezzo di riserva per l'aggiudicazione delle frequenze della banda contigua 3600-3800 MHz, ritenendo dunque meritevoli di accoglimento le deduzioni dei ricorrenti in ordine alla notevole differenza venutasi a determinare tra il valore economico di detti contributi di proroga per la banda 3400-3600 MHz e il prezzo finale dell'offerta aggiudicataria dei diritti d'uso delle frequenze in banda 3600-3800 MHz all'esito della gara 5G.
11. Secondo il TAR del Lazio, tale situazione avrebbe dovuto indurre le Amministrazioni a svolgere quell'intervento correttivo, a parere del TAR accennato dall'Autorità nei considerati 81 e 82 della delibera n. 183/18/CONS, e quindi "*fissando l'entità del contributo per la proroga delle frequenze 3400-3600 MHz tenendo in considerazione il valore di aggiudicazione delle frequenze contigue assegnate all'esito dell'asta*" (cfr. ad es. sentenze nn. 13553, 13556 e 13558). Ad avviso del giudice di prime cure, tale intervento avrebbe scongiurato l'eccessivo vantaggio competitivo venutosi a creare per gli operatori beneficiari della proroga (cfr. ad es. sentenze nn. 13556, 13558 e 13568), tuttavia né il MISE né l'Autorità avrebbero ritenuto di avviare alcun *iter* istruttorio diretto al riesame

dei criteri per la quantificazione del contributo economico ai fini del loro aggiornamento, con conseguente violazione dei principi di non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità (cfr. ad es. sentenze nn. 13558, 13564 e 13568).

12. L'Autorità, ritenendo non corrette le motivazioni addotte dal giudice di prime cure, anche rispetto all'interpretazione autentica della delibera n. 183/18/CONS, inclusi i richiamati considerati 81 e 82, ha quindi proposto appello, tuttora pendente, dinanzi al Consiglio di Stato chiedendo l'annullamento e/o la riforma, previa sospensione dell'efficacia esecutiva, delle suddette sentenze del TAR del Lazio.
13. Il Consiglio di Stato, preso anche atto dell'impegno degli operatori di non voler sollecitare l'esecuzione delle sentenze del TAR del Lazio, ha disposto l'abbinamento al merito dell'istanza cautelare e fissato l'udienza pubblica dell'11 marzo 2021 per la trattazione congiunta di tutti gli appelli proposti dall'Autorità e dal MISE.
14. In data 7 luglio 2020 la società Vodafone ha trasmesso al MISE e all'Autorità una richiesta di esecuzione delle sentenze del TAR del Lazio nn. 13556, 13558, 13564, 13568 del 26 novembre 2019, ribadendo le proprie ragioni espresse nel ricorso di primo grado.
15. Il MISE e l'Autorità hanno pertanto depositato in giudizio, dinanzi al Consiglio di Stato, una nuova istanza di sospensione dell'esecutività delle predette sentenze.
16. Con le ordinanze nn. 4869/2020, 4871/2020, 4874/2020, 4876/2020, pubblicate il 28 agosto 2020, il Consiglio di Stato ha respinto l'istanza cautelare avanzata dalle Amministrazioni, rilevando che *“in forza della sentenza impugnata deriva l'obbligo per l'Autorità ed il MISE – dei quali è stato fatto salvo ogni ulteriore provvedimento - di avviare un apposito procedimento volto a definire, in sostituzione di quello annullato dal T.A.R., un nuovo criterio di fissazione del contributo per il periodo di proroga dei diritti d'uso delle frequenze in banda 3400-3600 MHz, convertibili alla tecnologia 5G”*.
17. L'Autorità pertanto, in ottemperanza alle sentenze del TAR del Lazio citate, avvia – con il presente provvedimento - il procedimento di determinazione, ora per allora, dei nuovi criteri di fissazione dei contributi per la proroga dei diritti d'uso delle frequenze nella banda 3400-3600 MHz, oggetto della propria delibera n. 183/18/CONS. La previsione della determinazione di tali criteri non pregiudica la valutazione positiva già espressa ai fini della concessione della proroga in parola con la delibera n. 183/18/CONS, né le altre misure tecnico-regolamentari ivi stabilite.

RITENUTO pertanto, nelle more della definizione dei giudizi di appello pendenti, impregiudicati gli esiti degli stessi, di dare esecuzione alle sentenze del TAR del Lazio nn. 13553/2019, 13556/2019, 13558/2019, 13561/2019, 13564/2019, 13566/2019, 13567/2019, 13568/2019, 13570/2019, nei termini indicati dal giudice, con l'avvio di un apposito procedimento;

UDITA la relazione del Commissario Laura Aria, relatore ai sensi dell'art. 31 del *Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità*;

DELIBERA

Art. 1

1. È avviato, in esecuzione delle sentenze del TAR del Lazio nn. 13553/2019, 13556/2019, 13558/2019, 13561/2019, 13564/2019, 13566/2019, 13567/2019, 13568/2019, 13570/2019, il procedimento concernente la definizione di nuovi criteri per la determinazione dei contributi economici relativi alla proroga della durata dei diritti d'uso delle frequenze nella banda 3400-3600 MHz, fissati con delibera n. 183/18/CONS.
2. Con successivo provvedimento, verrà pubblicato sul sito *web* dell'Autorità il testo della consultazione pubblica avente ad oggetto i nuovi criteri per la determinazione dei contributi economici di cui al comma 1.
3. I termini del procedimento sono fissati in 180 giorni dalla data di pubblicazione del presente provvedimento sul sito *web* dell'Autorità, fatte salve le sospensioni per le richieste di informazioni e documenti, calcolate sulla base delle date dei protocolli dell'Autorità in uscita e in ingresso, nonché per lo svolgimento della consultazione pubblica sullo schema di provvedimento. I termini del procedimento possono essere prorogati dall'Autorità con determinazione motivata.
4. La delibera di conclusione del procedimento è notificata alle parti interessate e al Ministero dello sviluppo economico, ed è pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.
5. Il responsabile del procedimento è l'Ing. Mauro Martino, Dirigente dell'Ufficio radio spettro telecomunicazioni, della Direzione sviluppo dei servizi digitali e della Rete.

La presente delibera è pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla pubblicazione dello stesso.

Roma, 8 ottobre 2020

IL PRESIDENTE
Giacomo Lasorella

IL COMMISSARIO RELATORE
Laura Aria

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Nicola Sansalone