

DELIBERA N.113/21/CIR

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA INSTAURATA DALLA SOCIETÀ CELLNEX ITALIA S.P.A. NEI CONFRONTI DELLA [OMISSIS] AI SENSI DEL REGOLAMENTO DI CUI ALLA DELIBERA N. 449/16/CONS E DEL D. LGS. N. 33/2016 IN MATERIA DI “ACCESSO ALL’INFRASTRUTTURA FISICA DELLA [OMISSIS] FINALIZZATO ALL’INSTALLAZIONE DI UNA RETE DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA AD ALTA VELOCITÀ”

L’AUTORITÀ

NELLA riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 7 ottobre 2021;

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*;

VISTA la legge 7 agosto del 1990, n. 241, recante “*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*”;

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

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*” (nel seguito il “*Decreto*”);

VISTA 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*» (nel seguito il “*Regolamento*”);

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “*Adozione del nuovo Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 238/21/CONS;

VISTA la delibera n. 346/20/CIR, del 28 dicembre 2020, recante “*Definizione della controversia tra le società CommsCon Italia S.r.l. e SPV Linea M4 S.p.A., ai sensi dall’articolo 9, del d.lgs. n. 33/16, dall’articolo 23 del d.lgs. 259/03 e del regolamento di cui alla delibera n. 449/16/CONS in tema di accesso alle infrastrutture*”;

VISTA l’istanza del 23 aprile 2021, acquisita in medesima data dall’Autorità, con cui la società Cellnex Itala S.p.A. (nel seguito *Cellnex*) ha richiesto l’avvio di un procedimento per la risoluzione di una controversia nei confronti della [omissis] ai sensi

del Regolamento e del Decreto, in tema di accesso alle infrastrutture utilizzabili per l'installazione di elementi di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità e, segnatamente, per l'accesso all'infrastruttura fisica della [omissis] finalizzato all'installazione di una rete di comunicazione elettronica ad alta velocità;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Cellnex è una società specializzata nelle soluzioni di ottimizzazione del segnale radiomobile, dotata di esperienza e competenza nella progettazione con personale proprio e realizzazione di soluzioni di copertura GSM, UMTS, LTE, 5G e successive evoluzioni, nonché operante nel settore DAS (Distributed Antenna Systems) & Small Cells (i.e. sistemi distribuiti d'antenne e piccole celle, particolarmente adatti per dare copertura a reti mobili di comunicazione elettronica ad alta velocità multi-operatore nelle strutture *indoor* e *outdoor*).
2. Cellnex è titolare di un'Autorizzazione Generale per l'installazione e la fornitura di una rete pubblica di comunicazione elettronica, ai sensi dell'art. 25 del Codice.
3. Cellnex, con atto di fusione sottoscritto in data 21 ottobre 2020, con effetti a decorrere dal 2 novembre 2020, ha incorporato la società CommsCon Italia S.r.l. (nel seguito *CommsCon*).
4. L'istanza ha ad oggetto l'accesso da parte della Cellnex, all'infrastruttura fisica della [omissis] finalizzato all'installazione di una rete di comunicazione elettronica ad alta velocità, sulla base della disciplina prevista dal Decreto e dalla Direttiva 2014/61/UE recante "misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità" (di seguito, la "Direttiva").
5. L'istanza è presentata nei confronti della [omissis].

Fatti all'origine della controversia e ragioni tecniche, economiche e giuridiche su cui si fonda la domanda.

6. Con comunicazione del 13 novembre 2018, CommsCon aveva inviato alla [omissis] una prima formale istanza ai sensi degli artt. 3 e 8 del d.lgs. n. 33/2016, al fine di vedere consentita l'installazione di un impianto multi-sistema e multi-operatore per la diffusione del segnale di telefonia mobile nelle [omissis] in discorso. Nell'istanza, alla quale erano allegati un progetto e il relativo cronoprogramma, CommsCon manifestava la propria disponibilità ad assolvere tutti gli oneri finanziari previsti agli artt. 12, co. 2 del Decreto e 93, comma 2 del Codice, rendendosi inoltre favorevole "*a valutare ogni migliore possibilità per valorizzare l'infrastruttura e creare le migliori sinergie tra la stessa e gli elementi di rete di comunicazione elettronica per la realizzazione di una rete ad alta velocità*".
7. L'assenza di risposta alla predetta istanza entro il termine di due mesi delineato dal Decreto, unitamente all'invio della nota del 14 marzo 2019 con la quale [omissis] rappresentava di aver "*avviato una procedura aperta per l'affidamento in concessione dei lavori per la realizzazione, [omissis] avevano indotto la stessa CommsCon ad incardinare, in data 15 aprile 2019, una controversia dinanzi all'Autorità ai sensi dell'art. 9 del Decreto, affinché questa emettesse, nel caso di*

specie, una decisione vincolante estesa – oltre al summenzionato profilo dell’accesso – anche alle condizioni e al prezzo a ciò relative.

8. La procedura di gara veniva indetta con bando pubblicato [omissis].
9. Con comunicazione del 20 giugno 2019 CommsCon manifestava nei confronti dell’Autorità la propria intenzione di rinunciare all’istanza di avvio della controversia [omissis].
10. Conseguentemente, con determina [omissis] la *Direzione*, riscontrando l’intenzione di rinuncia alla prosecuzione del procedimento espressa da CommsCon, disponeva l’archiviazione della controversia.
11. A seguito dei predetti fatti, tuttavia, CommsCon veniva poi esclusa dalla procedura di gara alla quale aveva preso parte, in forza di una serie di rilievi adottati da [omissis] concernenti essenzialmente la propria offerta tecnica: l’esclusione ha formato oggetto di giudizio dapprima dinanzi al TAR [omissis].
12. Facendo dunque seguito al pronunciamento del giudice amministrativo di ultima istanza, che non ha riguardato la legittimità del diritto di accesso invocato dall’allora istante CommsCon, Cellnex – nel frattempo subentrata a CommsCon a seguito della fusione per incorporazione – in data 18 gennaio 2021 ha inviato una nuova comunicazione alla [omissis] con l’intendimento di dare seguito alle iniziative già precedentemente intraprese e, conseguentemente, riprendere con l’Ente gestore le più opportune interlocuzioni finalizzate all’accesso all’infrastruttura *de qua*.
13. La comunicazione in discorso, inviata dalla Società con l’intendimento di “*confermare ed ulteriormente ribadire il proprio originario interesse all’accesso all’infrastruttura de qua, mai smentito ed anzi ulteriormente corroborato dalle vicende sopra ripercorse*”, è stata del pari corredata da un aggiornato progetto preliminare di fattibilità, comprensivo di cronoprogramma di massima e relativo alla realizzazione di una rete di comunicazione elettronica ad alta velocità ai sensi dell’art. 2, *lett. e*) del Decreto.
14. Pertanto, nella comunicazione del 18 gennaio 2021 la Società ha dunque rinnovato la richiesta a [omissis] ai sensi degli articoli 3 e 8 del Decreto onde voler accordare l’accesso finalizzato all’installazione dell’impianto come sopra descritto, confermando altresì la disponibilità a valutare ogni opportunità per valorizzare l’infrastruttura ospitante e creare le migliori sinergie tra la stessa e gli elementi di rete di comunicazione elettronica per la realizzazione di una rete ad alta velocità da parte di Cellnex.
15. Nella stessa comunicazione in discorso, la Società ha altresì evidenziato come le richieste in essa contenute mostrino la loro validità e pertinenza anche e soprattutto alla luce dei recenti pronunciamenti resi dall’Autorità con riferimento all’utilizzo dello strumento della gara pubblica – che, come detto, ha riguardato le pregresse vicende – il quale non è annoverabile tra i motivi di diniego all’accesso tassativamente previsti dal Decreto (art. 3, comma 4), oltre che contrastante con i principi di definizione delle condizioni di accesso su base commerciale (di cui

all'art. 88, comma 12 del Codice) e, ove occorra, altresì con gli obblighi di condivisione che la stessa Autorità può imporre in caso di più richieste di accesso (art. 89 del Codice).

16. Con comunicazione del 18 marzo 2021 la [omissis] ha rappresentato a Cellnex che, pur non costituendo la predetta nota provvedimento di rigetto dell'istanza formulata, la stessa, successivamente all'espletamento della procedura di gara di cui in narrativa, *“ha provveduto alla realizzazione di sistemi per la diffusione del segnale di telefonia mobile nelle [omissis] ed ha avviato attività necessarie per l'implementazione della diffusione dello stesso segnale”*.
17. Nella stessa comunicazione si legge altresì che *“l'esigenza di garantire la sicurezza [omissis] impone di limitare l'accesso a un solo operatore, circostanza che non consente l'accoglimento diretto ed immediato della istanza di Cellnex S.p.A.”*.
18. Infine, [omissis] ha preannunciato la *“pubblicazione di uno specifico documento contenente le condizioni d'uso della infrastruttura, avendo cura di assicurare la possibilità di accesso a tutti gli operatori autorizzati a fornire reti di comunicazione, in coerenza e nel rispetto dei criteri di equità, trasparenza e non discriminazione”*.
19. Cellnex ha ritenuto che tale comunicazione di [omissis] non potesse in alcun modo dirsi esaustiva rispetto all'istanza di accesso formulata e che le motivazioni addotte non rientrino in alcuno dei casi individuati dal comma 4 dell'art. 3 del Decreto per supportare un eventuale rifiuto opposto dal gestore dell'infrastruttura. Inoltre, ritiene che le argomentazioni addotte da [omissis] appaiano del tutto apodittiche, indimostrate e, come tali, insufficienti a costituire una legittima risposta di rifiuto all'accesso. Nel caso di specie l'asserita esigenza di *“garantire la sicurezza dell'esercizio [omissis]”* può essere certamente soddisfatta a seguito di un utile confronto sul versante tecnico,

Richieste dell'istante

20. In ragione dei tentativi sin qui vanamente esperiti da Cellnex, la società ha richiesto che l'Autorità avvii un procedimento per la definizione della controversia in discorso, chiedendo altresì lo svolgimento di un tentativo di conciliazione tra le Parti.
21. Qualora tale tentativo di conciliazione dovesse rivelarsi infruttuoso, Cellnex richiede all'Autorità di emettere una decisione vincolante in merito alla vicenda qui prospettata (relativa anche al prezzo e alle relative condizioni sulla base dei principi regolamentari di orientamento al costo). Chiede, in particolare di:
 - I. adottare una decisione vincolante nei confronti di [omissis] ai sensi dell'art. 3, comma 5 e dell'art. 9 del Decreto, affinché questa conceda alla società Cellnex l'accesso alla propria infrastruttura fisica per l'installazione dell'impianto multi-sistema e multi-operatore DAS per la diffusione del segnale di telefonia mobile nelle [omissis];
 - II. per l'effetto e sulla base di quanto sopra, ordinare [omissis] di soddisfare senza indugio la richiesta di accesso di Cellnex alla suddetta infrastruttura,

procedendo alla sottoscrizione di una convenzione con la stessa entro 30 giorni solari dalla conclusione del presente procedimento;

- III. laddove dovesse rivelarsi infruttuoso il tentativo di conciliazione, determinare il prezzo e le relative condizioni di accesso applicabili alla scrivente Società sulla base dei principi regolamentari di orientamento al costo.

VISTA la comunicazione con cui, in data 17 giugno 2021, la Direzione reti e servizi di comunicazioni elettroniche (nel seguito *Direzione*) ha convocato, ai sensi dell'art. 17, comma 2, del Regolamento, la società istante e [omissis] (nel seguito congiuntamente denominate le *Parti*) in udienza per il giorno 2 luglio 2021 al fine di acquisire, attraverso il rituale confronto, elementi utili sulla instaurata controversia, contestualmente invitando le Parti al deposito di proprie memorie o documenti fino a tre giorni lavorativi prima dell'udienza di comparizione;

VISTA la comunicazione della [omissis], del 29 giugno 2021, acquisita dall'Autorità in medesima data, con la quale questa ha inviato le proprie controdeduzioni nelle quali, tra l'altro, rilevava quanto segue:

- la [omissis], esercente pubblico servizio, affidato alla [omissis] non esercita alcuna “direzione del trasporto pubblico locale del comprensorio” ma gestisce il trasporto in superficie urbano ed extraurbano [omissis], il servizio autobus sostitutivo della medesima [omissis] e il trasporto [omissis]. Per la propria natura di [omissis] non ritiene di essere legittimata a rappresentare il Ministero nel presente procedimento; pertanto, ritiene che l'istanza debba essere dichiarata inammissibile per carenza di legittimazione passiva essendo il titolare di ogni rapporto il Ministero in questione.
- a seguito dell'archiviazione della precedente istanza avvenuta [omissis] per rinuncia di CommsCon, unico partecipante alla gara indetta, la stessa veniva esclusa dalla gara, a causa di rilievi relativi all'offerta tecnica presentata e, tale decisione impugnata al TAR e al Cds, veniva confermata in entrambe i gradi di giudizio per la sussistenza di irregolarità nella documentazione concernente l'offerta tecnica.
- in data 19 gennaio 2021 Cellnex Italia S.p.A., subentrata a CommsCon, ha inviato una nuova comunicazione alla [omissis] contenente la medesima istanza.
- con comunicazione del 18 marzo 2021 la [omissis] ha rappresentato a Cellnex che, a seguito dell'espletamento della procedura aperta di gara non andata a buon fine, la [omissis] ha provveduto alla realizzazione di sistemi per la diffusione del segnale di telefonia mobile nelle [omissis] ed ha avviato le attività necessarie per l'implementazione della diffusione del segnale. Ha rappresentato, altresì, che l'esigenza di garantire la sicurezza dell'esercizio [omissis], già illustrata nella citata [omissis] impone di limitare l'accesso a un solo operatore, circostanza che non consente l'accoglimento diretto ed immediato della istanza di Cellnex S.p.A. Ciò posto la [omissis] ha comunicato che provvederà, a breve, alla pubblicazione di uno specifico documento contenente le condizioni d'uso della infrastruttura, avendo cura di assicurare la possibilità di accesso a tutti gli operatori autorizzati a fornire reti di comunicazione, in coerenza e nel rispetto dei criteri di equità, trasparenza e non discriminazione.

- nel merito [omissis] ritiene l'istanza inammissibile avuto riguardo alle previsioni dell'art. 3 del Decreto atteso che non sembrano ricorrere le condizioni ivi previste, dal momento che non ha mai adottato un provvedimento di rifiuto dell'istanza di accesso ma, al contrario, ha tempestivamente istruito la pratica, giungendo in tempi rapidi alla redazione di atti finalizzati a consentire l'accesso agli operatori economici, sul presupposto vincolante del rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione, equità e ragionevolezza imposti dall'art. 2 del Decreto. Ritiene altresì che il termine di 60 giorni per il riscontro alla istanza di accesso sia stato rispettato.
- la [omissis] ritiene di aver operato legittimamente avendo realizzato sistemi per la diffusione del segnale di telefonia mobile nelle [omissis] e le successive attività necessarie per l'implementazione della diffusione dello stesso segnale. nonché la predisposizione in corso di un documento contenente le condizioni d'uso della infrastruttura tali da assicurare la possibilità di accesso a tutti gli operatori autorizzati a fornire reti di comunicazione.

CONSIDERATO che [omissis] ha quindi richiesto all'Autorità, alla luce di quanto documentato, di dichiarare inammissibile per carenza di legittimazione passiva e inammissibile e/o infondata nel merito l'istanza presentata da Cellnex e per l'effetto rigettarla;

VISTO il verbale dell'udienza del 2 luglio 2021, giusta convocazione del 17 giugno 2021, alla presenza della [omissis] e di Cellnex;

CONSIDERATO che, preliminarmente, la [omissis] afferma l'interesse all'implementazione della rete mobile nella propria infrastruttura [omissis]; tuttavia, essendo un ente pubblico fa presente di essere soggetto alle procedure di selezione del contraente secondo la regola della gara con evidenza pubblica. Ribadisce altresì la carenza di legittimazione in [omissis]. Per quanto riguarda l'aspetto tecnico della vicenda, ribadisce di aver avviato le procedure di gara per la scelta del soggetto cui affidare il servizio e che, per i noti temi di sicurezza e integrità della gestione [omissis] appare più che necessario determinare e individuare un unico soggetto cui affidare questo servizio attraverso una selezione pubblica. Ciò anche nel rispetto delle procedure rigorose dettate [omissis]

Con riferimento al ruolo rispetto alla legittimazione nella controversia *de qua* la [omissis] afferma che, in quanto, ogni sua azione è sottoposta all'approvazione e autorizzazione [omissis].

La [omissis] ribadisce che, pur conoscendo Cellnex ed il suo operato, l'affidamento *sic et simpliciter* determinerebbe una violazione del principio di parità di trattamento, anche perché sarebbe impossibile, una volta consentito l'accesso, gestire l'attività di manutenzione di infrastrutture di più operatori. Ciò perché, se da un lato ci sono delle regole ferree da rispettare dal punto di vista della sicurezza, dall'altro bisogna tener conto anche della dotazione organica aziendale disponibile per la manutenzione dell'infrastruttura. Dunque, per ovviare a tale problematica, afferma di voler avviare una procedura negoziale per garantire il principio di pari opportunità e garanzia dei contraenti.

CONSIDERATO che Cellnex eccepisce che nell'infrastruttura in questione è possibile ospitare più impianti e richiede di effettuare una verifica sul punto. Che, relativamente alla questione della gara, l'Autorità si è più volte pronunciata evidenziando che le gare ad evidenza pubblica non possono essere ostacolo alle richieste di accesso. Nel caso che ci occupa l'impianto proposto da Cellnex non è ostativo né alla sicurezza [omissis]. Ribadisce quindi la richiesta di accesso e in via preliminare la possibilità di accedere all'infrastruttura per verificarne la capienza. Evidenzia che generici riferimenti relativi alla sicurezza delle reti non possono essere da ostacolo alla richiesta di accesso, altrimenti verrebbe vanificato lo spirito del Decreto. Ribadisce la compatibilità dell'infrastruttura attesa la notevole esperienza nel settore e il pieno rispetto delle norme in tema di sicurezza.

CONSIDERATO che la [omissis] evidenzia che i riferimenti alla sicurezza non sono in materia di sicurezza delle reti ma di sicurezza [omissis]. Ribadisce la propria natura di [omissis] e che, ove ci fosse la possibilità di ospitare due operatori nell'infrastruttura, la scelta dei due operatori deve passare comunque per una procedura di evidenza pubblica. Ribadisce quindi la necessità di integrare il contraddittorio prevedendo la presenza [omissis].

Con riferimento alla possibilità di introdurre un secondo operatore di comunicazioni elettroniche, [omissis] ribadisce che ciò comporterebbe un aggravio delle procedure di sicurezza che in relazione all'organizzazione aziendale diventerebbe gravoso e difficile da gestire. Secondo la parte convenuta, gestire il personale in turni di notte o straordinari determinerebbe un problema di dotazione organica di non facile risoluzione che non garantirebbe la corretta e completa esecuzione delle attività di manutenzione degli impianti finalizzate a garantire la sicurezza [omissis] e la regolarità [omissis].

CONSIDERATO che Cellnex contesta la gravosità degli interventi poiché – anche alla luce delle esperienze pregresse – gli interventi manutentivi sono rari e di conseguenza solo in casi estremamente sporadici può essere richiesta l'assistenza del personale delle [omissis]. Ritiene necessario comunque effettuare una verifica sul punto della gestione e dell'assistenza all'impianto.

Cellnex condivide la richiesta di [omissis] di integrare il contraddittorio con la presenza del Ministero e chiede all'Autorità di disporre l'accesso ai luoghi attraverso un sopralluogo, per verificare lo spazio e le condizioni per la realizzazione dell'infrastruttura. Ribadisce, tornando alla questione relativa alla gara pubblica, che in numerosi altri precedenti l'Autorità non ha ritenuto necessario lo svolgimento della gara che non figura tra i motivi di diniego dell'art 3, comma 4, del d.lgs. 33/16. Insiste quindi perché ogni riferimento alla gara pubblica venga superato;

VISTA la comunicazione con cui, in data 9 luglio 2021, la *Direzione* ha convocato [omissis], al fine di acquisire, attraverso il rituale confronto, elementi utili sulla instaurata controversia, contestualmente invitando le Parti al deposito di proprie memorie o documenti fino a tre giorni lavorativi prima dell'udienza di comparizione;

VISTA la nota del Ministero [omissis], acquisita dall'Autorità in data 17 luglio 2021, in cui “*dispone che codesta [omissis], predisponendo all'uopo apposita memoria,*

anche, eventualmente, avvalendosi del patrocinio dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato”;

VISTA la nota del 23 luglio 2021 della [omissis], operante nell'ambito della Direzione generale per il trasporto pubblico locale e regionale, Dipartimento per la mobilità sostenibile del Ministero, nella quale, in relazione alla nota di integrazione del contraddittorio della Direzione nei confronti del Ministero, rappresenta che si costituisce nel procedimento l'Amministrazione erariale che, giusta delega conferita alla [omissis] in data 15 luglio, fa proprie le deduzioni di rito e di merito svolte con la memoria del 29 giugno scorso e insiste nelle medesime conclusioni ivi rassegnate;

VISTO il verbale dell'udienza del 26 luglio 2021, nel corso della quale le Parti intervenute, ovvero Cellnex e [omissis], hanno concordato di procedere ad un sopralluogo congiunto dell'infrastruttura *de qua*, richiedendo altresì all'Autorità la fissazione di una nuova udienza a valle di tale sopralluogo per il prosieguo del percorso negoziale;

VISTI gli esiti del sopralluogo presso [omissis] tenutosi il 4 e 5 agosto 2021 inviati via *e-mail* il 3 settembre 2021 da Cellnex;

CONSIDERATO che, a quanto allegato, è stato effettuato un sopralluogo congiunto, tra [omissis] e Cellnex, volto a verificare l'esistenza di spazi presso le infrastrutture di [omissis] idonee all'installazione di uno o più impianti DAS per la ripetizione del segnale radiomobile multi-operatore. Inoltre, in data 4/8/2021, in accordo con [omissis], Cellnex ha effettuato delle misurazioni tramite *drive test* in orario di [omissis], per la valutazione della copertura cellulare attualmente presente lungo tutta la tratta in entrambe le direzioni all'interno di un treno in servizio, senza la presenza [omissis].

Sono state visionate le seguenti aree: [omissis].

Nel corso del sopralluogo sono state valutate le possibili soluzioni per la realizzazione di uno o più impianti di telefonia mobile e per l'individuazione di locali tecnici da destinare ad accogliere gli apparati di rete degli operatori. Inoltre, si sono valutati alcuni punti di installazione delle unità remote a servizio di stazioni e delle gallerie di linea. Si precisa inoltre che il sistema DAS, richiederà un locale tecnico detto chiamato più comunemente [omissis]. Quest'ultimo potrebbe essere previsto nella stazione [omissis]. Lungo la Linea, inoltre, si renderà poi necessario installare diverse unità radio remote a ridotto impatto in termini di spazio occupato. All'interno delle stazioni e di alcune gallerie è visibile un impianto di ripetizione cellulare già precedentemente installato.

Per ogni stazione sono state verificate:

- a. Disponibilità di spazi per alloggiare apparati ed elementi per la installazione di uno o più sistemi DAS
- b. Disponibilità di raggiungimento apparati attraverso le esistenti infrastrutture di [omissis] come ad esempio:
 - I. Fibra ottica
 - II. Alimentazione elettrica

- c. Presenza o meno di preesistenti (porzioni di) impianto di ripetizione cellulare

È stato rilevato che la distribuzione orizzontale e verticale dei cavi RF potrà essere realizzata utilizzando le canaline presenti all'interno dei controsoffitti spannellabili, come dichiarato da [omissis], e la presenza o meno di cavedi verticali all'interno della singola stazione sarà oggetto di verifica mediante sopralluoghi mirati in fase di progettazione esecutiva. Per quanto riguarda la possibile distribuzione [omissis] non si rilevano elementi ostativi in linea con quanto già realizzato, nel pieno rispetto delle norme volte ad escludere interferenze (si veda relazione Cellnex allegata).

PRESO ATTO del fatto che, in base alla relazione di sopralluogo allegata, “In merito alla disponibilità di spazi per la realizzazione di uno o più impianti DAS non sono state rilevate criticità di alcun tipo, in quanto le aree visionate appaiono idonee ad ospitare i diversi elementi di rete da installare, e le infrastrutture esistenti in galleria appaiono idonee a consentire la distribuzione di antenne e cavi RF senza che ciò possa creare rischi di alcun tipo di interferenza”;

Si sottolinea inoltre che tutti i locali tecnici e le aree e spazi visitati idonei a ospitare gli apparati degli operatori mobili, appaiono accessibili senza alcun bisogno di scorte o accompagnamenti in quanto posizionati in aree di pubblico accesso, e pertanto non richiedono alcuno intervento di [omissis].

Per quanto invece riguarda le rarissime ed eventuali manutenzioni in galleria delle Unità Remote, potrebbero essere necessari limitatissimi interventi con accompagnamento.

In merito alla esistenza di impianti (o porzioni di impianti) si è rilevata mediante verifica visiva e analisi dello spettro svolta mediante strumenti professionali (terminali mobili per test di rete), l'esistenza di diversi elementi di rete che tuttavia non appaiono idonei a garantire la realizzazione di una copertura omogenea end to end nella infrastruttura della [omissis] con le caratteristiche di una rete ad alta velocità.

VISTO il verbale dell'udienza del 10 settembre 2021 alla quale, pur se ritualmente convocata, [omissis] non ha preso parte, e nel corso della quale Cellnex ha esposto gli esiti del proprio sopralluogo, evidenziando di non aver riscontrato la presenza di una rete ad alta velocità compatibile con le disposizioni previste dal Decreto e soprattutto di non aver rilevato cause ostative alla realizzazione della stessa, chiedendo al contempo la fissazione di una nuova udienza in contraddittorio alla luce dell'assenza[omissis];

VISTO il verbale dell'udienza del 16 settembre 2021, alla quale pur se ritualmente [omissis] non ha nuovamente preso parte;

VISTO il quadro normativo rilevante ai fini della presente controversia come richiamato in analogo fattispecie definita con delibera n. 346/20/CIR di seguito richiamato:

Il quadro normativo

Il Decreto prevede, all'articolo 3, recante “*Accesso all'infrastruttura fisica esistente*” 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 inadatta 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 incrementare 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:

«gestore di infrastruttura fisica»: un'impresa ovvero un ente pubblico o organismo di diritto pubblico che fornisce un'infrastruttura fisica destinata alla prestazione di:

1) un servizio di produzione, trasporto o distribuzione di:

1.1) gas;

1.2) elettricità, compresa l'illuminazione pubblica;

1.3) riscaldamento;

1.4) acqua, comprese le fognature e gli impianti di trattamento delle acque reflue, e sistemi di drenaggio;

2) servizi di trasporto, compresi ferrovie, strade, porti e aeroporti; [enfasi aggiunta].

«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;

RILEVATO a tale riguardo che [omissis], nel corso della prima udienza del 2 luglio 2021, ha rilevato, relativamente all'implementazione di una rete mobile nella propria infrastruttura [omissis], di essere soggetto alle procedure di selezione del contraente secondo la regola della gara con evidenza pubblica;

RITENUTO opportuno, al fine di evitare ulteriori ritardi e inerzie, chiarire la questione procedurale in merito alla presunta necessità di concedere l'accesso ai richiedenti a seguito di una gara pubblica;

CONSIDERATO che l'Autorità si è, a tale proposito, già pronunciata, nella stessa delibera n. 346/20/CIR (richiamando la delibera n. 282/20/CIR), a cui si ritiene di rinviare in linea con il generale principio di coerenza dell'azione amministrativa, non essendo cambiato il quadro normativo e regolamentare, stabilendo, che *Non si condivide l'assunto dell'Amministrazione secondo cui il diritto di accesso all'infrastruttura potrebbe essere concesso solo all'esito di una procedura ad evidenza pubblica.*

L'assegnazione, mediante procedura ad evidenza pubblica, del diritto di accesso alle infrastrutture funzionali alla realizzazione di reti di comunicazione elettronica contrasta con il principio volto a garantire agli operatori qualificati la parità di accesso alle risorse infrastrutturali, anche mediante l'imposizione degli obblighi di condivisione e di coubicazione degli impianti, che si desume dagli artt. 88 e 89 del Codice, principio

da cui deve essere fatto discendere il correlato divieto di assegnare le medesime risorse tra i soggetti interessati attraverso selezioni competitive.

A norma dell'art. 88, comma 6, del Codice come novellato dal Decreto, “Il rilascio dell'autorizzazione (all'installazione di infrastrutture di comunicazione, n.d.r.) comporta l'autorizzazione alla effettuazione degli scavi indicati nel progetto, nonché la concessione del suolo o sottosuolo pubblico necessario all'installazione delle infrastrutture. Il Comune può mettere a disposizione, direttamente o per il tramite di una società controllata, infrastrutture a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie”.

A norma del successivo art. 89, rubricato “Cubicazione e condivisione di infrastrutture”, l'Autorità può imporre all'operatore che abbia installato un impianto di dividerlo con altri operatori, ivi comprese le opere ad esso funzionali e collaterali.

Tale impostazione è coerente con l'intenzione del legislatore di agevolare la diffusione dell'attività di fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica.

L'interesse pubblico alla massima diffusione delle infrastrutture di comunicazione e il principio di parità di fruizione delle stesse da parte degli operatori, quindi, consentono (e impongono) alle amministrazioni di derogare alla generale regola competitiva, nell'ottica di favorire lo sviluppo delle infrastrutture di telecomunicazione nazionali.

D'altra parte, il tenore del comma 12, dell'art. 88 del Codice, oltre a ribadire il principio di applicazione, da parte del Comune, di condizioni economiche eque e ragionevoli, fa esplicito riferimento al fatto che tali oneri sono definiti a seguito di accordi commerciali, altro elemento che conferma l'esclusione della gara pubblica in cui le condizioni economiche sono fissate sulla base di principi fissati, ex ante, nel bando e, pertanto, non tramite accordi.

*In conclusione, l'utilizzo della gara pubblica **non è tra i motivi di diniego tassativamente previsti dal Decreto (art. 3, comma 4)** [enfasi aggiunta], inoltre appare contrastare con i principi di definizione delle condizioni di accesso sulla base di accordi commerciali (art. 88, comma 12) e, ove occorra, con gli obblighi di condivisione che l'Autorità può imporre in caso di più richieste di accesso (art. 89). [enfasi aggiunta].*

PRESO ATTO del fatto che, ai sensi del Decreto, il [omissis]. A tale riguardo, [omissis], eventualmente, avvalendosi del patrocinio dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato”; nello specifico l'Amministrazione erariale, giusta delega conferita alla [omissis] in data 15 luglio, ha fatto proprie le deduzioni di rito e di merito svolte con la memoria del 29 giugno scorso e insiste nelle medesime conclusioni ivi rassegnate;

PRESO ATTO del fatto che i soggetti di cui sopra non hanno, allo stato, a seguito del sopralluogo svolto a inizio agosto 2021, sollevato elementi ostativi a consentire a Cellnex l'accesso richiesto;

CONSIDERATO che, ai sensi del Decreto, i motivi di rifiuto ammessi sono i seguenti:

- 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.

RILEVATO che non risulta dal procedimento in questione né l'inidoneità dell'infrastruttura né l'indisponibilità di spazio. Parimenti il tema della sicurezza [omissis] è stato solo enunciato dalla [omissis] ma non declinato concretamente. A tale ultimo riguardo si ritiene che i soggetti che gestiscono l'infrastruttura e la rete di comunicazione debbano adottare tutte le necessarie misure preventive, in base alla applicabile normativa tecnica e alla necessaria diligenza professionale; da ultimo la [omissis] non ha proposto a Cellnex l'utilizzo di fibre ottiche esistenti in sostituzione alla posa di propri cavi ottici;

CONSIDERATO che nel caso in questione, alla luce di quanto emerso nelle audizioni e dal sopralluogo effettuato, non sono emersi elementi ostativi all'esercizio del diritto di accesso di Cellnex all'infrastruttura, non ostandovi gli elementi preclusivi di cui al comma 4 dell'art. 3 del Decreto. Alla luce di tutto quanto sopra, quindi, l'Autorità ritiene possibile, in attuazione dell'art. 3 del Decreto, soddisfare la richiesta di accesso di Cellnex seppur raccomandando alle Parti la massima attenzione ai temi della sicurezza [omissis];

CONSIDERATO che, per quanto riguarda le questioni economiche, il Decreto fissa i seguenti tre principi: i) il diritto per il Gestore dell'infrastruttura di recuperare i costi sostenuti per fornire l'accesso; ii) il diritto per il Gestore di vedersi riconosciuti eventuali oneri di adeguamento; iii) non devono essere sostenuti, dall'operatore di comunicazione elettronica, i costi già riconosciuti al Gestore tramite eventuali strutture tariffarie che insistono sulla stessa infrastruttura;

CONSIDERATO che ai fini della quantificazione dei costi equi e ragionevoli, nel caso di specie, giova il richiamo, infine, a quanto previsto dalla legge n. 166, del 1° agosto 2002, la quale dispone (art. 40, comma 1) che:

*I lavori di costruzione e di manutenzione straordinaria di **strade, autostrade, strade ferrate, aerodromi, acquedotti, porti, interporti**, o di altri beni immobili appartenenti allo Stato, alle regioni a statuto ordinario, agli enti locali e agli altri enti pubblici, anche*

a struttura societaria, la cui esecuzione comporta lavori di trincea o comunque di scavo del sottosuolo, purché' previsti dai programmi degli enti proprietari, devono comprendere cavedi multiservizi o, comunque, cavidotti di adeguata dimensione, conformi alle norme tecniche UNI e CEI pertinenti, per il passaggio di cavi di telecomunicazioni e di altre infrastrutture digitali [enfasi aggiunta].

Le condizioni di accesso da parte di terzi ai cavidotti posati sono definite dal comma 4, dello stesso articolo, il quale recita:

I soggetti proprietari sono tenuti ad offrire l'accesso ai cavedi o ai cavidotti, sino al limite della capacità di contenimento, con modalità eque e non discriminatorie, a tutti i soggetti titolari di licenze individuali rilasciate ai sensi della normativa di settore vigente. Il corrispettivo complessivamente richiesto ai titolari di licenze individuali per l'accesso ai cavedi o ai cavidotti deve essere commisurato alle spese aggiuntive sostenute dal soggetto proprietario per la realizzazione dei cavidotti. Detto corrispettivo, comunque, deve essere tale da non determinare oneri aggiuntivi a carico dei soggetti proprietari. [enfasi aggiunta].

Tale norma specifica che, nel caso di *strade, autostrade, strade ferrate, aerodromi, acquedotti, porti, interporti, o di altri beni immobili appartenenti allo Stato*, l'Ente locale può recuperare solo i costi aggiuntivi sostenuti per la realizzazione del cavidotto.

RITENUTO opportuno, visto che trattasi di fattispecie tecnica analoga, far riferimento a quanto stabilito nella delibera n. 346/20/CIR;

VISTI tutti gli atti del procedimento;

UDITA la relazione del Commissario Antonello Giacomelli, relatore ai sensi dell'art. 31 del *Regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità*;

DELIBERA

Articolo 1

1. La [omissis] è tenuta a concedere alla società Cellnex Italia S.p.A. l'accesso, nei termini di cui in motivazione, all'infrastruttura fisica in oggetto, allo scopo di installare un impianto di copertura, facente parte di una rete di telecomunicazioni elettroniche multi-operatore ad alta velocità, ai sensi degli artt. 2, 3 e 9 del decreto legislativo n. 33/2016.
2. Cellnex e la [omissis] concludono e sottoscrivono la convenzione per l'accesso di cui al comma 1 entro 30 giorni dalla notifica del presente provvedimento.
3. Ai fini della definizione delle partite economiche per l'accesso di cui ai precedenti commi la [omissis] fanno riferimento, per tutto quanto applicabile, ai principi e modelli definiti nella delibera n. 346/20/CIR.
4. Le Parti adottano tutte le previste normative tecniche [omissis].

L'inottemperanza al presente ordine comporta l'irrogazione delle sanzioni previste dalla normativa vigente.

Il presente provvedimento è notificato a Cellnex Italia S.p.A., alla [omissis] ed è pubblicato sul sito *web* dell'Autorità.

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

Roma, 7 ottobre 2021

IL PRESIDENTE
Giacomo Lasorella

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonello Giacomelli

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Giulietta Gamba