

DELIBERA N. 97/20/CIR

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA MNET S.R.L. (OGGI MYNET S.R.L.), OPEN FIBER S.P.A. E INFRATEL ITALIA S.P.A. AI SENSI DEL REGOLAMENTO DI CUI ALLA DELIBERA N. 449/16/CONS E DEL D. LGS. N. 33/2016 IN TEMA DI ACCESSO ALLE INFRASTRUTTURE UTILIZZABILI PER L'INSTALLAZIONE DI ELEMENTI DI RETI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA AD ALTA VELOCITÀ

L'AUTORITÀ

NELLA riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 27 febbraio 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*”, di seguito denominata *Autorità*;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”, come modificato, da ultimo, dal decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70, 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 direttiva n. 2014/61/UE, del 15 maggio 2014, del Parlamento Europeo e del Consiglio recante “*Misure volte a ridurre i costi dell’installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità*”, di seguito denominato *Direttiva*;

VISTO il decreto legislativo 15 febbraio 2016, n. 33, recante “*Attuazione della direttiva 2014/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante misure volte a ridurre i costi dell’installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità*”, di seguito denominato *Decreto*;

VISTO il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 recante “*Codice dei contratti pubblici*”;

VISTA la delibera n. 622/11/CONS, del 22 novembre 2011, recante “*Regolamento in materia di diritti di installazione di reti di comunicazione elettronica per collegamenti dorsali e ubicazione e condivisione di infrastrutture*”;

VISTA la delibera n. 120/16/CONS, del 7 aprile 2016, recante “*Linee guida per le condizioni di accesso wholesale alle reti a banda ultra larga destinatarie di contributi pubblici*”;

VISTO la delibera n. 449/16/CONS, del 4 ottobre 2016, recante «*Modifiche e integrazioni del “Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori” di cui all’allegato A alla delibera n. 226/15/CONS*», di seguito denominato *Regolamento*;

VISTO l’articolo 2 del decreto legge 30 dicembre 2019, n. 162, recante “*Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica*”, ai sensi del quale “*All’articolo 7, comma 1, del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 132, le parole «fino a non oltre il 31 dicembre 2019» sono sostituite dalle seguenti: «fino a non oltre il 31 marzo 2020»*”;

CONSIDERATO quanto segue:

Sommario

1	Il procedimento	2
2	Il fatto	3
3	Le argomentazioni delle parti	5
3.1	La posizione di MyNet.....	5
3.2	La posizione di OF.....	10
3.3	La posizione di Infratel	12
4	Valutazione istruttoria	12
4.1	Eccezione di rito	12
4.2	Quadro normativo e contrattuale	13
4.3	Conclusioni dell’Autorità.....	15

1 Il procedimento

Mnet S.r.l.(oggi MyNet S.r.l., nel seguito MyNet) con nota del 2 aprile 2019, integrata dalla ulteriore documentazione inviata in data 2 aprile 2019, ha inviato all’Autorità un’istanza nei confronti della società Open Fiber S.p.A. (nel seguito Open Fiber/OF) ed Infratel Italia S.p.A. (nel seguito Infratel) ai sensi della delibera n. 449/16/CONS e del decreto legislativo n. 33/2016 in materia di accesso alle infrastrutture utilizzabili per l’installazione di elementi di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità.

Tale istanza veniva inviata per conoscenza ad OF e Infratel. Nelle more dell’avvio del procedimento, in data 15 aprile 2019 OF inviava una replica all’istanza di MyNet e, in risposta a questa, MyNet inviava una propria nota in data 19 aprile 2019.

Valutata la suddetta istanza ammissibile, la Direzione reti e servizi di comunicazioni elettroniche dell’Autorità (la Direzione), ai sensi dell’articolo 15 del Regolamento, dava

avvio alla procedura, convocando MyNet ed OF per la prima udienza di comparizione il 27 maggio 2019.

In data 27 maggio 2019 si teneva l'udienza delle Parti, come da verbale redatto.

La Direzione, nel corso della suddetta udienza, preso atto del fatto che non erano presenti margini di conciliazione, su espressa richiesta delle Parti, ha assegnato un termine di sette giorni lavorativi ad OF per il deposito di una memoria difensiva e, a seguire, altri sette giorni a MyNet per una replica.

In data 3 giugno 2019, OF inviava la memoria di replica all'istanza di MyNet.

In data 10 giugno 2019 MyNet inviava la propria replica.

La Direzione, in data 4 luglio 2019, al fine di completare l'istruttoria, ha convocato MyNet, OF ed Infratel, per una seconda e conclusiva udienza il giorno 16 luglio 2019.

Nelle more della seconda udienza, in data 11 luglio 2019, MyNet inviava una memoria. Parimenti, OF inviava una propria memoria in data 11 luglio 2019.

In data 16 luglio 2019 si teneva l'udienza con le Parti, come da verbale redatto.

In data 10 febbraio 2020 OF ha inviato all'Autorità una nota di aggiornamento sullo stato di completamento dei lavori nel Comune di [omissis].

Tale nota è stata inviata da OF anche alle controparti in data 12 febbraio 2020.

Mynet, in riscontro alla nota suddetta, ha inviato una propria replica in data 27 febbraio 2020.

Tanto premesso, verificata l'impossibilità di raggiungere un accordo bonario della controversia ed acquisiti tutti i necessari elementi istruttori la Direzione ha trasmesso, ai sensi dell'art. 20, comma 7 del Regolamento, gli atti del presente procedimento alla Commissione per le infrastrutture e le reti per le determinazioni di competenza.

2 Il fatto

MyNet è un operatore di rete autorizzato, tra l'altro, alla installazione e fornitura di reti pubbliche di comunicazione sull'intero territorio nazionale, particolarmente attivo nella installazione di reti in fibra ottica, di cui è titolare per oltre [omissis] di cavi posati in Italia.

Il Comune di [omissis] anch'esso raggiunto dalla fibra ottica di MyNet, rientra tra i comuni italiani in aree bianche oggetto del primo bando Infratel per la costruzione, manutenzione e gestione di una rete in fibra ottica a banda Ultra Larga di proprietà pubblica, aggiudicato al concessionario OF.

OF è operatore di rete ai sensi del Decreto e, in base al contratto di concessione conseguente alla aggiudicazione di gara pubblica, è concessionario della progettazione, costruzione, manutenzione e gestione di una infrastruttura finanziata con intervento diretto pubblico.

Infratel è una società in-house del Ministero dello Sviluppo Economico (MISE), soggetto attuatore del Piano nazionale Banda Larga e del Progetto strategico Banda Ultra

Larga (BUL). Infratel è “organismo di diritto pubblico” cui spetta la proprietà della infrastruttura realizzata dall’operatore di rete OF.

Il Comune di [omissis] è interessato dalla realizzazione di una rete FTTH per il rilegamento di 822 unità immobiliari che, in concessione ventennale a OF, come detto rimarrà, decorso tale termine, di proprietà di Infratel.

MyNet ha specificato di voler accedere alle infrastrutture fisiche esistenti nella tratta sita nel Comune di [omissis] per posarvi un cavo da [omissis] fibre, ad integrazione della propria rete in fibra ottica già realizzata nel territorio di tale Comune.

MyNet ha inviato ad OF e ad Infratel, in data 2 ottobre 2018, la prima richiesta di accesso ai dati relativi ad opere di genio civile in corso o programmate da OF per una serie di tratte in determinati Comuni, ivi incluso il Comune di [omissis], ai fini del coordinamento delle stesse ai sensi dell’art. 5 del Decreto, relativi ad opere di genio esistenti sulla suddetta tratta.

Nonostante nella risposta datata 26 novembre 2018 OF abbia asserito la tardività della domanda di accesso ai sensi del Decreto, MyNet, in data 27 novembre 2018, ha trasmesso, ai sensi dell’art. 3 del Decreto, ad OF e ad Infratel una manifestazione di interesse per l’accesso alle infrastrutture fisiche esistenti nella tratta nel Comune [omissis], MyNet, nella stessa nota, ribadiva ad OF ed Infratel il proprio interesse per l’accesso alle infrastrutture fisiche esistenti nella tratta del Comune di [omissis] già indicata nella precedente richiesta chiedendo, contestualmente, di avviare, nei termini più brevi possibili, le ispezioni e i sopralluoghi congiunti presso le infrastrutture di interesse, non avendo ricevuto alcuna informazione necessaria a consentirle di esercitare i propri diritti di operatore di comunicazioni elettroniche, poiché nessun dettaglio sulla infrastruttura di specifico interesse era stato reso disponibile da OF o da Infratel sui propri siti *web*.

Non avendo OF replicato alla suddetta richiesta di accesso alle infrastrutture civili nella detta tratta nel Comune di [omissis], MyNet ha ripresentato la richiesta in data 1° febbraio 2019.

Entrambe le richieste di MyNet del 27 novembre 2018 e del 1° febbraio 2019 rimanevano tuttavia, a quanto asserito da MyNet, prive di riscontro sia da parte di OF sia da parte di Infratel.

In data 26 marzo 2019 MyNet ha effettuato, a sua cura, un sopralluogo ed alcuni rilievi fotografici della infrastruttura BUL lungo il tracciato di interesse, ritenendo, da quanto emerso da tale sopralluogo, che i lavori nel cantiere di interesse potessero considerarsi conclusi anche se, invece, risultavano ancora “aperti” sul sito *web* di OF.

L’infrastruttura effettivamente realizzata sul tracciato di interesse di MyNet lungo la strada di interesse va dal [omissis].

Essendo trascorsi i due mesi di tempo previsti dal Decreto per fornire un eventuale diniego motivato, MyNet si è rivolta all’Autorità, con l’istanza del 2 aprile 2019, affinché la stessa definisca in modo vincolante la controversia in questione richiedendo di:

- I. accertare e dichiarare che la condotta di OF e/o Infratel è contraria agli obblighi vigenti ed al corrispondente diritto dell’operatore di rete MyNet di accedere alle

infrastrutture fisiche indicate per la posa della propria fibra ottica [omissis], giusta concessione di diritti IRU per 15 anni [omissis] dell'infrastruttura BUL installata lungo il tracciato richiesto e meglio definito con le informazioni acquisite da MyNet sul campo o, in subordine, altra modalità di accesso atta a soddisfare le finalità indicate;

- II. disporre l'ispezione in loco, congiuntamente tra le parti, mediante loro tecnici, degli elementi delle infrastrutture interessate dalla richiesta di MyNet, anche ai fini dell'individuazione delle specifiche modalità di accesso;
- III. alla luce delle relative risultanze, stabilire modalità tecniche e condizioni, anche economiche, per il suddetto accesso, in conformità ai criteri indicati dalla normativa e regolamentazione applicabile.

Nelle more dell'avvio del procedimento da parte dell'Autorità, il 15 aprile 2019 OF ha comunicato a MyNet che l'avvio della commercializzazione delle infrastrutture e dei servizi sulla rete pubblica è subordinata al completamento della rete e al suo collaudo tecnico amministrativo da parte del concedente Infratel, non ancora intervenuto in ragione del fatto che nel Comune di [omissis] la rete era ancora in corso di realizzazione.

Con nota del 19 aprile 2019, MyNet ha respinto la giustificazione fornita da OF in relazione al diniego di fornire l'accesso all'infrastruttura, posto che la stessa, a suo avviso, era stata completata. A tale riguardo MyNet evidenzia che il pieno collaudo, quale presupposto per consentire l'accesso, non appare essere previsto da Infratel nella disposizione di cui al punto 4 della *“Concessione agli operatori di comunicazione elettronica di infrastrutture per lo sviluppo di reti di telecomunicazioni ultrabroadband BACKHAULING 2019”*, la quale prevederebbe che l'offerta di diritti di uso sulle infrastrutture riguardi anche quelle *“in corso di realizzazione”*.

3 Le argomentazioni delle parti

3.1 La posizione di MyNet

Preliminarmente, per quanto concerne il rito, va osservato che MyNet in sede di udienza - tenutasi il 27 maggio 2019 - ha rilevato l'assenza di Infratel, ritenendo la sua presenza necessaria in quanto concedente della rete passiva a Banda Ultralarga di cui fanno parte le tratte oggetto della richiesta di accesso di MyNet. Nella successiva memoria del 10 giugno 2019 MyNet ribadiva quanto già dichiarato in sede di udienza e chiedeva all'Autorità di integrare il contraddittorio convocando anche Infratel, *“tenuto conto del suo ruolo di concedente con riferimento alle procedure di gara per l'affidamento della concessione di costruzione, manutenzione e gestione della rete passiva a banda ultralarga di proprietà pubblica sita nelle aree bianche”*.

Nel merito MyNet ha osservato quanto segue.

Nell'istanza introduttiva del 2 aprile 2019 MyNet, nel ripercorrere gli eventi, ha riportato di aver preliminarmente presentato a OF/Infratel, in data 2 ottobre 2018, istanza di coordinamento, ai sensi dell'art. 5 del Decreto (non oggetto comunque del presente contenzioso), per la realizzazione di opere di genio civile, in corso o programmate da OF per una serie di tratte in alcuni Comuni, ivi incluso il Comune di [omissis], oggetto di

questo contenzioso. Il 26 novembre 2018, OF riscontrava tale richiesta asserendo la tardività della domanda ai sensi dell'art. 5, comma 2, lett. c) del decreto, con riguardo ad una serie di tratte e Comuni, ivi inclusa la tratta indicata nel Comune di [omissis].

MyNet ritiene che il termine dell'art. 5 del Decreto, richiamato da OF, debba considerarsi ordinatorio (e non perentorio) e che pertanto OF avrebbe dovuto soddisfare la domanda di MyNet per il coordinamento delle opere di genio civile in relazione a tratte per le quali i lavori non erano ancora iniziati o, se iniziati, per i quali non si creavano interferenze e/o ritardi. A tale proposito MyNet lamenta, per ragioni imputabili esclusivamente ad OF/Infratel, la mancata tempestività delle informative necessarie e prodromiche a consentire ai terzi (nel caso, MyNet) di valersi del diritto di condivisione delle opere di genio civile.

Nelle more del completamento del SINFI (“*Sistema informativo nazionale federato delle infrastrutture*”), non ancora pienamente operativo, l'art. 4 del Decreto conferisce agli operatori di rete il diritto di rivolgersi direttamente ai gestori delle infrastrutture fisiche e agli operatori di rete per ottenere informazioni quali ubicazione e tracciato, tipo e uso attuale, punto di contatto, circa le relative infrastrutture, e il diritto di ispezioni congiunte *in loco* su specifici elementi delle infrastrutture, cui corrisponde l'obbligo di soddisfare ogni ragionevole richiesta scritta in tal senso “*entro un mese*”. Tali diritti sono funzionali a rendere effettivo e possibile l'esercizio dei diritti di accesso alle infrastrutture fisiche esistenti attribuiti dall'art. 3 del medesimo Decreto.

Ai sensi del citato art. 3, gli operatori di rete che facciano richiesta scritta di installare elementi di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità hanno diritto di accedere alle infrastrutture fisiche di altri operatori di rete e gestori di infrastrutture fisiche nel rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione, equità e ragionevolezza (cfr. art. 3, comma 2, art. 3 comma 6 e art. 9 del Decreto).

Il 27 novembre 2018, pur contestando l'interpretazione/applicazione delle norme sul coordinamento delle opere di genio civile fornita da OF, poiché la stessa aveva ommesso gli avvisi necessari a rendere effettivo il diritto alla condivisione degli scavi, MyNet prendeva atto che la tratta era già completata e, pertanto, presentava ad OF ed Infratel una manifestazione di interesse ai sensi dell'art. 3 del Decreto, per l'accesso alle infrastrutture fisiche esistenti nella tratta nel Comune di [omissis] indicata nella precedente richiesta, [omissis]. Contestualmente, MyNet chiedeva, ai sensi dell'art. 4 del Decreto di avviare, nei termini più brevi possibili, le ispezioni e i sopralluoghi congiunti presso le infrastrutture di interesse per acquisire le informazioni necessarie all'accesso.

MyNet ha dichiarato, nel corso della seconda udienza, di aver presentato domanda per ottenere informazioni sull'infrastruttura, nonché richiesta di un'ispezione congiunta per conoscere lo stato dell'infrastruttura ai sensi dell'art. 4 del Decreto medesimo, senza ricevere ad oggi nessun riscontro. OF avrebbe, infatti, solo fornito una generica disponibilità nel corso del presente procedimento.

Con riferimento all'istanza presentata all'Autorità MyNet ha precisato che, a seguito della presentazione della domanda di accesso ad OF/Infratel, sono trascorsi -senza

un riscontro formale¹ - i due mesi stabiliti dal Decreto, entro i quali OF e/o Infratel avrebbero dovuto esplicitare per iscritto gli eventuali motivi del rifiuto d'accesso (tra quelli tassativamente ammessi dall'art. 3, comma 4, del Decreto, in relazione ai quali comunque non sussisterebbero neppure i presupposti nel caso di specie).

MyNet nella propria memoria lamenta l'assenza del riscontro alla richiesta di accesso, come previsto dal Decreto, e, per l'effetto, la violazione degli obblighi di fornire accesso alla infrastruttura BUL in conformità alla normativa applicabile.

Nella successiva memoria del 10 giugno 2019 - in risposta a quella notificata da OF il 3 giugno 2019 - MyNet ribadiva quanto già dichiarato nella memoria introduttiva e in sede di udienza e, nello specifico, chiedeva nuovamente all'Autorità di avere accesso alle informazioni minime di dettaglio sulla tratta interessata dalla richiesta di accesso, di consentire l'ispezione congiunta in loco delle suddette infrastrutture, di obbligare le convenute a consentire immediatamente a MyNet l'accesso a condizioni economiche conformi ai criteri indicati dalla normativa e regolamentazione applicabile e richiamata nell'istanza di definizione della controversia, di dichiarare la ricevibilità dell'istanza di accesso di MyNet e di disporre l'accoglimento, subordinando l'effettività dell'accesso alla condizione sospensiva costituita dall'esito positivo del collaudo.

MyNet ha specificato la tipologia di intervento presso l'infrastruttura indicata che intende svolgere. Ipotizzando la presenza di un fascio di N minitubi direttamente interrati, MyNet ha chiarito che intende accedere, nella tratta in questione, [omissis], come meglio dettagliato con i rilievi fotografici sull'effettiva ubicazione delle infrastrutture di OF/Infratel che MyNet ha effettuato, preliminarmente, a sua cura sul campo [omissis].

MyNet rileva che né OF né Infratel hanno riscontrato l'istanza del 27 novembre 2018 prima della nota pervenuta il 15 aprile 2019, né hanno fornito i riscontri necessari sul tracciato o consentito l'ispezione congiunta delle infrastrutture in parola; eppure, come documentato con i citati sopralluoghi esterni effettuati da MyNet, l'opera sulla tratta di interesse risulterebbe di fatto realizzata e le infrastrutture in parola esistono da novembre 2018. Per tali ragioni MyNet ha presentato l'istanza per la risoluzione della controversia all'Autorità.

MyNet, in diritto, replica alla tesi di OF che, sulla base di una specifica previsione del bando di gara (che stabilisce che con il collaudo inizia la gestione e partono gli obblighi del concessionario), asserisce di non disporre della gestione della rete e, conseguentemente, di non poter avviare la commercializzazione, né consentire l'ispezione in loco, o dare informazioni sull'infrastruttura, o anche solo ricevere la

¹ In caso di rifiuto o decorso inutilmente il termine di 60 giorni dalla domanda, ci si può rivolgere all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, quale "organismo competente alla risoluzione delle controversie tra operatori di rete e gestori di infrastrutture fisiche o tra operatori di rete" per chiedere una decisione vincolante estesa anche a condizioni e prezzo. L'Autorità, in virtù del combinato disposto dell'art. 3 comma 6 e dell'art. 9 del Decreto e del Regolamento di cui alla delibera 449/16/CONS, è tenuta a decidere secondo criteri di equità e ragionevolezza, nel rispetto del principio di proporzionalità e "nel termine più breve possibile", e in ogni caso "entro due mesi dalla data di ricevimento della richiesta completa".

domanda di MyNet. Ad avviso di MyNet questa tesi non è sostenibile, ed è infondata in diritto e in fatto.

In diritto in quanto la ragione del rifiuto all'accesso opposto da OF alla richiesta di MyNet (fino alla conclusione delle procedure di collaudo e non prima dell'inizio del 2020) non rientra nei casi contemplati come motivo di rifiuto dal Decreto che è norma primaria che prevale sulle disposizioni del bando e della concessione. Si tratta di precisi e inderogabili obblighi di legge, che discendono peraltro da norme comunitarie. Il rifiuto contestato ostacola l'uso condiviso dell'infrastruttura e ritarda lo sviluppo della rete ad alta velocità in fibra di MyNet, in pregiudizio agli obiettivi del Decreto e all'interesse degli utenti finali. MyNet, peraltro, in assenza di informazioni richieste, non è messa nemmeno nella condizione di valutare se realizzare o meno altra infrastruttura per posare la sua fibra, né di fare affidamento sulla priorità maturata vista la richiesta presentata a fine 2018. Anche dal punto di vista regolamentare la delibera n.120/16/CONS recante *“Linee guida per le condizioni di accesso wholesale alle reti a banda ultra larga destinatarie di contributi pubblici”* richiama espressamente il Decreto come prevalente. MyNet cita la parte dell'Allegato 2, paragrafo 3 della suddetta delibera: *“.....Ciò premesso, l'Autorità ritiene opportuno chiarire che il concessionario è tenuto a fornire ai terzi richiedenti i seguenti servizi wholesale passivi: Servizio di accesso alle infrastrutture di posa di nuova realizzazione: il concessionario dovrà concedere, senza limiti di tempo, il diritto di uso delle infrastrutture di posa realizzate con finanziamenti pubblici”* e la nota n. 8: *“Per le eventuali infrastrutture di posa già esistenti si applicheranno le previsioni della direttiva 61/2014/UE così come recepita dal decreto legislativo n. 33/2016”*.

In fatto MyNet osserva quanto segue.

In vista dell'udienza del 16 luglio 2019, MyNet ha osservato di essere venuta a conoscenza del fatto che OF, in assenza del previo collaudo, ha già siglato accordi e sta finalizzando accordi con altri operatori per la commercializzazione di servizi di accesso *wholesale* alle infrastrutture dalla stessa realizzate nelle aree bianche C&D.

In particolare, MyNet ha affermato di aver appreso che OF ha già reso disponibile, prima del collaudo (anche in cantieri aperti), l'accesso alla fibra spenta, sia pur solo in via sperimentale (con una sorta di anticipazione dell'IRU). Viceversa, ha dichiarato di non poter in alcun modo consentire, prima di un mese dal collaudo, l'accesso al [omissis] richiesto da MyNet (neanche, quindi, in via sperimentale).

In ordine a tali sperimentazioni MyNet evidenzia che il cantiere di Campagnano di Roma è ancora in stato di *“aperto”* (OF) / *“in esecuzione”* (Infratel), esattamente come il cantiere nel Comune di [omissis], oggetto del presente contenzioso.

Alla luce di tali evidenze, MyNet ritiene infondata la tesi di OF secondo la quale la stessa non potrebbe avviare la commercializzazione di servizi di accesso (o in qualsiasi modo fornire l'accesso richiesto) all'infrastruttura già realizzata nel Comune di [omissis] fino a un mese dopo il collaudo delle infrastrutture dell'area, poiché smentita dalla stessa condotta e dichiarazioni di OF.

MyNet, pertanto, oltre alle violazioni di cui sopra, ossia del diritto di accesso alle infrastrutture in parola di cui agli art. 3 e 4 del Decreto, nonché degli obblighi di

trasparenza, equità, ragionevolezza, che incombono su OF e Infratel, evidenzia anche una violazione del principio di non discriminazione.

MyNet ribadisce che quel tratto per cui richiede l'accesso è sito nelle cd. "aree C & D" finanziate da Infratel con risorse pubbliche, e che i relativi lavori sono stati terminati da oltre 6 mesi, per cui OF, quale realizzatore e gestore dell'infrastruttura fisica di interesse di MyNet, e Infratel, cui spetta la proprietà della stessa, non possono sottrarsi dal concedere l'accesso e le informazioni ad esso propedeutiche, né dilazionarlo oltre senza violare il Decreto e frustrarne gravemente gli obiettivi.

MyNet pertanto ritiene che, per le ragioni chiarite nella propria nota del 19 aprile 2019, attendere la realizzazione del collaudo non è un presupposto per *non concedere accesso oggi, né per rinviare il relativo accordo in pregiudizio alla priorità maturata ai fini dell'uso delle risorse*.

MyNet fa presente inoltre che, per la tratta in questione, mancano le informazioni propedeutiche e relative all'infrastruttura e alle condizioni di accesso. La mancata specificità della domanda di accesso, evidenziata da OF, ai sensi dell'art. 3 del decreto, quindi, non sussiste perché per dettagliarla servivano le informazioni che OF e Infratel non hanno fornito.

MyNet chiede che, in ogni caso, da subito vengano rese disponibili le informazioni di dettaglio sulle infrastrutture realizzate e/o consentita allo scopo l'ispezione congiunta delle medesime e definite le condizioni d'accesso².

In conclusione, secondo MyNet, gli obblighi di accesso e trasparenza dalla stessa invocati non decorrono dal collaudo ma già sussistono in forza del Decreto. Ad avviso di MyNet i minitubi non sono peraltro oggetto di autonomo collaudo e, in ogni caso, la posa in essi della fibra non può pregiudicarne l'esito.

In subordine MyNet richiede di poter almeno avere la possibilità di condurre una sperimentazione sulla tratta di interesse nel comune di [omissis] mediante accesso al minitubo o alla fibra spenta per consentire l'allaccio ai clienti di MyNet³.

Nel corso del procedimento MyNet ha ribadito le proprie richieste specificandole nel modo qui di seguito riportato:

- a) di convocare come parte convenuta nella presente controversia anche Infratel come da istanza di MyNet e da memoria di Open Fiber⁴;
- b) di obbligare OF/Infratel a consentire sin d'ora l'accesso di MyNet alle infrastrutture fisiche indicate per la posa della propria fibra ottica [omissis] giusta concessione di diritti IRU per 15 anni su [omissis]
- c) di obbligare OF/Infratel a consentire sin d'ora l'accesso di MyNet alle infrastrutture dianzi indicate, nelle modalità alternative determinate dall'Autorità;

² OF, nel corso dell'audizione del 27 maggio 2019, si è resa disponibile, in via collaborativa, a fornire le informazioni relative alle infrastrutture oggetto della presente controversia.

³ A tale proposito OF ha ribadito che la sperimentazione sul comune di [omissis] non è al momento prevista.

⁴ Tale istanza è stata poi ritirata da MyNet in quanto l'Autorità ha convocato Infratel integrando così il contraddittorio.

- d) in subordine, rispetto a “b)” e “c)”, dichiarare la ricevibilità dell’istanza di accesso di MyNet (a valere anche quale priorità nella assegnazione delle infrastrutture di cui in oggetto) e disporre l’accoglimento subordinando l’effettività dell’accesso alla condizione sospensiva costituita dall’esito positivo del collaudo;
- e) in ogni caso, di obbligare OF/Infratel a fornire immediatamente a MyNet e all’Autorità, nel corso del presente procedimento, le informazioni di dettaglio sulle infrastrutture interessate dalla richiesta di accesso e sul relativo stato di occupazione (avuto riguardo alla data della richiesta di MyNet), e a disporre l’ispezione in loco, in maniera congiunta tra le parti mediante loro tecnici, eventualmente alla presenza di un funzionario dell’Autorità, anche ai fini dell’individuazione delle specifiche modalità di accesso;
- f) di stabilire modalità tecniche e condizioni, anche economiche, per l’accesso, in conformità ai criteri indicati dalla normativa e regolamentazione applicabile richiamata nell’istanza di definizione della controversia e disporre che tale accesso sia consentito nel termine più breve possibile.

Mynet, in riscontro alla nota di OF del 12 febbraio 2020, ha fatto presente che OF ha rinviato a data indeterminata ogni possibilità di soddisfare la richiesta di accesso di Mynet, per impedimenti di terzi che, benché non relativi alla tratta di interesse, impedirebbero il collaudo del complesso delle infrastrutture realizzate da OF nel Comune di [omissis]. MyNet ha precisato che occorre distinguere tra momento della consegna delle opere realizzate, che può precedere il collaudo stesso, e il collaudo, che costituisce la verifica della correttezza e regolarità della esecuzione delle opere, che dà diritto al saldo finale a favore dell’appaltatore e al vincolo della cauzione.

Mynet ha insistito per una pronta definizione della controversia da parte dell’Autorità, ribadendo le proprie ragioni.

3.2 La posizione di OF

OF ha precisato che mentre in alcune aree geografiche (c.d. cluster A e B) essa realizza la propria rete a banda ultralarga investendo risorse proprie e finanziamenti privati (opera quindi come un soggetto privato a tutti gli effetti), nelle aree dei cluster C e D opera in qualità di appaltatore-concessionario per la realizzazione e gestione della rete di proprietà pubblica in seguito all’aggiudicazione dei bandi di gara Infratel BUL 1 e 2, e recentemente anche BUL 3.

Nel rito OF ha rilevato, in sede di prima udienza e nella memoria difensiva del 3 giugno 2019, la necessità di coinvolgere nel procedimento Infratel tenuto conto del suo ruolo di concedente.

OF precisa di aver risposto (con nota del 26 novembre 2018 e del 15 gennaio 2019) alle richieste di condivisione degli scavi - che esulano peraltro dall’oggetto della odierna controversia - indicando puntualmente le tratte per le quali la condivisione era fattibile (ovvero, non tardiva ai sensi dell’art. 5, comma 2 del Decreto n. 33/2016), non ricevendo tuttavia alcun riscontro da MyNet sulle tratte di proprio interesse. Quanto alla successiva richiesta di accesso all’infrastruttura sita nel Comune di [omissis], OF dichiara di

apprendere solo nel corso dell'udienza del 27 maggio 2019 dell'intenzione di posare [omissis], perché inizialmente era stata formulata esclusivamente una generica richiesta di accesso.

OF ha precisato di aver risposto alla richiesta di accesso di MyNet, presentate da MyNet il 27 novembre 2018 ed il 1° febbraio 2019, con nota del 15 aprile 2019 in cui evidenziava che l'avvio della commercializzazione delle infrastrutture e dei servizi sulla rete pubblica è subordinata al completamento della rete ed al suo collaudo tecnico/amministrativo da parte del concedente Infratel, non ancora intervenuto per il Comune di [omissis] in ragione del fatto che la rete è tuttora in corso di realizzazione.

A tal proposito, OF ha evidenziato che solo successivamente all'esito positivo del collaudo della rete da parte di Infratel si potrà avviare la commercializzazione dei servizi. Infatti, secondo OF, solo dopo il collaudo, da parte del committente/concedente (Infratel) che attesti la conformità dell'infrastruttura realizzata a quanto da essa richiesto nella documentazione di gara, l'infrastruttura potrà ritenersi "esistente" e nella disponibilità di OF per avviare il servizio di gestione e manutenzione della rete assicurando, agli operatori che lo richiedono, l'accesso passivo e attivo in modalità *wholesale*. In linea teorica, il collaudo potrebbe infatti evidenziare la non conformità dell'infrastruttura e necessitare di conseguenti interventi di adeguamento.

Ciò peraltro è confermato dai bandi di gara, recepiti nel testo della concessione stipulata tra Infratel e OF, laddove con riferimento alla durata della stessa si dispone che essa partirà: *“dalla data di inizio della gestione degli impianti coincidente con la data del primo collaudo tecnico amministrativo effettuata da Infratel. Al completamento di ogni (macro) area [n.d.r., ovvero, di ogni comune o aggregato di comuni], e a valle del relativo collaudo tecnico amministrativo di Infratel, il Concessionario dovrà avviare il servizio di manutenzione e gestione della rete”* (cfr. ad esempio, Bando di gara BUL Allegato 6 bis).⁵

OF ha comunicato di aver pubblicato, sul proprio sito *web*, in data 24 maggio 2019 le condizioni di accesso alle infrastrutture di posa a cui tutti gli operatori potranno fare riferimento quando verranno aperti alla commercializzazione i Comuni nelle aree bianche (ovvero, i cluster C e D del piano di aiuti di Stato previsto dalla Strategia italiana per la banda larga).

Ribadito il proprio interesse a garantire l'accesso a MyNet, OF si è dichiarata comunque disposta a fornire tutte le informazioni richieste dalla controparte oltre che ad informarla dell'avvenuto collaudo da parte di Infratel.

OF ha, in aggiunta, fa presente che, coerentemente con quanto sopra, gli accordi commerciali citati, con alcuni operatori, sono volti a regolare la fornitura dei servizi sulla Rete Infratel a partire dal collaudo della medesima, e sono sottoscrivibili da qualsiasi operatore interessato, inclusa MyNet.

⁵ Articolo 4. Durata della concessione: “La durata della concessione non può essere superiore ad anni 20 (venti) con decorrenza dalla data di inizio della gestione degli impianti coincidente con la data del primo collaudo tecnico amministrativo effettuata da Infratel Italia. Al completamento di ogni (macro) area, e a valle del relativo collaudo tecnico amministrativo di Infratel Italia, il Concessionario dovrà avviare il servizio di manutenzione e gestione della rete. In ogni caso la scadenza della concessione non può andare oltre, per tutte le aree oggetto della concessione, il 31 dicembre 2037”.

Quanto alla sperimentazione, concordata con il concedente Infratel e comunicata anche all’Autorità, OF ha precisato che essa ha ad oggetto solo alcuni dei servizi che saranno forniti sulla Rete Infratel, e ha come obiettivo principale quello di sperimentare e affinare, anche con riferimento alle mimiche e ai processi tra OF e gli Operatori, le attività di *delivery* e *assurance* in vista dell’avvio della commercializzazione vera e propria. OF ha sottolineato, peraltro, che la sperimentazione è gratuita per tutte le parti (ivi inclusi gli utenti) e che alla stessa possono partecipare tutti gli Operatori interessati. Tuttavia, non è prevista alcuna sperimentazione con riferimento ai servizi di accesso alle infrastrutture di posa.

Si richiama degli Uffici, nel corso dell’udienza del 27 maggio 2019, OF ha fornito indicazioni sulla tempistica per le attività relative al collaudo nella tratta di infrastruttura di interesse.

OF ha precisato che il collaudo della rete non avviene per singole tratte bensì una volta ultimato tutto il comune di riferimento. Il collaudo per il comune di [omissis] risulta pianificato per il terzo quadrimestre di quest’anno (quindi per la fine del 2019). Successivamente al collaudo positivo da parte di Infratel, la commercializzazione dei servizi dovrebbe iniziare entro un mese.

Con nota del 10 febbraio 2020 OF ha informato l’Autorità e le controparti che - ad oggi - il Comune di [omissis] è ancora in fase di lavorazione, in quanto OF è in attesa di ricevere da parte di RFI-Rete Ferroviaria Italiana- l’autorizzazione di attraversamento della ferrovia necessaria per completare la posa della fibra.

3.3 La posizione di Infratel

Infratel non ha depositato memorie nel corso del procedimento, ma ha partecipato all’udienza del 16 luglio 2019.

In tale occasione Infratel è intervenuta facendo presente che l’infrastruttura che si sta realizzando è effettuata con finanziamenti pubblici e può essere resa disponibile solo dopo il collaudo come previsto dal Codice dei contratti pubblici. L’infrastruttura ad oggi non è completata e comunque la stessa non si può considerare disponibile finché non si realizza e si completa la procedura di collaudo che accerta l’idoneità della rete realizzata.

Dalla data del collaudo decorrono tutti gli obblighi in capo al concessionario. Infratel ha osservato che sono aperti migliaia di cantieri con tubazioni in costruzione e che per ciascun’area interessata si attende il collaudo per poterla considerare completa. Risulta improponibile avviare la cessione di parti di rete durante il processo di costruzione della stessa.

4 Valutazione istruttoria

4.1 Eccezione di rito

Sull’eccezione di rito sollevata in corso di prima udienza del 27 maggio 2019 da MyNet e da OF e nelle rispettive memorie del 10 giugno 2019 e del 3 giugno circa la mancata convocazione di Infratel l’Autorità, in accoglimento delle richieste delle parti,

ha convocato Infratel integrando così il contraddittorio. Infratel ha partecipato all'udienza del 16 luglio 2019 senza depositare memorie difensive.

Ciò premesso si passa ad analizzare il merito.

4.2 Quadro normativo e contrattuale

La direttiva 2014/61/UE, recante *“Misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità”* alla premessa 11 specifica che *“intende stabilire determinati obblighi e diritti minimi applicabili in tutta l'Unione per facilitare l'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità...”* e all'art. 1 che il suo fine *“è facilitare e incentivare l'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità promuovendo l'uso condiviso dell'infrastruttura fisica esistente e consentendo un dispiegamento più efficiente di infrastrutture fisiche nuove in modo da abbattere i costi dell'installazione di tali reti”*.

In caso di richiesta di accesso relativa ad una rete finanziata dallo Stato, la direttiva 2014/61/UE prevede quanto segue: *“Le opere civili finanziate interamente o parzialmente con fondi pubblici dovrebbero essere destinate a ottimizzare l'effetto positivo per la collettività ... garantendo pari opportunità di condivisione delle infrastrutture fisiche disponibili e programmate ai fini dell'installazione di reti di comunicazioni elettroniche”*.

La delibera n. 120/16/CONS prevede, in Allegato 2 – Investimento diretto - *Per le eventuali infrastrutture di posa realizzate dal concessionario si applicheranno le previsioni della direttiva 61/2014/UE così come recepita dal decreto legislativo n. 33/2016.*

Il Decreto Legislativo 15 febbraio 2016, n. 33 di *“Attuazione della direttiva 2014/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità”* definisce norme volte a facilitare l'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità promuovendo l'uso condiviso dell'infrastruttura fisica esistente e consentendo un dispiegamento più efficiente di infrastrutture fisiche nuove, in modo da abbattere i costi dell'installazione di tali reti. ...”.

All'art. 3 recante *Accesso all'infrastruttura fisica esistente* prevede che (sono enfatizzati i passaggi di interesse nel caso in oggetto):

- 1. Ogni gestore di infrastruttura fisica e ogni operatore di rete ha il diritto di offrire ad operatori di reti l'accesso alla propria infrastruttura fisica ai fini dell'installazione di elementi di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità.*
- 2. Ove gli operatori di rete presentino per iscritto domanda di installazione di elementi di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità, i gestori di infrastrutture fisiche e gli operatori di rete hanno l'obbligo di concedere l'accesso, salvo quanto previsto dal comma 4, nel rispetto dei principi di trasparenza, non discriminatorietà, equità e ragionevolezza.*
- 3. Alla richiesta scritta è allegata una relazione esplicativa, in cui sono indicati gli elementi del progetto da realizzare, comprensivi di un cronoprogramma degli interventi specifici.*

4. L'accesso può essere rifiutato dal gestore dell'infrastruttura e dall'operatore di rete esclusivamente nei seguenti casi:

- a) l'infrastruttura fisica sia oggettivamente inidonea a ospitare gli elementi di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità;
- b) indisponibilità di spazio per ospitare gli elementi di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità. L'indisponibilità può avere riguardo anche a necessità future del fornitore di infrastruttura fisica, sempre che tali necessità siano concrete, adeguatamente dimostrate, oltre che oggettivamente e proporzionalmente correlate allo spazio predetto;
- c) l'inserimento di elementi di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità sia oggettivamente suscettibile di determinare o incrementa il rischio per l'incolumità, la sicurezza e la sanità pubblica, ovvero minacci l'integrità e la sicurezza delle reti, in particolare delle infrastrutture critiche nazionali di cui al decreto legislativo 11 aprile 2011 n. 61, di recepimento della direttiva 2008/114/CE, recante l'individuazione e la designazione delle infrastrutture critiche europee e la valutazione della necessità di migliorarne la protezione o, ancora, determini rischio di grave interferenza dei servizi di comunicazione progettati con altri servizi erogati mediante la stessa infrastruttura fisica;
- d) siano disponibili, a condizioni eque e ragionevoli, mezzi alternativi di accesso all'ingrosso all'infrastruttura fisica, adatti all'alta velocità.

5. I motivi del rifiuto devono essere esplicitati per iscritto entro due mesi dalla data di ricevimento della domanda d'accesso. In caso di rifiuto, o comunque decorso inutilmente il termine indicato, ciascuna delle parti ha diritto di rivolgersi all'organismo di cui all'articolo 9 per chiedere una decisione vincolante estesa anche a condizioni e prezzo.

6. L'organismo di cui all'articolo 9 decide secondo criteri di equità e ragionevolezza, entro due mesi dalla data di ricezione della richiesta. Il prezzo eventualmente fissato dall'organismo competente per la risoluzione delle controversie è tale da garantire che il fornitore di accesso disponga di un'equa possibilità di recuperare i suoi costi e resti indenne da oneri economici conseguenti e connessi alla realizzazione delle opere necessarie all'accesso. Il prezzo fissato da parte dell'organismo competente di cui all'articolo 9 non copre i costi sostenuti dal gestore dell'infrastruttura, laddove questi siano già riconosciuti nelle eventuali strutture tariffarie volte ad offrire un'equa opportunità di recupero dei costi stessi.

Si richiama, inoltre, che il Decreto definisce:

«infrastruttura fisica»: tutti gli elementi di una rete destinati ad ospitare altri elementi di una rete senza che diventino essi stessi un elemento attivo della rete, quali ad esempio tubature, piloni, cavidotti, pozzi di ispezione, pozzetti, centraline, edifici o accessi a edifici, installazioni di antenne, tralicci e pali. I cavi, compresa la fibra inattiva, gli elementi di reti utilizzati per la fornitura delle acque destinate al consumo umano ai sensi dell'articolo 2, punto 1, della direttiva 98/83/CE del Consiglio, non costituiscono infrastrutture fisiche ai sensi del presente decreto;

L'articolo 9 del Decreto (recante *Organismo di risoluzione delle controversie*), prevede che:

1. Qualora sorga una controversia relativa ai diritti e agli obblighi previsti dagli articoli 3, 4, 5, 6 e 8, ciascuna delle parti può rivolgersi all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, individuato quale organismo competente alla risoluzione delle controversie tra operatori di rete e gestori di infrastrutture fisiche o tra operatori di rete.

2. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, nel pieno rispetto del principio di proporzionalità, adotta una decisione vincolante per risolvere la controversia promossa ai sensi del comma 1, anche in materia di fissazione di termini e condizioni equi e ragionevoli, incluso il prezzo ove richiestane. L'Autorità compone la controversia nel termine più breve possibile e in ogni caso entro due mesi dalla data di ricevimento della richiesta completa.

4. Il prezzo e le condizioni tecniche di accesso eventualmente fissate dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sono tali da garantire che il fornitore di accesso disponga di un'equa possibilità di recuperare i suoi costi e di restare indenne da oneri economici conseguenti e connessi alla realizzazione delle opere necessarie all'accesso.

Nel bando di gara viene indicato quanto segue:

Articolo 4. DURATA DELLA CONCESSIONE

La durata della concessione non può essere superiore ad anni 20 (venti) con decorrenza dalla data di inizio della gestione degli impianti coincidente con la data del primo collaudo tecnico amministrativo effettuata da Infratel Italia. Al completamento di ogni (macro) area, e a valle del relativo collaudo tecnico amministrativo di Infratel Italia, il Concessionario dovrà avviare il servizio di manutenzione e gestione della rete. In ogni caso la scadenza della concessione non può andare oltre, per tutte le aree oggetto della concessione, il 31 dicembre 2037.

4.3 Conclusioni dell'Autorità

Ai sensi del comma 1 dell'art. 3 del Decreto, OF, in qualità di operatore di rete è tenuta, salvo oggettivi impedimenti, ad offrire ad operatori di reti l'accesso alla propria infrastruttura fisica ai fini dell'installazione di elementi di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità.

Sulla base di quanto emerso nel corso del procedimento, il 27 novembre 2018, MyNet presentava ad OF ed Infratel una manifestazione di interesse ai sensi dell'art. 3 del Decreto, per l'accesso alle infrastrutture fisiche esistenti nella tratta nel Comune [omissis]. Contestualmente MyNet chiedeva, ai sensi dell'art. 4 del Decreto, di avviare, nei termini più brevi possibili, le ispezioni e i sopralluoghi congiunti presso le infrastrutture di interesse per acquisire le informazioni necessarie all'accesso.

Quanto alla richiesta di accesso all'infrastruttura sita nel Comune di [omissis], OF dichiara di apprendere solo nel corso dell'audizione del 27 maggio 2019 dell'intenzione di posare [omissis], perché inizialmente era stata formulata esclusivamente una generica richiesta di accesso.

Sulla base di quanto dichiarato, la domanda di MyNet non era stata, inizialmente, dettagliata in quanto la stessa non aveva ottenuto da OF e Infratel le informazioni propedeutiche e relative all'infrastruttura e alle condizioni di accesso. MyNet ha infatti richiesto, nel corso dell'istruttoria, che vengano rese disponibili le informazioni di dettaglio sulle infrastrutture realizzate e/o consentita allo scopo l'ispezione congiunta delle medesime e definite le condizioni d'accesso.

OF, nel corso dell'udienza del 27 maggio 2019, si è resa disponibile, in via collaborativa, a fornire le informazioni relative alle infrastrutture oggetto della presente controversia.

MyNet ha specificato la tipologia di intervento presso l'infrastruttura indicata che intende svolgere. Ipotizzando la presenza di un fascio di N minitubi direttamente interrati, MyNet ha chiarito che intende accedere, nella tratta in questione, [omissis], come meglio dettagliato con i rilievi fotografici sull'effettiva ubicazione delle infrastrutture di OF/Infratel che MyNet ha effettuato, preliminarmente, a sua cura sul campo, [omissis].

OF ha risposto alla richiesta di accesso di MyNet, presentate da MyNet il 27 novembre 2018, con nota del 15 aprile 2019 in cui evidenziava che l'avvio della commercializzazione delle infrastrutture e dei servizi sulla rete pubblica è subordinata al completamento della rete ed al suo collaudo tecnico/amministrativo da parte del concedente Infratel, non ancora intervenuto per il Comune di [omissis] in ragione del fatto che la rete è tuttora in corso di realizzazione.

Decorso il termine dei 2 mesi dalla domanda stabiliti dal Decreto entro i quali OF e/o Infratel avrebbero dovuto esplicitare per iscritto gli eventuali motivi del rifiuto d'accesso (tra quelli tassativamente ammessi dall'art. 3, comma 4) MyNet ha, come premesso, presentato istanza presso l'Autorità.

Il Comune di [omissis], a seguito di consultazione sul sito OF, è elencato nel "Piano cantiere" per il 2018 (anno in cui il Comune è cantierizzato), con tecnologia FTTH, gara 1, lotto 3, fase 1, e risulta in Stato Cantiere APERTO (alla data del 12 febbraio 2020)⁶.

Ciò premesso, l'Autorità prende atto del fatto che l'avvio della commercializzazione delle infrastrutture e dei servizi sulla rete pubblica è subordinata al completamento della rete e al suo collaudo tecnico amministrativo da parte del concedente Infratel, non ancora intervenuto in ragione del fatto che nel Comune di [omissis] la rete era ancora in corso di realizzazione.

⁶ La mappa dei Comuni nelle Aree Bianche raggiunti dalla rete BUL è consultabile all'indirizzo <https://openfiber.it/area-infratel/piano-copertura>. La mappa navigabile mostra nel dettaglio lo stato di avanzamento dei cantieri sia per la tecnologia FTTH che FWA per ogni singolo Comune presente nelle Aree Bianche. In particolare, è possibile consultare (ove disponibile) l'anno in cui il Comune sarà cantierizzato (Piano Cantiere) e l'avanzamento dei lavori (Stato Cantiere: In Progettazione, In Apertura, Aperto, In Chiusura, Lavori Completati, Collaudato, Disponibile agli Operatori) completo di tutte le informazioni (UI, PAC/PAL, Importo OdE, Impresa Esecutrice, Fornitore DL/CSE).

Ciò peraltro è confermato dai bandi di gara, recepiti nel testo della concessione stipulata tra Infratel e OF, laddove con riferimento alla durata della stessa si dispone che essa partirà: *“dalla data di inizio della gestione degli impianti coincidente con la data del primo collaudo tecnico amministrativo effettuata da Infratel. Al completamento di ogni (macro) area [n.d.r., ovvero, di ogni comune o aggregato di comuni], e a valle del relativo collaudo tecnico amministrativo di Infratel, il Concessionario dovrà avviare il servizio di manutenzione e gestione della rete”* (cfr. ad esempio, Bando di gara BUL Allegato 6 bis).⁷

Infratel, a conferma di quanto sopra, è intervenuta nel procedimento facendo presente che l'infrastruttura che si sta realizzando è effettuata con finanziamenti pubblici e può essere resa disponibile solo dopo il collaudo in conformità alle prescrizioni in tema di esecuzione del contratto previste dal Codice dei contratti pubblici- L'infrastruttura ad oggi non è completata e comunque la stessa non si può considerare disponibile finché non si realizza e si completa la procedura di collaudo.

A tal riguardo si ricorda che l'articolo 102 del Codice dei contratti pubblici recante: *“Collaudo e verifica di conformità”* prevede, al comma 2, che *“I contratti pubblici sono soggetti a collaudo per i lavori e a verifica di conformità per i servizi e per le forniture, per certificare che l'oggetto del contratto in termini di prestazioni, obiettivi e caratteristiche tecniche, economiche e qualitative sia stato realizzato ed eseguito nel rispetto delle previsioni e delle pattuizioni contrattuali⁸...”*.

L'Autorità ritiene che l'assenza del collaudo possa configurare uno degli oggettivi impedimenti di cui al comma 4 dell'art. 3 del decreto 3, in particolare, la lettera a), in quanto a seguito del collaudo potrebbe emergere che l'infrastruttura fisica sia oggettivamente inidonea a ospitare gli elementi di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità, e c) in quanto l'inserimento di elementi di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità, prima di una verifica tecnica, potrebbe determinare o incrementare il rischio per l'incolumità, la sicurezza e la sanità pubblica, ovvero minacciare l'integrità e la sicurezza delle reti.

Sempre in relazione al tema della necessità del collaudo prima di poter concedere l'accesso, per completezza si rappresenta che MyNet, nella propria memoria, riporta un passaggio reperibile in due documenti, disponibile sul sito Infratel al link

⁷ Articolo 4. Durata della concessione: *“La durata della concessione non può essere superiore ad anni 20 (venti) con decorrenza dalla data di inizio della gestione degli impianti coincidente con la data del primo collaudo tecnico amministrativo effettuata da Infratel Italia. Al completamento di ogni (macro) area, e a valle del relativo collaudo tecnico amministrativo di Infratel Italia, il Concessionario dovrà avviare il servizio di manutenzione e gestione della rete. In ogni caso la scadenza della concessione non può andare oltre, per tutte le aree oggetto della concessione, il 31 dicembre 2037”*.

⁸ *Per i contratti pubblici di lavori di importo superiore a 1 milione di euro e inferiore alla soglia di cui all'articolo 35 il certificato di collaudo, nei casi espressamente individuati dal decreto di cui al comma 8, può essere sostituito dal certificato di regolare esecuzione rilasciato per i lavori dal direttore dei lavori. Per i lavori di importo pari o inferiore a 1 milione di euro e per forniture e servizi di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, è sempre facoltà della stazione appaltante sostituire il certificato di collaudo o il certificato di verifica di conformità con il certificato di regolare esecuzione rilasciato per i lavori dal direttore dei lavori e per forniture e servizi dal responsabile unico del procedimento. Nei casi di cui al presente comma il certificato di regolare esecuzione è emesso non oltre tre mesi dalla data di ultimazione delle prestazioni oggetto del contratto.*

<https://www.infratelitalia.it/operatori/rete-di-backhauling> dal titolo: “Concessione agli operatori di comunicazione elettronica di infrastrutture per lo sviluppo di reti di telecomunicazioni ultrabroadband backhauling 2019”, ed al link <https://www.infratelitalia.it/operatori/rete-di-accesso> dal titolo: “Concessione agli operatori di comunicazione elettronica di infrastrutture per lo sviluppo di reti di telecomunicazioni ultrabroadband rete di accesso”.

In disparte dal fatto che trattasi di un’offerta di accesso alle infrastrutture di Infratel e non di Open Fiber, MyNet ha cercato di avvalorare la propria tesi estrapolando i seguenti passaggi dei citati documenti:

“Documento sull’accesso al *backhauling*”

Dalla sezione del sito è possibile scaricare il file Infrastrutture Infratel rappresentante la rete realizzata e in corso di realizzazione e visualizzarlo tramite Google Earth. Gli Operatori interessati potranno presentare, secondo le modalità indicate di seguito, una domanda preliminare, indicando le infrastrutture di interesse.

Appare evidente che tale passaggio fa riferimento alla rete in corso di realizzazione solo ai fini della presa visione e non per l’accesso.

L’altro passaggio reca quanto segue:

4. OFFERTA DI FIBRA OTTICA, DI INFRASTRUTTURA DI POSA E SERVIZI DI MANUTENZIONE

L’offerta riguarda i diritti di uso sulle fibre ottiche e sulle infrastrutture sia realizzate sia attualmente in corso di realizzazione (e relativo servizio di manutenzione) da parte di Infratel, al fine di consentire all’Operatore di realizzare/ampliare la propria rete di telecomunicazioni, attraverso l’integrazione delle Fibre Ottiche e delle Infrastrutture cedute da Infratel.

Anche in tal caso trattasi di una premessa in cui il concedente evidenzia che gli operatori possono prendere visione ed effettuare le proprie richieste su tutte le infrastrutture, sia realizzate che in fase di completamento. Ma ciò non significa che l’accesso sarà consentito, come è ovvio che sia, prima del completamento di una certa infrastruttura. D’altra parte, la stessa Infratel ha ribadito, nel procedimento, che occorre, come atto formale preventivo alla concessione dei diritti d’uso, il collaudo.

“Documento sulla concessione di infrastrutture in rete di accesso”

3. RISORSE OFFERTE AGLI OPERATORI

L’offerta riguarda servizi di colocazione e servizi di cessione di IRU di fibra ottica in rete d’accesso sulle infrastrutture sia realizzate sia attualmente in corso di realizzazione (e relativo servizio di manutenzione) da parte di Infratel, al fine di consentire all’Operatore di realizzare/ampliare la propria rete di telecomunicazioni, attraverso l’integrazione delle Fibre Ottiche e delle Infrastrutture cedute da Infratel.

Anche in tal caso la premessa fa riferimento alla generica disponibilità, attuale o futura, di determinate reti di accesso.

5. DOMANDA E PROCEDURA DI CONCESSIONE DELLE INFRASTRUTTURE

L'infrastruttura realizzata e in corso di realizzazione è disponibile sul sito di Infratel al seguente link:

<http://www.infratelitalia.it/operatori/>

Dalla sezione del sito è possibile scaricare il documento Infrastrutture Infratel rappresentante la rete realizzata e in corso di realizzazione e visualizzarlo tramite Google Earth.

Nella medesima sezione è reso disponibile il documento "Rete di accesso realizzata" con il dettaglio dell'infrastruttura disponibile per la cessione agli operatori.

Gli Operatori interessati dopo la sottoscrizione del Contratto quadro potranno presentare, secondo le modalità indicate di seguito, un ordine, indicando le infrastrutture e le tipologie di servizio di interesse.

Il tenore del capitolo 5 sopra riportato chiarisce ancora meglio che l'offerta riguarda le infrastrutture complete e in fase di completamento, ai fini della visualizzazione e della manifestazione di interesse, mentre le infrastrutture disponibili per la cessione agli operatori sono quelle indicate nel documento "Rete di accesso realizzata".

A titolo di esempio, se si scarica dal sito Infratel il *data base* contenente l'*Elenco-Comuni-Piano-Bul-Intervento-Diretto*, tra le varie informazioni di dettaglio sono di seguito estratte solo quelle sullo stato di realizzazione del Comune e di disponibilità per il mercato:

COMUNE 2014	Procom 2014	STATO	DATA disponibilità infrastruttura ottica	Tipo Intervento	Tipo architettura prevista	Interesse ad acquisire infrastrutture ottiche (SI/NO)
Alanno	68002	ESECUZIONE	set-19	Comune	FTTN	
Altino	69001	ESECUZIONE	ott-19	Comune	FTTN	
Ancarano	67002	IN COLLAUDO	giu-19	Comune	FTTN	
Archi	69002	TERMINATO	apr-19	Comune	FTTN	
Ateleta	66005	TERMINATO		Comune	FTTN	
Balsorano	66007	TERMINATO		Comune	FTTN	
Barisciano	66009	TERMINATO	lug-18	Comune	FTTN	
Basciano	67005	ESECUZIONE	feb-20	Comune	FTTN	
Bisenti	67007	TERMINATO	dic-18	Comune	FTTN	
Bolognano	68003	PROGETTAZIONE	dic-20	Comune	FTTN	
Bucchianico	69008	TERMINATO		Comune	FTTN	
Bugnara	66012	TERMINATO		Comune	FTTN	
Bussi sul Tirino	68005	TERMINATO	mar-18	Comune	FTTN	
Cagnano Amiterno	66013	TBD	dic-20	Comune	FTTN	
Canistro	66017	PROGETTAZIONE	ott-20	Comune	FTTN	
Canzano	67009	TERMINATO	set-18	Comune	FTTN	
Capistrello	66020	ESECUZIONE	nov-20	Comune	FTTB	
Cappelle sul Tavo	68006	TERMINATO	ago-18	Comune	FTTN	
Caramanico Terme	68007	ESECUZIONE	feb-20	Comune	FTTN	
Casacanditella	69013	TERMINATO	dic-18	Comune	FTTN	

Si osserva che, laddove un Comune si trova in uno stato di ESECUZIONE, la DATA DI DISPONIBILITA' DELL'INFRASTRUTTURA è successiva a quella di visualizzazione del sito (ad esempio nov. 2020 per Capistrello).

Ovviamente l'operatore, selezionando il flag SI o NO nella colonna a fianco, può indicare il proprio interesse per tutti i Comuni, ma la disponibilità resta solo per quelli TERMINATI.

Tutto quanto premesso, tenuto conto del quadro fattuale e normativo ricostruito, l'Autorità ritiene che la domanda di MyNet possa essere accolta nei seguenti termini:

- a) ai sensi di quanto previsto dalla delibera n. 120/16/CONS e dal Decreto, OF è tenuta a consentire l'accesso di MyNet alle infrastrutture fisiche indicate per la posa della propria fibra ottica [*omissis*], giusta concessione di diritti IRU per 15 anni [*omissis*], decorsi trenta giorni dal collaudo;
- b) per l'effetto la richiesta di MyNet è, tenuto conto delle precisazioni tecniche fornite nel corso del procedimento, da dichiarare ricevibile ai sensi del Decreto (a valere anche quale priorità nella assegnazione delle infrastrutture di cui in oggetto). L'accesso effettivo è subordinato all'esito positivo del collaudo;
- c) OF è tenuta a fornire a MyNet, entro 15 giorni dalla notifica del presente provvedimento di definizione della controversia, tutte le informazioni di dettaglio sulle infrastrutture interessate dalla richiesta di accesso e sul relativo stato di occupazione (avuto riguardo alla data della richiesta di MyNet) e, una volta terminato il collaudo, a disporre l'ispezione in loco, in maniera congiunta tra le Parti, anche ai fini dell'individuazione delle specifiche modalità di accesso;
- d) relativamente alle condizioni economiche di accesso alle infrastrutture di posa di nuova realizzazione, finanziate con contributi pubblici, va richiamato che tale servizio di accesso viene offerto da OF in virtù degli obblighi che discendono dalla delibera n. 120/16/CONS. Per tali servizi, vige un vincolo di prezzo equo e ragionevole. L'Autorità ha approvato il prezzo dei servizi di accesso alle infrastrutture di posa offerti da OF, ritenendo la proposta di OF equa e ragionevole, ai sensi della succitata delibera n. 120/16/CONS e di quanto indicato dal Bando Infratel. Per l'accesso al minitubo l'Autorità ha approvato il prezzo proposto da OF per l'IRU a 15 anni di 5 €/metro. OF ha pubblicato la propria offerta di servizi di accesso alle infrastrutture di posa il 24 maggio 2019, ad integrazione del Listino già pubblicato il 5 febbraio 2019 (che non conteneva l'offerta di infrastrutture). Pertanto, in relazione alla domanda di MyNet sulla definizione del prezzo di accesso al minitubo, l'Autorità ritiene sufficiente il rinvio al listino di Open Fiber.

VISTI gli atti del procedimento;

UDITA la relazione del Commissario Antonio Nicita, relatore ai sensi dell'articolo 31 del *Regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità*;

DELIBERA

Articolo 1

1. Ai sensi di quanto previsto dalla delibera n. 120/16/CONS e dal decreto legislativo n. 33/2016, decorsi trenta giorni dal collaudo Open Fiber S.p.A. (nel seguito anche Open Fiber) è tenuta a consentire l'accesso di Mnet S.r.l. (oggi MyNet S.r.l. nel seguito anche MyNet) alle infrastrutture fisiche indicate da MyNet nel presente procedimento per la posa della propria fibra ottica [*omissis*], giusta concessione di diritti IRU per 15 anni su [*omissis*].
2. Per l'effetto, la richiesta di MyNet è, tenuto conto delle precisazioni tecniche fornite nel corso del procedimento, da dichiarare ricevibile ai sensi del Decreto (a valere anche quale priorità nella assegnazione delle infrastrutture di cui in oggetto). L'accesso effettivo è subordinato all'esito positivo del collaudo di cui Open Fiber informa tempestivamente MyNet.
3. Open Fiber è tenuta a fornire a MyNet, entro quindici giorni dalla notifica del presente provvedimento, tutte le informazioni di dettaglio sulle infrastrutture interessate dalla richiesta di accesso e sul relativo stato di occupazione (avuto riguardo alla data della richiesta di MyNet) e, una volta terminato il collaudo, a disporre l'ispezione in loco, in maniera congiunta tra le Parti, anche ai fini dell'individuazione delle specifiche modalità di accesso.
4. Open Fiber applica alle infrastrutture di posa in questione le condizioni economiche di accesso che l'Autorità ha approvato per l'IRU a 15 anni e pari a 5 €/metro di cui alla propria vigente offerta di servizi di accesso alle infrastrutture di posa per i Comuni e Aree CLUSTER C&D.
5. L'inottemperanza alle presenti disposizioni comporta l'irrogazione delle sanzioni previste dalla normativa vigente.

Il presente provvedimento è notificato a Mnet S.r.l. (oggi MyNet S.r.l.), Open Fiber S.p.A. ed Infratel Italia S.p.A. e pubblicato sul sito *web* dell'Autorità.

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

Roma, 27 febbraio 2020

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonio Nicita

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