

Delibera n. 146/11/CIR

Atto di indirizzo ai sensi dell'articolo 18, comma 2 e dell'articolo 22, comma 4-bis, allegato A, della delibera 173/07/CONS in tema di utilizzo del GSM BOX nell'ambito della Convenzione Consip

L'Autorità

NELLA riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 22 novembre 2011;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, *“Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”*, ed in particolare l'articolo 1, comma 6, lettera a), n.14;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, *“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 7 agosto 1990 n. 241, e successive modificazioni e integrazioni;

VISTO il decreto legislativo del 1 agosto 2003, n. 259, recante *“Codice delle comunicazioni elettroniche”*, ed in particolare l'articolo 84;

VISTO il regolamento relativo alla definizione delle materie di competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni delegabili ai Comitati regionali per le comunicazioni, approvato con delibera n. 53/99 del 28 aprile 1999, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 24 maggio 1999, n. 119;

VISTO il regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con delibera n. 316/02/CONS del 9 ottobre 2002, e successive modifiche ed integrazioni;

VISTA la delibera n. 173/07/CONS del 19 aprile 2007, recante *“Approvazione del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione e utenti”*;

VISTA la delibera n.502/08/CONS del 29 luglio 2008, recante *“Modifiche al Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori e utenti di cui alla Delibera 173/07/CONS”* ;

VISTA la delibera n.316/09/CONS del 10 giugno 2009, recante *“Delega di funzioni ai Comitati regionali per le comunicazioni”*;

VISTA la delibera n.479/09/CONS del 14 settembre 2009, recante “*Modifiche al Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti di cui alla delibera 173/07/CONS*”, ed in particolare l’articolo 1, comma 14;

VISTA la nota del 19 agosto 2011, con la quale il Corecom Lombardia ha richiesto all’Autorità l’emanazione di un atto di indirizzo sull’orientamento da adottare nella definizione della controversia tra l’Università degli Studi Milano - Bicocca e la società Telecom Italia S.p.A., avente ad oggetto la legittimità o meno dell’utilizzo di gsm-box per la trasformazione del traffico fisso/mobile in traffico mobile/mobile;

RITENUTO che la questione sollevata possa considerarsi di eccezionale rilevanza, in virtù dell’uso frequente e generalizzato da parte di soggetti pubblici e privati;

ADOTTA

il seguente Atto di indirizzo:

I. LA QUESTIONE CONTROVERSA

La fattispecie controversa si inquadra nell’ambito della convenzione “Telefonia Mobile 4” stipulata dalla Consip S.p.A. con Telecom Italia S.p.A., a cui l’Università degli Studi Milano - Bicocca ha aderito nell’anno 2008 e si sostanzia nella contestazione della sospensione perpetrata dalla società Telecom Italia S.p.A. in data 5 ottobre 2009 di n.24 sim cards, in ragione della loro introduzione nel gsm-box del centralino dedicato alla trasformazione del traffico fisso-mobile in mobile-mobile, con la conseguente inibizione di tutto il traffico interno verso rete mobile.

In ordine a quanto argomentato dalla parte istante, si deve evidenziare che il sindacato di legittimità o meno della sospensione posta in essere del gestore discende dalla valutazione di liceità o meno dell’utilizzo del gsm-box, quale mezzo di instradamento del traffico e di conseguente fruizione del servizio telefonico.

Sul punto, il petitum principale formulato dall’Università degli Studi Milano – Bicocca si sostanzia nella declaratoria di questa Autorità della legittimità dell’uso del gsm box, finalizzato all’abbattimento dei costi della telefonia mobile di circa il 60% e alla realizzazione di un notevole risparmio per l’amministrazione universitaria.

In via generale, *nulla quaestio* circa la legittimità dell’impiego da parte della P.A. del gsm-box, confermata, peraltro, da numerose direttive del Ministero della Funzione Pubblica come strumento idoneo e suggerito per il contenimento dei costi telefonici (G.U. n.251 del 27 ottobre 1998; Direttiva Bassanini 25 settembre 1998 Amministrazione Pubblica). Al riguardo, in assenza di una previsione normativa o pattizia inibitoria, l’utilizzo del dispositivo gsm box per reinstradare chiamate originate da linee pubbliche su reti pubbliche radiomobili è riconosciuto in linea generale anche in ragione delle valutazioni espresse da questa Autorità nella delibera n.34/09/CIR

recante misure urgenti ed integrazione del piano di numerazione di cui alla delibera n.26/08/CIR, secondo cui l'uso del predetto dispositivo “*si configura funzionalmente come l'introduzione di un nodo di rete pubblica, il cui esercizio è subordinato al rispetto della normativa sul re – instradamento delle chiamate (CLI ed esigenze di giustizia)*”.

Tuttavia, ancora prima di esporre le valutazioni in ordine al caso specifico, si deve premettere che la richiesta di intervento in *subiecta materia* di questa Autorità a cui il Corecom Lombardia ha deferito la questione controversa al fine dell'adozione del presente atto di indirizzo, investe esclusivamente il rapporto contrattuale intercorrente tra l'Università degli Studi di Milano – Bicocca e la società Telecom Italia S.p.A. che trova la sua fonte regolatoria nella Convenzione Consip.

In ordine alla collocazione sistematica, tale schema contrattuale non può ricondursi al contratto - tipo in materia di comunicazioni elettroniche, che si sostanzia in un contratto per adesione, in cui le condizioni generali vengono predisposte unilateralmente dal gestore ed accettate *sic et simpliciter* dall'utente, quale “contraente debole”, la cui libertà consiste meramente nella scelta di aderire o meno alle condizioni medesime, senza alcuna possibilità di negoziazione.

Invero il rapporto contrattuale *de quo* si rinviene nella convenzione siglata dalla Consip S.p.A. in materia di telefonia, che rientra nella categoria degli accordi-quadro, sulla base dei quali le imprese fornitrici - aggiudicatrici di gare indette da Consip su singole categorie merceologiche - s'impegnano ad accettare (alle condizioni e ai prezzi stabiliti in gara e in base agli standard di qualità previsti nei capitolati) ordinativi di fornitura da parte delle Pubbliche Amministrazioni, fino al limite massimo previsto (il cosiddetto massimale).

II. FONTI NORMATIVE E REGOLAMENTARI

Atteso l'inquadramento del rapporto contrattuale nell'ambito dello schema di convenzione “Telefonia Mobile 4” stipulata dalla Consip, si deve rilevare che l'esecuzione della fornitura e dei servizi e degli ordinativi di fornitura sono regolati in via graduata dalle clausole e dagli allegati alla Convenzione, che costituiscono la manifestazione integrale di tutti gli accordi intervenuti con il gestore relativamente alle attività e alle prestazioni contrattuali, dalle disposizioni di cui al D.M. 28 ottobre 1985, dalle norme in materia di Contabilità dello Stato, dal codice civile e dalle altre disposizioni normative in vigore in materia di contratti di diritto privato.

Pertanto, le clausole convenzionali, oggetto di negoziazione concordata tra le parti, definiscono l'intero assetto negoziale, prevedendo espressamente i reciproci diritti e gli obblighi spettanti alle parti o gravanti sulle stesse in funzione di garanzia del sinallagma contrattuale.

Il sindacato di questa Autorità in questa sede non può spingersi oltre l'ambito applicativo di cui all'articolo 2 della delibera n.173/07/CONS, che investe esclusivamente i rapporti tra gestori e soggetti che rivestono la qualifica di “utente finale” così come definito dall'articolo 1, lettera j) della delibera n.173/07/CONS, e di

“consumatore” così come definito dall’articolo 1, comma 1, lettera j) del decreto legislativo 1 agosto 2003 n.259.

Peraltro la valutazione di questa Autorità, su espressa richiesta dell’istante ai sensi dell’articolo 14 del citato Regolamento, non può che investire solo gli aspetti peculiari della sinallagmaticità tra la prestazione e la controprestazione nell’ambito del rapporto contrattuale di somministrazione; in altri termini, l’accertamento di competenza di questa Autorità verte esclusivamente sul corretto adempimento della prestazione di servizi o fornitura di beni da parte dell’operatore di comunicazioni elettroniche e del corrispettivo versato dall’utente finale a fronte della fruizione del servizio o del bene stesso.

Orbene, poiché dalla disamina della convenzione Consip “Telefonia Mobile 4” - Contratto Multibusiness n.888000963145, nell’ambito della quale si inquadra la questione controversa, non si rinviene alcuna disposizione contrattuale che inibisca l’uso del gsm - box, né tantomeno alcuna clausola che preveda espressamente la sola utilizzazione di determinati apparati elencati tassativamente, definiti come “telefono mobile, portatile o veicolare”, come peraltro già evidenziato nella nota del 19 aprile 2010 con la quale l’Università degli Studi di Milano - Bicocca ha richiesto alla società Telecom Italia S.p.A. la riattivazione delle SIM sospese, si deve evidenziare che l’avvenuto inserimento da parte dell’istante delle Sim Card nell’apparato gsm-box (il quale per le sue caratteristiche di peso, di dimensioni e funzionali, non può comunque qualificarsi “telefono mobile”) non può qualificarsi come illecito contrattuale, né può integrare nel caso di specie un’ipotesi di uso improprio delle sim, tale da legittimare la società Telecom Italia S.p.A. alla sospensione immediata del servizio e ad avvalersi della clausola risolutiva espressa contrattualmente prevista.

Infatti, si deve rilevare che la declaratoria di liceità o meno di una condotta si rinviene nella valutazione di conformità o meno della stessa alle disposizioni normative contrattuali: nel contratto di specie, l’uso di un apparato che, sebbene non previsto, non sia al tempo stesso inibito, non può di per sé essere definito “illecito”. Tale assunto è stato peraltro condiviso dalla Consip S.p.A. che con nota del 2 marzo 2010 prot.n. 5335/10 ha espressamente chiarito, in riscontro alla richiesta di un parere in ordine alla conformità dell’uso del gsm-box rispetto alla convenzione “Telefonia Mobile 4”, che *“non essendo previsto né contrattualmente, né ex lege un divieto di utilizzo di tali apparecchiature, l’utilizzo stesso non possa configurare un inadempimento contrattuale”*.

In altri termini, la valutazione del “licet” dell’utilizzo dell’apparato gsm-box, che tuttavia deve avvenire nel rispetto da parte dell’utilizzatore delle norme in materia di sicurezza e di protezione dei dati personali discende dalla sussistenza o meno di una clausola convenzionale che lo consenta o lo inibisca espressamente. Pertanto, l’utilizzo da parte dell’Università degli studi di Milano - Bicocca dell’apparato di conversione del segnale fisso - mobile in mobile-mobile, finalizzato all’abbattimento dei costi e alla razionalizzazione della spesa nell’ambito della Convenzione “Telefonia Mobile 4” è consentito. È stato infine rilevato che la nuova Convenzione “Telefonia Mobile 5”, di cui la società Telecom Italia S.p.A. è aggiudicataria, riporta un’espressa disposizione nel capitolato tecnico, alla nota numero 3, paragrafo 4.1 secondo cui *“la convenzione non*

prevede viceversa servizi di fonia originati da rete fissa, né erogati propriamente su rete fissa, né attraverso apparati per la trasformazione del traffico da fisso - mobile (ivi il traffico “interni del PBX dell’amministrazione - mobile) a mobile – mobile”. Quest’ultima clausola non è sindacabile dall’Autorità in questa sede in quanto afferente ad una fonte convenzionale, la “Telefonia Mobile 5” successiva a quella che disciplina la fattispecie controversa in ordine alla quale il Corecom Lombardia ha richiesto il presente atto di indirizzo.

III. CONCLUSIONI

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, deve concludersi che, in assenza di una previsione espressa nell’ambito della convenzione “Telefonia Mobile 4” che preveda l’obbligo di inserire le Sim Card solo in telefoni mobili, portabili o veicolari, omologati per la connessione alla Rete che associati alla carta Sim consentono di accedere alla rete di telefonia mobile, e quindi il divieto di inserire le Sim in apparati che non siano telefoni mobili, la sospensione perpetrata dalla società Telecom Italia S.p.A. è illegittima ed in quanto tale implica la liquidazione degli indennizzi computati per il periodo di riferimento 5 ottobre 2009 (data di sospensione) – 5 marzo 2010 (data di richiesta di dismissione del servizio da parte dell’Università).

Roma, 22 novembre 2011

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Roberto Napoli

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Viola