

Publicato il 24/07/2020

N. 08742/2020 REG.PROV.COLL.
N. 09448/2018 REG.RIC.
N. 12583/2018 REG.RIC.
N. 01638/2019 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9448 del 2018, proposto da

Reti Telematiche Italiane S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Ielo, Giovanni Mangialardi, Filippo Modulo, Italo De Santis e Marco Maugeri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via XXIV Maggio, n. 43;

contro

Presidenza del Consiglio dei ministri, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Ministero dell'Interno, Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

sul ricorso numero di registro generale 12583 del 2018, proposto da

Reti Telematiche Italiane S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Ielo, Giovanni Mangialardi, Filippo Modulo, Italo De Santis e Marco Maugeri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via XXIV Maggio, n. 43;

contro

Presidenza del Consiglio dei ministri, Ministero dell'Interno, Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

sul ricorso numero di registro generale 1638 del 2019, proposto da

Reti Telematiche Italiane S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati

Domenico Ielo, Giovanni Mangialardi, Filippo Modulo, Italo De Santis e Marco Maugeri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via XXIV Maggio, n. 43;

contro

Presidenza del Consiglio dei ministri, Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero dell'Interno, Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 9448 del 2018:

del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 7 giugno 2018 notificato con nota n. DICAGP-0000413 del 7 giugno 2018, ai sensi dell'art. 2 del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito dalla legge 11 maggio 2012, n. 56, e del d.P.R. 25 marzo 2014, n. 86- settore energia, trasporti e comunicazioni” con il quale sono stati esercitati i poteri speciali mediante l'imposizione di specifiche prescrizioni e condizioni; della deliberazione del Consiglio dei ministri adottata nella riunione del 7 giugno 2018, su proposta del Ministero dello sviluppo economico;

della relazione del Dipartimento per il coordinamento amministrativo del 7 giugno 2018, prot. DICA – AC n. 2710, ai sensi dell'art. 5 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 6 agosto 2014; della relazione del 7 giugno 2018 con la quale il Ministero dello sviluppo economico ha proposto di esercitare i poteri speciali nella forma di imposizione di specifiche prescrizioni e condizioni;

della nota dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni del 6 giugno 2018;

delle determinazioni assunte dal Gruppo di coordinamento il 6 giugno 2018; della nota del Dipartimento per il coordinamento amministrativo del 30 maggio 2018;

di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e/o consequenziale; nonché l'annullamento, nei limiti e per i motivi indicati nel ricorso,

dell'art. 3 del D.P.R. 25 marzo 2014 n. 85 recante “individuazione degli attivi di rilevanza strategica nel settore comunicazioni”..

quanto al ricorso n. 12583 del 2018:

del provvedimento della Presidenza del Consiglio dei ministri del 9 agosto 2018, notificato con nota n. DICAGP-000541-P-4.8.3.7 del 9 agosto 2018, con il quale è stato disposto l'avvio del procedimento per l'eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 2, comma 4, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, nei confronti di **Retelit**; di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e/o consequenziale, ivi compreso, ove occorrer possa: i) del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 7 giugno 2018; ii) dell'art. 3 del D.P.R. 25 marzo 2014 n. 85 recante “individuazione degli attivi di rilevanza strategica nel settore comunicazioni” (nei limiti e per i motivi indicati nel ricorso).

quanto al ricorso n. 1638 del 2019:

- del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 30 novembre 2018, notificato con nota n. DICAGP-0000711-P- 30/11/2018 – 4.8.3.7 del 30 novembre 2018, “con il quale, a seguito della conclusione dell'istruttoria relativa al procedimento sanzionatorio avviato ... ai sensi dell'art. 2 del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, è stata comminata una sanzione amministrativa pecuniaria” nei confronti di **Retelit**;

- di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e/o consequenziale, ivi compresi, ove occorrer possa il provvedimento della Presidenza del Consiglio dei ministri del 9 agosto 2018, notificato con nota n. DICAGP-000541-P-4.8.3.7 del 9 agosto 2018, “con il quale è stato disposto l'avvio del procedimento per l'eventuale irrogazione della

sanzione pecuniaria prevista dall'art. 2, comma 4, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21”, nei confronti di **Retelit** – impugnato con ricorso RG n. 12583/2018;

ii) il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 7 giugno 2018 – impugnato con ricorso RG n. 9448/2018;

iii) l'art. 3 del D.P.R. 25 marzo 2014 n. 85, già impugnato dinanzi al TAR Lazio con i due ricorsi RG n. 12583/2018 e n. 9448/2018.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei ministri, del Ministero dell'Economia e delle Finanze, del Ministero dello Sviluppo Economico, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, del Ministero dell'Interno, del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni;

Vista l'ordinanza collegiale istruttoria n. n. 14468/2019

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 20 luglio 2020 mediante collegamento da remoto la dott.ssa Lucia Maria Brancatelli e uditi per le parti ex art. 4 del d.l. n. 28/2020, conv. in l. n. 70/2020 i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso n. 9448 del 2018, Reti Telematiche Italiane S.p.A. (d'ora in avanti **Retelit**) ha impugnato il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 7 giugno 2018, con il quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha esercitato

i poteri speciali di cui all'art. 2, comma 2, del decreto legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito dalla legge 11 maggio 2012, n. 56 (cd. *golden power*), imponendo ad essa società specifiche prescrizioni e condizioni.

Il provvedimento è stato adottato con riferimento alla comunicazione con la quale **Retelit** ha notificato il rinnovo del Consiglio di amministrazione, deliberato in sede di assemblea degli azionisti del 27 aprile 2018, avendo l'amministrazione ritenuto che “i cambiamenti intervenuti nella governance della società **Retelit**, a seguito dell'assemblea degli azionisti del 27 aprile 2018”, fossero “tali da incidere sulla disponibilità degli attivi strategici della società ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, comma 2, del decreto legge e, conseguentemente, suscettibili di determinare mutamenti nelle scelte organizzative e strategiche rilevanti per la sicurezza delle reti, con conseguente minaccia di grave pregiudizio degli interessi pubblici di cui all'articolo 2 del decreto legge 15 marzo 2012, n. 21”.

Parte ricorrente deduce in primo luogo violazioni di natura procedimentale, riguardanti la lacunosità della motivazione relativa alla sussistenza del presupposto funzionale per l'esercizio dei poteri speciali (il compimento di una delle operazioni rilevanti previste dalla legge), e l'aver deliberato, avuto riguardo al presupposto oggettivo (la disponibilità in capo a **Retelit** di *asset* strategici) sulla base di considerazioni tecniche espresse in fase istruttoria da parte di un soggetto – il Segretario generale dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (“AgCom”) - carente in modo assoluto delle attribuzioni per potersi pronunciare.

Quanto ai vizi sostanziali, avuto riguardo al presupposto funzionale per l'esercizio dei poteri speciali, la ricorrente afferma che il rinnovo del consiglio di amministrazione di **Retelit** non avrebbe integrato un “cambiamento” nella *governance* ma l'atto tipico con il quale i soci di una società prepongono ciclicamente alla gestione dell'impresa manager e professionisti di loro fiducia. Ne conseguirebbe, secondo la tesi di parte ricorrente, l'inapplicabilità dell'art. 2, comma 2, del decreto legge. La lettura proposta nel Provvedimento di tale disposizione si porrebbe, inoltre, in contrasto con il principio europeo della libertà di circolazione dei capitali e della libertà di stabilimento.

Con riferimento al presupposto oggettivo, **Retelit** sostiene l'illegittimità del provvedimento nella parte in cui avrebbe ritenuto di individuare *asset* strategici nuovi e diversi rispetto a quelli inclusi nella elencazione di categorie contenuta nell'art. 3 del d.P.R. n. 85 del 2014, così violando l'art. 2, comma 1, del d.l. n. 21 del 2012, che prevede l'individuazione tramite atto regolamentare degli attivi strategici. L'individuazione di simili attivi nel settore delle comunicazioni elettroniche tramite un atto applicativo si porrebbe anche in contrasto con i principi comunitari di apertura alla concorrenza e non discriminazione tra gli operatori economici e con il diritto di libera circolazione dei capitali e di stabilimento.

In via subordinata, con riferimento all'art. 3 del decreto n. 85/2014, qualora lo stesso fosse interpretato nel senso che gli *asset* ivi indicati non costituirebbero delle "categorie chiuse" e che con atto successivo provvedimentale potrebbero essere considerati strategici anche beni diversi, **Retelit** ne deduce l'illegittimità per contrasto con l'art. 2, comma 2, del d.l. 21/2012, nonché con l'art. 23 della Costituzione, che fissa una riserva di legge in materia di prestazioni imposte, e con l'art. 41 della Carta Costituzionale, perché determinerebbe una eccessiva compressione degli spazi di autonomia privata, nonché con il principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 della Costituzione.

In ulteriore subordine, chiede che sia sollevata questione di legittimità costituzionale, per violazione dei predetti articoli 3, 23 e 41 della Costituzione, dell'art. 2, comma 2, del d.l. 21/2012, qualora si ritenga che la norma consenta un'integrazione non in via regolamentare ma ex post, in via provvedimentale e caso per caso, delle categorie fissate con atto regolamentare.

Parte ricorrente formula anche una istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, in ordine alla compatibilità con i principi comunitari in materia di libera circolazione di beni, servizi e capitali e di libertà di stabilimento, ai sensi degli artt. 46 e 69 TFUE, di trasparenza e di non discriminazione di una legge che consente a uno Stato membro di ampliare ex post, con l'atto di esercizio del potere speciale, i presupposti per l'esercizio

del potere stesso, identificando caso per caso attivi strategici e operazioni rilevanti ulteriori rispetto a quelli prefissati; e se tra simili operazioni possa rientrare quella relativa al rinnovo del consiglio di amministrazione di una s.p.a.. Inoltre, chiede che sia sottoposta alla Corte la questione relativa all'interpretazione dell'art. 8, par. 2, lettera b, e par. 3, lett. c, della direttiva 2002/21/CE, e se sia consentito a un'Autorità politica (diversa dall'Autorità nazionale di regolazione) di uno Stato membro di identificare discrezionalmente e caso per caso i presupposti per l'imposizione di obblighi specifici nei confronti di fornitori di reti di comunicazione elettronica accessibili al pubblico.

Con successivo ricorso n. 12583 del 2018, **Retelit** ha impugnato l'atto della Presidenza del Consiglio dei ministri del 9 agosto 2018, con il quale è stato disposto l'avvio del procedimento per l'eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 2, comma 4, del decreto legge 15 marzo 2012, n. 21, in considerazione della tardiva comunicazione della delibera assembleare del 27 aprile 2018.

Con il ricorso n. 1638 del 2019, infine, **Retelit** ha impugnato il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 30 novembre 2018, con cui, a conclusione del procedimento iniziato con la comunicazione di avvio censurata con il ricorso n. 12583 del 2018, è stata comminata alla ricorrente una sanzione amministrativa pecuniaria.

Entrambi i ricorsi ripropongono le censure relative alla insussistenza dei presupposti, funzionale ed oggettivo, per l'applicazione della disciplina contenuta nel d.l. n. 21/2012. Sono, inoltre, formulate autonome doglianze riguardanti la mancanza del fatto illecito amministrativamente sanzionabile, vale a dire il ritardo nella notifica della delibera ai sensi dell'art. 2, comma 2, del d.l. n. 21/2012, nonché, in subordine, per mancanza della colpa (anche) per errore scusabile.

Le amministrazioni intimate nei tre ricorsi, costituite in giudizio, ne hanno chiesto la reiezione siccome infondati. Avuto riguardo al ricorso n.12583 del 2018, ne è anche stata eccepita l'inammissibilità, in ragione della natura endoprocedimentale dell'atto impugnato.

Con l'ordinanza n. 14468/2019, in via preliminare, i tre ricorsi in epigrafe sono stati riuniti, attesa la ricorrenza di ragioni di connessione tra le tre impugnative, originate tutte dalla medesima vicenda. E' stato, quindi, chiesto in via istruttoria alla Presidenza del Consiglio dei ministri il deposito di taluni documenti, tra cui la relazione del Ministero dello sviluppo economico del 7 giugno 2018. L'amministrazione ha provveduto al deposito della documentazione; la parte ricorrente – avuto riguardo alla comunicazione effettuata dalla società **Retelit** il 29 maggio 2018, pure oggetto di richiesta istruttoria - ha depositato in giudizio i due pareri legali che erano allegati alla comunicazione.

All'udienza del 20 luglio 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

La controversia ha ad oggetto la sussistenza dei presupposti per l'esercizio da parte del Governo nei confronti di **Retelit** dei poteri speciali e del potere sanzionatorio per violazione dell'obbligo di notifica previsti nel decreto legge 15 marzo 2012, n. 21.

Alla ricorrente è stata, in particolare, applicata la disciplina di cui all'articolo 2, comma 2, del d.l. n. 21/2012, secondo cui qualsiasi *“delibera, atto o operazione, adottato da una società che detiene uno o più degli attivi individuati ai sensi del comma 1, che abbia per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi medesimi o il cambiamento della loro destinazione, comprese le delibere dell'assemblea o degli organi di amministrazione aventi ad oggetto la fusione o la scissione della società, il trasferimento all'estero della sede sociale, il mutamento dell'oggetto sociale, lo scioglimento della società, la modifica di clausole statutarie eventualmente adottate ai sensi dell'articolo 2351, terzo comma, del codice civile ovvero introdotte ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, come da ultimo modificato dall'articolo 3 del presente decreto, il trasferimento dell'azienda o di rami di essa in cui siano compresi detti attivi o l'assegnazione degli stessi a titolo di garanzia, è notificato, entro dieci giorni e comunque prima che vi sia data attuazione, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri dalla società stessa. Sono notificate*

nei medesimi termini le delibere dell'assemblea o degli organi di amministrazione concernenti il trasferimento di società controllate che detengono i predetti attivi?

Propedeutica all'applicazione della surriferita disciplina è l'individuazione delle *“attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale”* per mezzo di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare secondo le modalità descritte al comma 1 dell'art. 2.

Nel settore di interesse per la presente controversia, vale a dire quello delle comunicazioni, rileva l'art. 3 d. P.R. 25 marzo 2014, n. 85 che individua gli attivi di rilevanza strategica *“nelle reti dedicate e nella rete di accesso pubblica agli utenti finali in connessione con le reti metropolitane, i router di servizio e le reti a lunga distanza, nonché negli impianti utilizzati per la fornitura dell'accesso agli utenti finali dei servizi rientranti negli obblighi del servizio universale e dei servizi a banda larga e ultralarga, e nei relativi rapporti convenzionali, fatte salve le disposizioni della direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, e della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995”*; il comma 2 del medesimo articolo specifica che *“sono inclusi negli attivi di cui al comma 1 gli elementi dedicati, anche laddove l'uso non sia esclusivo, per la connettività (fonia, dati e video), la sicurezza, il controllo e la gestione relativi a reti di accesso di telecomunicazioni in postazione fissa”*.

Deve osservarsi che l'istruttoria volta a verificare la sussistenza dei due presupposti - quello funzionale del compimento di una operazione rilevante e quello oggettivo della presenza di attivi di rilevanza strategica - per l'esercizio dei poteri speciali deve essere svolta in materia rigorosa. Ciò in quanto l'esercizio di tali poteri, ponendo delle limitazioni ai principi comunitari della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali, deve trovare la sua giustificazione nel perseguimento del fine legislativo di consentire l'intervento statale qualora l'operazione societaria possa compromettere gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale, avuto riguardo all'incidenza su beni considerati di rilevanza strategica. Deve, quindi, escludersi che l'esercizio dei poteri possa riguardare operazioni diverse da quelle previste dalla legge ovvero *asset* non individuati tra quelli *“strategici”*. Avuto particolare riguardo al profilo oggettivo, non è pertanto

consentita una estensione in via provvedimentale, caso per caso, del novero delle attività strategiche, all'infuori di quelle indicate, nei relativi settori, dalla disciplina regolamentare.

E' opportuna anche una breve descrizione dei fatti che hanno condotto all'adozione degli atti impugnati.

Retelit ha provveduto a notificare, in data 29 maggio 2018, alla Presidenza del Consiglio dei ministri le risultanze dell'Assemblea degli azionisti del 27 aprile 2018, e il relativo rinnovo del Consiglio di amministrazione. **Retelit** specificava nella comunicazione che la notifica era effettuata in via "meramente prudenziale", in quanto essa non riteneva sussistenti i presupposti richiesti dal d. l. n. 21/2012 per l'imposizione dell'obbligo di notifica, ossia la strategicità degli attivi detenuti dalla società stessa nonché l'effetto della modifica della titolarità, del controllo e della disponibilità degli stessi a seguito del rinnovo del consiglio di amministrazione.

L'operazione era stata già oggetto di segnalazione da parte della società Fiber 4.0. s.p.a. e, a seguito dell'esame del suo contenuto, il 24 aprile del 2018 il Gruppo di coordinamento di cui all'articolo 3 del d.P.C.M. 6 agosto 2014, che disciplina le modalità organizzative per lo svolgimento delle attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali, aveva chiesto a **Retelit** l'acquisizione di dati e informazioni.

La ricorrente inviava due pareri *pro veritate* a sostegno della tesi della inapplicabilità del decreto legge sul *golden power*, in relazione all'assenza sia del presupposto oggettivo che di quello funzionale.

Il 3 maggio 2018 si svolgeva una riunione del Gruppo di coordinamento, che disponeva, tra l'altro, l'invio di una comunicazione a **Retelit** al fine di acquisire l'elenco delle infrastrutture tecnologiche nel settore delle comunicazioni, nonché il verbale e gli atti relativi all'assemblea degli azionisti svoltasi in data 27 aprile 2018. **Retelit** provvedeva a inviare la documentazione richiesta con nota del 7 maggio 2018.

Fiber 4.0 s.p.a., facendo seguito alle considerazioni elaborate dalla società **Retelit** S.p.a., a sua volta trasmetteva, con nota del 16 maggio 2018, due pareri *pro veritate* coi quali si ribadiva l'esistenza delle condizioni per applicare la disciplina sui

poteri speciali.

Il 9 maggio 2018 il Dipartimento per il coordinamento amministrativo della Presidenza del Consiglio dei ministri chiedeva all'AgCom delle valutazioni in merito alla strategicità degli *asset* detenuti dalla società **Retelit** al fine di potere effettuare l'istruttoria di cui al d.l. n. 21/2012.

Una nota Agcom a firma del Segretario Generale dell'Autorità del 6 giugno 2018, dopo avere descritto le reti di cui la ricorrente ha la disponibilità, concludeva che **Retelit** disponeva di *asset* strategici.

Il 7 giugno 2018 il Ministero dello sviluppo economico, in qualità di amministrazione responsabile dell'istruttoria, proponeva l'esercizio dei poteri speciali, sotto forma di adozione di talune prescrizioni e condizioni. In pari data, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, impugnato con il ricorso n. 9448/2018, ritenute sussistenti, alla luce dell'istruttoria eseguita, le condizioni per l'esercizio dei poteri speciali di cui all'art. 2, comma 2 del d.l. n. 21/2012, imponeva a **Retelit** specifiche condizioni e prescrizioni, quali la garanzia della continuità del servizio e della funzionalità della rete, l'elaborazione di programmi industriali e impiego di adeguati investimenti, la tutela della sicurezza fisica e logica della rete.

Con atto della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 9 agosto 2018, impugnato con il ricorso n. 12583 del 2018, era avviato il procedimento per l'eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 2, comma 4, d.l. n. 21/2012, in ragione della tardiva notifica dell'operazione societaria da parte di **Retelit** rispetto ai termini previsti dalla legge.

Con successivo d.P.C.M. del 30 novembre 2018, gravato con il ricorso nrg. 1638 del 2019, si concludeva il procedimento sanzionatorio con l'irrogazione a **Retelit** una sanzione pecuniaria pari a 140.137,15 euro. Nel suddetto provvedimento si precisava che l'esistenza dell'obbligo di notificare l'operazione societaria era stata già accertata con il d.P.C.M. del 7 giugno 2018, esecutivo benché oggetto di impugnazione in giudizio innanzi a questo Tribunale.

Tanto premesso in relazione al quadro legislativo e regolamentare che disciplina la fattispecie e alle fasi procedurali che hanno condotto all'adozione degli atti impugnati, si rileva la fondatezza della censura, di carattere preliminare e assorbente, relativa al difetto di competenza del soggetto che ha adottato il parere AgCom relativo alla inquadrabilità degli attivi di **Retelit** tra quelli strategici nel settore delle comunicazioni.

Il parere in questione è stato espressamente richiesto dall'Amministrazione nel corso del procedimento e ha costituito un contributo decisivo per l'analisi della sussistenza del presupposto oggettivo per l'esercizio dei poteri speciali.

In proposito, non risulta confermata l'asserzione presente nelle difese dell'Amministrazione, secondo cui l'istruttoria ministeriale si sarebbe svolta a prescindere dalla "relazione tecnica" stilata dall'AgCom, comunque non obbligatoria ai fini del procedimento.

In primo luogo, deve escludersi che la nota Agcom possa costituire una mera "relazione tecnica", in quanto essa presenta il contenuto tipico del parere tecnico rilasciato all'esito dell'esercizio della funzione consultiva, con cui, dopo una disamina degli attivi nella disponibilità di **Retelit**, è stato formulato un giudizio di sussumibilità di tali *asset* tra quelli strategici. Il terzo e conclusivo paragrafo della nota, infatti, è formulato nei seguenti termini: *"Alla luce degli atti e delle informazioni acquisiti si ritiene che Retelit disponga di assets strategici, da intendersi come attivi di rilevanza strategica nel settore delle comunicazioni, atteso che risulta proprietaria o comunque di avere nella disponibilità, in misura quantitativamente apprezzabile e strategicamente rilevante, reti metropolitane (MAN) in fibra ottica, router e la rete di backbone per trasporto nazionale e internazionale, così come sopra descritto. Parimenti, di interesse strategico risultano le risorse correlate cui si è fatto riferimento"*.

Il parere, poi, benché non obbligatorio, ha rivestito una importanza centrale per l'accertamento dell'esistenza del presupposto oggettivo per l'esercizio dei poteri speciali, come si evince dalla circostanza che, oltre a essere espressamente citato tra i contributi di cui si è tenuto conto nell'istruttoria, il suo contenuto è stato pressoché

fedelmente trascritto, tanto nella parte “descrittiva” che in quella finale “valutativa”, sia nella proposta del MISE del 7 giugno 2018 che nel provvedimento finale.

In sostanza, gli attivi di **Retelit** sono stati ritenuti dall’amministrazione riconducibili a quelli strategici individuati dalla fonte regolamentare in adesione alle valutazioni tecniche espresse dall’AgCom.

Tuttavia, il parere in questione è stato rilasciato dal Segretario Generale, soggetto che risulta privo del potere di adottare atti di siffatta natura.

La legge 31 luglio 1997, n. 249, istitutiva dell’Autorità, individua all’art. 1, comma 3, tra gli organi dell’AgCom il “consiglio”, composto dal presidente e da tutti i commissari. Nel fissare le competenze spettanti a ciascun organo, il comma 6, lett. c), punto 14 statuisce che il consiglio “*esercita tutte le altre funzioni e poteri previsti nella legge 14 novembre 1995, n. 481, nonché tutte le altre funzioni dell’Autorità non espressamente attribuite alla commissione per le infrastrutture e le reti e alla commissione per i servizi e i prodotti?*”. Il successivo comma 7 dell’art. 1 prevede che le competenze indicate al precedente comma 6 “*possono essere ridistribuite con il regolamento di organizzazione dell’Autorità di cui al comma 9*”.

Il regolamento dell’AgCom assegna al Segretario Generale una serie di compiti, compendiate all’art. 9, secondo cui egli risponde del complessivo funzionamento della struttura, assicura il coordinamento dell’azione amministrativa e vigila sulla efficienza e sull’efficacia delle Direzioni e dei Servizi dell’Autorità.

Come rilevato dalla parte ricorrente, non sono presenti disposizioni regolamentari che attribuiscono al Segretario Generale il potere di rilasciare pareri; di contro, il potere in questione risulta tra quelli generali rimessi alla competenza deliberativa del Consiglio.

Non è condivisibile, pertanto, l’affermazione della difesa erariale secondo cui il Segretario Generale poteva rilasciare la nota “*sia in quanto organo dotato del potere di esternare gli atti dell’AGCom sia in quanto soggetto delegato alla relativa adozione*”.

Da un lato, non risulta né nella nota AgCom né da altro atto versato in giudizio che il Segretario si sia limitato ad esternare il contenuto di un atto adottato dal soggetto competente (il Consiglio); dall'altro, è indimostrata la circostanza che il Segretario fosse stato delegato alla adozione del parere, né, più in generale, che una siffatta delega potesse essere rilasciata sulla base delle delibere a contenuto organizzativo dell'Autorità.

Dunque, alla luce della documentazione offerta in giudizio, deve concludersi che l'istruttoria svolta dall'Amministrazione è viziata per essersi basata, in relazione alla verifica della sussistenza del presupposto oggettivo della "strategicità" degli attivi nella disponibilità di **Retelit**, su di un parere dell'AgCom rilasciato da un soggetto privo della competenza ad adottarlo.

Ne consegue l'accoglimento del ricorso n. 9448 del 2018 e l'annullamento del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 7 giugno 2018, con il quale sono stati esercitati i poteri speciali in assenza di una valida istruttoria circa l'esistenza del presupposto oggettivo per l'applicazione della disciplina del d.l. n. 21/2012.

Anche il successivo procedimento sanzionatorio, avviato sull'errato presupposto dell'avvenuto accertamento della sussistenza dell'obbligo da parte di **Retelit** di notificare la propria delibera consiliare, in quanto incidente sulla disponibilità *asset* strategici, risulta viziato. Donde la fondatezza del ricorso n. 1638 del 2019 con cui è impugnato il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 30 novembre 2018, avuto riguardo alla censura sollevata da parte ricorrente relativa all'assenza dei presupposti necessari per esercitare il potere sanzionatorio, vale a dire l'individuazione di attività strategiche in capo a **Retelit**.

Deve essere, invece, dichiarato inammissibile il ricorso n. 12583 del 2018, in quanto ha ad oggetto un atto (l'avvio del procedimento sanzionatorio disposto dalla Presidenza del Consiglio dei ministri il 9 agosto 2018) di natura endoprocedimentale e quindi privo di autonoma portata lesiva.

Le spese del giudizio, considerata la novità delle questioni trattate, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando:

- accoglie il ricorso n. 9448 del 2018 e, per l'effetto, annulla il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 7 giugno 2018;
- dichiara inammissibile il ricorso n. 12583 del 2018;
- accoglie il ricorso n. 1638 del 2019 e, per l'effetto, annulla il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 30 novembre 2018.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio tramite videoconferenza del giorno 20 luglio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Roberta Ravasio, Consigliere

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Lucia Maria Brancatelli

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO