

DELIBERA N. 281/20/CIR

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA SIPORTAL S.R.L. ED IL COMUNE DI NOTO (SR) 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 6 agosto 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”*, così come modificato, da ultimo, dal decreto legislativo 28 maggio 2012, n. 70, di seguito denominato *Codice*;

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”*;

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*;

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»*, di seguito denominato *Regolamento*;

VISTA la legge 1° agosto 2002, n. 166, recante *“Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti”*;

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

VISTA la delibera n. 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. 623/15/CONS del 5 novembre 2015 recante “*Identificazione ed analisi dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa (mercati nn. 3a e 3b della Raccomandazione della Commissione europea n. 2014/710/UE e n. 1 della Raccomandazione n. 2007/879/CE)*”;

VISTA la delibera n. 88/17/CIR del 19 luglio 2017 recante “*Definizione della controversia instaurata da Telecom Italia S.p.A. nei confronti di e-distribuzione S.p.A. ai sensi dell’articolo 9, del d.lgs. n. 33/16, dell’articolo 23 del d.lgs. 259/03 e del regolamento di cui alla delibera n. 226/15/CONS così come modificato ed integrato dalla delibera n. 449/16/CONS per asserita violazione dell’obbligo di trasparenza, non discriminazione, equità e ragionevolezza in tema di accesso alle infrastrutture utilizzabili per la posa di cavi in fibra ottica*”;

VISTA la delibera n. 131/17/CIR del 13 settembre 2017 recante “*Integrazione ed errata corrige della delibera n. 88/17/CIR con riferimento a quanto disposto, all’articolo 7, comma 2, in materia di costi previsti dal regolamento tecnico ed economico di accesso all’infrastruttura elettrica di e-distribuzione*”;

VISTA la delibera n. 162/17/CIR del 16 ottobre 2017 recante “*Valutazione dell’istanza di e-distribuzione, ai sensi della delibera n. 131/17/CIR, con riferimento a quanto disposto, all’articolo 7, comma 2, della delibera n. 88/17/CIR in materia di costi previsti dal regolamento tecnico ed economico di accesso all’infrastruttura elettrica di e-distribuzione*”;

VISTA la delibera n. 104/17/CONS del 27 febbraio 2017 recante “*Definizione della controversia tra [omissis] S.r.l. nei confronti di A2A Smart City S.p.A. ed Unareti S.p.A. per asserita violazione dell’art. 3 del d.lgs. n. 33 del 15 febbraio 2016 in relazione all’obbligo di trasparenza, non discriminazione, equità e ragionevolezza in tema di accesso alle infrastrutture fisiche utilizzabili per la posa di cavi in fibra ottica*”;

VISTA la delibera n. 50/19/CIR del 6 marzo 2019 recante “*Definizione della controversia tra Progetto Evo S.r.l. e Società Unica Abruzzese di Trasporto 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*”;

VISTA la delibera n. 60/19/CIR del 21 marzo 2019 recante “*Definizione della controversia tra Telecom Italia S.p.A. ed il Comune di Fiumefreddo di Sicilia (CT) 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*”;

VISTA la delibera n. 97/20/CIR del 27 febbraio 2020 recante “*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”;

VISTA la nota del 6 marzo 2020, acquisita in medesima data dall'Autorità, con cui la società Siportal S.r.l. (nel seguito *Siportal*) ha presentato istanza per la risoluzione di una controversia nei confronti del Comune di Noto, provincia di Siracusa (SR), nel seguito anche *Comune*, 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 con riferimento all'obbligo di trasparenza, non discriminazione, equità e ragionevolezza;

VISTA la comunicazione con cui, in data 31 marzo 2020, 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 ed il Comune (nel seguito congiuntamente denominate le *Parti*) in udienza per il giorno 21 aprile 2020 al fine di acquisire, attraverso il rituale confronto, elementi utili sulla instaurata controversia, contestualmente invitando il Comune al deposito delle proprie controdeduzioni fino a tre giorni lavorativi prima dell'udienza di comparizione;

VISTA la comunicazione del Comune, del 17 aprile 2020, acquisita dall'Autorità in medesima data, con la quale lo stesso ha inviato le proprie controdeduzioni sulla richiesta avversaria di Siportal;

VISTO il verbale dell'udienza del 21 aprile 2020;

VISTO l'articolo 7 del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 104, recante “*Misure urgenti per assicurare la continuità delle funzioni dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*” (convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 132), come modificato, da ultimo, dall'articolo 117 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27), ai sensi del quale “*Il Presidente e i componenti del Consiglio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di cui all'articolo 1 della legge 31 luglio 1997, n. 249, in carica alla data del 19 settembre 2019, continuano a esercitare le proprie funzioni fino a non oltre i sessanta giorni successivi alla data di cessazione dello stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, dichiarato con la delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 26 del 1° febbraio 2020*”;

CONSIDERATO quanto segue:

Sommario

1	Il procedimento	4
2	Il fatto	4
3	Le argomentazioni delle Parti	5
3.1	La posizione di Siportal	5

3.2 La posizione del comune di Noto	7
3.3 La replica di Siportal.....	7
4 Valutazioni istruttorie.....	8
4.1 Richiami sul quadro normativo.....	8
4.2 Valutazioni conclusive dell'Autorità	13

1 Il procedimento

La società Siportal in data 6 marzo 2020 ha inviato all'Autorità istanza di risoluzione della controversia nei confronti del Comune di Noto in tema di accesso alle infrastrutture utilizzabili per l'installazione di elementi di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità ai sensi della delibera n. 449/16/CONS e del decreto legislativo n. 33/2016.

Valutata la suddetta istanza ammissibile, la Direzione, ai sensi dell'articolo 15 del Regolamento, dava avvio alla procedura, convocando Siportal ed il Comune di Noto per la prima udienza di comparizione il 21 aprile 2020 e precisando che, in considerazione dell'attuale situazione epidemiologica Covid-19, l'udienza si sarebbe tenuta in collegamento audio e/o video conferenza.

In data 17 aprile 2020 il comune di Noto trasmetteva la propria memoria difensiva, comunicando inoltre *“l'impossibilità per l'ente di attivare un servizio di teleconferenza da remoto, anche alla luce dell'attuale situazione epidemiologica Covid-19 che vede attualmente l'impegno dell'Amministrazione a rispondere alle istanze sociali di tutela anche economiche...”*.

In data 21 aprile 2020 si teneva l'udienza alla presenza della sola Siportal, come da verbale agli atti.

2 Il fatto

Siportal è un operatore di telecomunicazioni in possesso dell'autorizzazione per la fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica ai sensi dell'art. 25, comma 4, del Codice, in virtù della quale è legittimata alla costruzione ed all'offerta di infrastrutture di reti di telecomunicazioni e dei relativi servizi a soggetti pubblici e privati. In particolare, con riguardo al triennio 2019-2021, Siportal si è posta l'obiettivo di attuare un potenziamento del progetto di copertura Fixed Wireless Access (FWA), al fine di garantire, ad ampie porzioni del territorio, di fruire di collegamenti ad Internet ad alte prestazioni.

Attualmente Siportal ha in programma lo sviluppo di un piano di infrastrutturazione FTTH che prevede il cablaggio del territorio comunale. Per la realizzazione di tale infrastruttura la Società ha esigenza di utilizzare, ai fini dell'appoggio della fibra ottica e ove compatibili, le infrastrutture fisiche già esistenti di proprietà del Comune.

In data 11 ottobre 2019 la Società, facendo seguito a precedenti interlocuzioni preliminari con gli Uffici competenti dell'Amministrazione, ha presentato la propria istanza, ai sensi del D.lgs. 33/2016, per l'utilizzo dell'infrastruttura pubblica di posa già esistente (gli impianti di pubblica illuminazione, semaforici, videosorveglianza e gli altri impianti di pubblica utilità) per la realizzazione di una rete di accesso ad Internet in tecnologia FTTH (*fiber to the home*) sul territorio del Comune, assicurandone la relativa gestione e manutenzione. A corredo di tale istanza è stato presentato un progetto tecnico degli interventi previsti, un elenco delle vie interessate e un cronoprogramma delle attività da svolgersi

Con la medesima istanza Siportal ha inoltre chiesto autorizzazione per le ispezioni preliminari, ai sensi dell'art. 4, c.7, D.lgs. 33/2016, necessarie all'esecuzione di prove di pervietà delle infrastrutture pubbliche esistenti.

La suddetta istanza, inoltre, riportava in allegato la "proposta di convenzione" (Convenzione) formulata dalla Società, da stipulare laddove il Comune avesse dato seguito all'istanza. La Convenzione è volta a regolare gli aspetti tecnico organizzativi delle attività, con la previsione di una disciplina dettagliata degli obblighi anche relativi alle attività manutentive successive alla realizzazione delle opere.

Il 4 febbraio 2020 il Comune, tramite comunicazione per le vie brevi, ha chiesto che la società Siportal provvedesse a trasmettere nuovamente la suddetta istanza a mezzo comunicazione e-mail. In seguito alla rinnovata trasmissione dell'istanza l'amministratore di Siportal è stato invitato ad incontrare il Sindaco del Comune il successivo 11 febbraio u.s.. In tale occasione, a quanto dichiarato, la Società non è stata ricevuta e non hanno fatto seguito ulteriori contatti o riscontro.

In data 6 marzo 2020, quindi, Siportal ha presentato all'Autorità la presente istanza di risoluzione della controversia nei confronti del Comune di Noto.

Nell'istanza Siportal chiede che l'Autorità:

- *Accerti e dichiari la violazione da parte del Comune di Noto delle disposizioni di cui all'art. 3 e 4 del Decreto nonché degli obblighi di, trasparenza, non discriminazione, equità e ragionevolezza in tema di accesso alle infrastrutture utilizzabili e, per l'effetto, il diritto di Siportal di accedere alle infrastrutture pubbliche di trasporto di proprietà del Comune di Noto, indicate nell'istanza, anche previo sopralluogo per la verifica in contraddittorio della fattibilità progettuale;*
- *imponga al Comune di Noto di soddisfare la richiesta di accesso di Siportal e di procedere alla sottoscrizione della Convenzione nell'immediato e comunque non oltre il quindicesimo giorno lavorativo successivo alla decisione dell'Autorità.*

3 Le argomentazioni delle Parti

3.1 La posizione di Siportal

Siportal ritiene illegittime le condotte del Comune di Noto in quanto violative di molteplici disposizioni 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.

In primo luogo, la condotta dell'Amministrazione integrerebbe la violazione dell'art. 3 del Decreto *de quo*, atteso che il Comune, decorsi i due mesi dalla ricezione dell'istanza, previsti dalla disposizione in parola, ha ommesso di fornire riscontro alla stessa, mantenendo una condotta totalmente silente.

Secondo quanto previsto, poi, al comma 4 del citato art. 3 del Decreto, l'accesso può essere rifiutato dal gestore dell'infrastruttura e dall'operatore di rete solo in taluni precisi casi che non sussistono nella fattispecie in esame.

Il comma 5 della disposizione in parola prevede che "I motivi del rifiuto devono essere esplicitati per iscritto entro due mesi dalla data di ricevimento della domanda d'accesso." e che "In caso di rifiuto, o comunque decorso inutilmente il termine indicato...", ciascuna delle Parti ha diritto di rivolgersi all'Agcom per chiedere "una decisione vincolante estesa anche a condizioni e prezzo".

Il legislatore, in ragione del *favor* per lo sviluppo delle reti di comunicazione elettronica ad alta velocità, ha posto a carico del gestore e dell'operatore della rete un obbligo particolarmente stringente di motivazione dell'eventuale provvedimento di rifiuto dell'accesso, che deve essere sempre giustificato attraverso la dimostrazione della sussistenza di ragioni ostative oggettive ed effettive.

In altri termini, anche laddove il Comune avesse voluto rigettare l'istanza, avrebbe dovuto esplicitare le ragioni ostative all'utilizzo dell'infrastruttura in modo specifico e dettagliato, in ossequio a quanto previsto dall'art 3, co. 4 e 5, del D.lgs. n. 33/2016 (e più in generale dall'art. 3 della L. 241/1990).

E, comunque, secondo quanto previsto dalle norme citate, l'Amministrazione può rifiutare l'accesso non a tutta l'infrastruttura pubblica nel suo complesso ma semmai a determinate parti della stessa ed esclusivamente per motivi oggettivi, di cui deve essere fornita adeguata giustificazione. Ciò che nel caso di specie non è successo.

Il silenzio del Comune sarebbe, secondo Siportal, in violazione di quanto previsto dall'art. 3 del Decreto, poiché l'Amministrazione, senza addurre alcuna motivazione, ha semplicemente ommesso di pronunciarsi entro il termine previsto di due mesi dalla ricezione dell'istanza.

Il Comune avrebbe violato, altresì, gli obblighi informativi stabiliti dall'art. 4 (commi 1-5) del Decreto, rubricato "Accesso alle informazioni sulle infrastrutture fisiche e sportello unico telematico. Istituzione del Sistema informativo nazionale federato delle infrastrutture" nonché l'obbligo stabilito dal medesimo art. 4, commi 6 e 7, di consentire l'accesso, entro 30 giorni dalla richiesta, per le verifiche in loco preliminari, urgenti e necessarie ai fini della fattibilità progettuale.

Il testo normativo prevede che gli operatori autorizzati a fornire servizi di comunicazioni elettroniche, per richiedere l'accesso ad un'infrastruttura fisica a norma dell'art. 3, abbiano il diritto di accedere, entro un mese dalla richiesta scritta, ad una serie di informazioni minime relative all'esistenza di infrastrutture fisiche di qualsiasi ente

pubblico gestore o operatore di rete, e l'accesso alle suddette informazioni può essere limitato soltanto se ritenuto necessario per ragioni connesse alla sicurezza e all'integrità delle reti, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza o alla sanità pubblica, alla riservatezza o a segreti tecnici e commerciali.

L'Amministrazione non avrebbe adempiuto ad alcuno dei suddetti obblighi previsti dall'art. 4 del Decreto in commento. In effetti, il Comune non ha nemmeno concesso a Siportal – nonostante l'esplicita richiesta formulate da quest'ultima - la possibilità di effettuare le ispezioni in loco preliminari al fine di valutare la fattibilità tecnica del progetto, impedendo così alla Società di acquisire tutte le informazioni necessarie per le valutazioni tecniche propedeutiche alla realizzazione del progetto.

3.2 La posizione del Comune di Noto

Il Comune di Noto, nella propria memoria difensiva, ha contestato le istanze e le pretese evidenziate dalla ricorrente che, in estrema sintesi, pretenderebbe di utilizzare senza alcun onere concessorio, per un fine privato di lucro, le condutture comunali pubbliche di illuminazione e ciò in deroga ai principi della più ampia partecipazione di altri operatori cui potrebbe fare ricorso l'Ente in attuazione del principio della più ampia concorrenza e selezione del migliore operatore per la collettività intera.

Il Comune aggiunge che dalla normativa non è dato evincere:

- 1) né l'obbligo della P.A. comunale di concedere l'autorizzazione all'uso delle strutture pubbliche senza l'apposizione di un onere concessorio;
- 2) né alcuna deroga al ricorso alle procedure di evidenza pubblica finalizzate sia alla più idonea progettualità dell'intervento in favore della collettività *netina* sia alla selezione dell'operatore con il migliore vantaggio per l'Ente e, di converso, per la collettività amministrata dall'Ente.

Il tutto alla luce della circostanza, di non poco rilievo, che la Siportal non è una *onlus* con finalità socioassistenziali ma una società con finalità di lucro che, certamente, non può essere legittimata senza oneri in favore dell'Ente e, conseguentemente, in favore della intera comunità, a lucrare guadagni derivanti dall'utilizzazione di un bene pubblico ascrivibile al patrimonio mobiliare indisponibile, quali sono gli impianti elettrici pubblici.

3.3 La replica di Siportal

Siportal ha replicato, nel corso dell'audizione, alla memoria difensiva presentata dal Comune di Noto oltre a rilevare l'assenza della controparte.

Nel merito Siportal ha replicato alla posizione del Comune contestando l'assunto per 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 agli impianti di comunicazione elettronica, contrasta, secondo Siportal, 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.

Tale impostazione sarebbe coerente con l'intenzione del legislatore di agevolare la diffusione dell'attività di fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica a banda ultralarga, definita “libera” all'art. 25, comma 1, del Codice (sulla *ratio* acceleratoria, con riferimento all'art. 88 del Codice, *ex multis*, T.R.G.A., Sez. I, sent. 30 novembre 2017 n. 335 e T.A.R. Molise, Campobasso, Sez. I, sent. 24 febbraio 2015 n. 77). Dalla lettura coordinata di tali norme, la giurisprudenza ha desunto il principio per cui i procedimenti di assegnazione dei diritti di utilizzo delle aree e delle infrastrutture dedicate alle reti di comunicazione elettronica sono sottratti a procedure competitive. E ciò poiché, altrimenti argomentando, si determinerebbe una insanabile lesione sia del principio di parità di fruizione delle infrastrutture per le comunicazioni sancito all'art. 89 del Codice sia della stessa *ratio* dell'intervento legislativo. 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.

Siportal ritiene, inoltre, che nessun canone è dovuto al Comune per l'utilizzo dell'infrastruttura *de qua*, atteso che l'art. 93 del Codice dispone il generale principio per cui “*Le Pubbliche Amministrazioni, le Regioni, le Province ed i Comuni non possono imporre per l'impianto di reti o per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica, oneri o canoni che non siano stabiliti per legge*”, volto a garantire la *par condicio* tra tutti gli operatori di comunicazioni elettroniche (Cass. Civ., Sez. I, sent. 10 gennaio 2017 n. 283). Tali oneri, in base all'interpretazione autentica contenuta nell'art. 12, comma 3, del Decreto, sarebbero solamente quelli indicati al comma 2 dell'art. 9 (ovvero la Tosap o la Cosap -T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, sent. 15 maggio 2018 n. 664). La finalità della norma è anche quella di “tutela della concorrenza”, *sub specie* di garanzia di parità di trattamento e di misure volte a non ostacolare l'ingresso di nuovi soggetti nel settore (cfr. T.a.r. per il Veneto, sez. III, 17 settembre 2018, n. 890).

Siportal, infine, evidenzia che, in sede di presentazione dell'istanza, ha inviato all'Amministrazione una bozza di convenzione in cui è contenuto un paragrafo concernente le condizioni di vantaggio a favore dell'Amministrazione, da valutare e implementare in contraddittorio con quest'ultima, ma, il confronto è stato più volte rifiutato dal Comune.

4 Valutazioni istruttorie

4.1 Richiami sul quadro normativo

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”.

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. ...”.

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 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:

«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;

«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 caso in questione il *Gestore dell'infrastruttura* è il Comune stesso, Ente pubblico.

L'infrastruttura a cui Siportal ha richiesto accesso è costituita dagli impianti di pubblica illuminazione, semaforici, videosorveglianza e gli altri impianti di pubblica utilità.

La norma su richiamata 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.

La sopradetta *voluntas* legislativa, di recupero dei costi, si palesa anche nella previsione di cui all'art. 14, comma 3, del Decreto, la quale ha abrogato i commi 2 e 3, primo periodo, dell'art. 2, del d.lgs. n. 112/08, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133/08¹.

In particolare, il comma 2 della citata norma, **come detto abrogata**, prevedeva che *L'operatore della comunicazione ha facoltà di utilizzare per la posa della fibra nei cavidotti, senza oneri, **le infrastrutture civili già esistenti di proprietà a qualsiasi titolo pubblica o comunque in titolarità di concessionari pubblici.** Qualora dall'esecuzione dell'opera possa derivare un pregiudizio alle infrastrutture civili esistenti le parti, senza*

¹ "L'operatore della comunicazione ha facoltà di utilizzare per la posa della fibra nei cavidotti, senza oneri, le infrastrutture civili già esistenti di proprietà a qualsiasi titolo pubblica o comunque in titolarità di concessionari pubblici.

Nei casi di cui al comma 2 resta salvo il potere regolamentare riconosciuto, in materia di coibitazione e condivisione di infrastrutture, all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni dall'articolo 89, comma 1, del codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259"

che ciò possa cagionare ritardo alcuno all'esecuzione dei lavori, concordano un equo indennizzo, che, in caso di dissenso, è determinato dal giudice.

La scelta di espungere detta previsione dalla normativa vigente deriva dall'esigenza, riconosciuta e garantita dal legislatore, di assicurare al gestore della rete, anche ente pubblico, la possibilità di recuperare i costi sostenuti o da sostenere per la **realizzazione e la manutenzione** dell'infrastruttura gestita.

Si richiama, inoltre, che l'articolo 12 del Decreto, recante “Disposizioni di coordinamento”, prevede che *Le disposizioni contenute nel decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, e successive modificazioni, recante **Codice delle comunicazioni elettroniche prevalgono in caso di conflitto con le disposizioni del presente decreto.***

L'articolo 88 del Codice, recante “Opere civili, scavi ed occupazione di suolo pubblico”, al comma 6, prevede che:

*6. Il rilascio dell'autorizzazione 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.***

Pertanto, in merito alle infrastrutture esistenti, il Codice fa riferimento ad un principio di applicazione di condizioni economiche eque, oltre che trasparenti e non discriminatorie.

Per quanto riguarda i Comuni, va citato anche l'articolo 93 del Codice recante “Divieto di imporre altri oneri” ma che si applica nel caso di richiesta di permesso ad installare reti di comunicazione elettronica mediante scavo². Non rileva, pertanto, nel caso in questione.

² Lo stesso prevede che:

1. Le Pubbliche Amministrazioni, le Regioni, le Province ed i Comuni non possono imporre per l'impianto di reti o per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica, oneri o canoni che non siano stabiliti per legge.

2. Gli operatori che forniscono reti di comunicazione elettronica hanno l'obbligo di tenere indenne la Pubblica Amministrazione, l'Ente locale, ovvero l'Ente proprietario o gestore, dalle spese necessarie per le opere di sistemazione delle aree pubbliche specificamente coinvolte dagli interventi di installazione e manutenzione e di ripristinare a regola d'arte le aree medesime nei tempi stabiliti dall'Ente locale. Nessun altro onere finanziario, reale o contributo può essere imposto, in conseguenza dell'esecuzione delle opere di cui al Codice o per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica, fatta salva l'applicazione della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche di cui al capo II del decreto legislativo 15 novembre 1993, n. 507, oppure del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche di cui all'articolo 63 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, e successive modificazioni, calcolato secondo quanto previsto dal comma 2, lettere e) ed f), del medesimo articolo, ovvero dell'eventuale contributo una tantum per spese di costruzione delle gallerie di cui all'articolo 47, comma 4, del predetto decreto legislativo 15 novembre 1993, n. 507.

Ciò detto, con riferimento al caso di specie, in conclusione il Codice prevede due principi basilari per quanto riguarda i Comuni:

- la possibilità di mettere a disposizione infrastrutture già esistenti a condizioni trasparenti, non discriminatorie, eque e ragionevoli;
- in caso di realizzazioni da parte dell'operatore di reti, mediante scavo, di non imporre altri oneri se non quelli previsti dalla legge.

Tanto premesso, il Decreto ed il Codice risultano coerenti atteso che l'articolo 93 del Codice si riferisce alle opere di scavo per l'installazione di reti di comunicazione e che, nel caso di infrastrutture esistenti (che ci riguarda), il Codice fa genericamente riferimento, in relazione alla fornitura dell'accesso, all'applicazione di un **principio di equità e ragionevolezza**, che non risulta in contrasto con il **principio di recupero dei costi** di cui al Decreto.

La delibera n. 622/11/CONS dell'Autorità, nell'allegato 1, contiene le "Linee guida in tema di diritti di passaggio e accesso alle infrastrutture di posa". Per le infrastrutture esistenti all'art. 1 comma 1 è previsto che: *"Enti Pubblici o concessionari pubblici offrono agli operatori, anche tramite la pubblicazione di uno specifico documento contenente le condizioni di uso della infrastruttura, l'accesso alle infrastrutture civili disponibili, **che possiedono o gestiscono**, adatte ad ospitare reti di comunicazione elettronica, quali, ad esempio cunicoli, cavedi, condotti e cavidotti, **sino al limite della capacità di contenimento**".*

Il comma 3 prevede che *L'accesso, di cui al comma 1, è assicurato a tutti gli operatori autorizzati a fornire reti di comunicazione, sulla base di contratti, convenzioni e comunque in coerenza con i principi di cui alla normativa vigente, richiamati nel presente documento, a condizioni eque, trasparenti, non discriminatorie, senza ritardi ingiustificati e a condizione che non venga turbato l'esercizio delle rispettive attività istituzionali.*

4.2 Valutazioni conclusive dell'Autorità

Come premesso nell'istanza Siportal ha chiesto all'Autorità che:

- *accerti e dichiarare la violazione da parte del Comune di Noto delle disposizioni di cui all'art. 3 e 4 del Decreto nonché degli obblighi di, trasparenza, non discriminazione, equità e ragionevolezza in tema di accesso alle infrastrutture utilizzabili e, per l'effetto, il diritto di Siportal di accedere alle infrastrutture pubbliche di trasporto di proprietà del Comune di Noto,*

A tale proposito il Decreto specifica, nella norma di coordinamento, che

3. L'articolo 93, comma 2, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che gli operatori che forniscono reti di comunicazione elettronica possono essere soggetti soltanto alle prestazioni e alle tasse o canoni espressamente previsti dal comma 2 della medesima disposizione.

indicate nell'istanza, anche previo sopralluogo per la verifica in contraddittorio della fattibilità progettuale;

- *imponga al Comune di Noto di soddisfare la richiesta di accesso di Siportal e di procedere alla sottoscrizione della Convenzione nell'immediato e comunque non oltre il quindicesimo giorno lavorativo successivo alla decisione dell'Autorità.*

L'Autorità ha già avuto modo di pronunciarsi su analoga questione, da ultimo, con delibera n. 60/19/CIR il cui quadro normativo è stato ripreso nella sezione precedente per quanto pertinente.

Alla luce di quanto in atti Siportal, ai sensi dei commi 2 e 3 dell'art.3 del Decreto, ha *presentato per iscritto domanda di installazione di elementi di reti di comunicazione elettronica e, alla richiesta scritta, ha allegato una relazione esplicativa, in cui sono indicati gli elementi del progetto da realizzare, comprensivi di un cronoprogramma degli interventi specifici.*

Il Comune, da un lato, non ha esplicitato i motivi di rifiuto entro i termini previsti dall'art.3, comma 5, ossia 2 mesi dalla ricezione della richiesta, dall'altro, nel corso dell'istruttoria, ha opposto un motivo di rifiuto, ossia la necessità di adire una gara competitiva, non previsto nell'elenco tassativo dei possibili motivi di cui al comma 4, ovvero inidoneità dell'infrastruttura, indisponibilità di spazio, sicurezza, disponibilità di fibra ottica spenta da poter concedere.

Si ritiene, pertanto, che il Comune non abbia ottemperato a quanto previsto dall'art. 3 in relazione al soddisfacimento del diritto di accesso alle infrastrutture di posa di Siportal.

Quanto alla questione degli oneri economici di accesso si ritiene, viceversa, non condivisibile il richiamo di Siportal all'art.93, fatto salvo i casi in cui realizzerà opere di scavo a proprie spese.

In caso di accesso alle infrastrutture esistenti il Codice fa genericamente riferimento all'applicazione di un **principio di equità e ragionevolezza**, che non risulta in contrasto con il **principio di recupero dei costi** di cui al Decreto. Infatti, in base all'art. 88 del Codice, comma 6, ***Il Comune può mettere a disposizione, direttamente o per il tramite di una società controllata, infrastrutture a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie.***

Il comma 12 dell'art.88 prevede che. *Le figure soggettive esercenti pubblici servizi o titolari di pubbliche funzioni hanno l'obbligo, sulla base di accordi commerciali a condizioni eque e non discriminatorie, di consentire l'accesso alle proprie infrastrutture civili disponibili, a condizione che non venga turbato l'esercizio delle rispettive attività istituzionali.*

Il tenore del comma 12, 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.

Non si condivide, pertanto, 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, 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.

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 "coubicazione 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.

In conclusione, l'utilizzo della gara pubblica non è tra i motivi di diniego tassativamente previsti dal Decreto (art. 3, comma 4), 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).

Tutto quanto premesso l'Autorità ritiene di adottare una decisione di definizione della controversia in cui:

1. si accoglie l'istanza di Siportal in relazione al riconoscimento del diritto di accesso alle infrastrutture di posa dei cavi in fibra ottica nel Comune. Pertanto, le Parti dovranno avviare la negoziazione della convezione proposta da Siportal e concluderla entro 2 mesi dalla notifica del provvedimento; parallelamente le Parti dovranno concordare, entro 1 mese, un calendario per le prove di pervietà delle infrastrutture richieste da concludere in tempi ragionevoli e senza ritardi per le attività di Siportal; le Parti dovranno predisporre opportuni verbali, in contraddittorio, sugli esiti delle ispezioni nei quali si riporta lo stato delle infrastrutture, l'eventuale necessità di bonifica, la sezione complessiva dei cavidotti e tubi, la sezione già occupata, la sezione necessaria a Siportal, la sezione da riservare al Comune per eventuali e documentate esigenze; l'esito delle verifiche dipende, secondo canoni di buona fede e diligenza professionale, dalle suddette evidenze tecniche sullo spazio disponibile per la posa di minitubi/cavi in fibra ottica di Siportal e dalle prove effettuate sul campo;

2. si accoglie la richiesta del Comune di vedersi riconosciuti, a fronte della concessione dell'accesso alle infrastrutture esistenti, oneri economici secondo canoni di equità, ragionevolezza e non discriminazione, da fissarsi a seguito di negoziazione commerciale con Siportal; a tal fine le Parti possono far riferimento alle applicabili al caso di specie precedenti decisioni dell'Autorità in ambito regolamentare e a seguito di definizione di controversie.

L'Autorità ritiene, infine, opportuno che il Comune si attivi per inviare, ai sensi dell'art. 4 del Decreto, le necessarie informazioni sulle proprie infrastrutture adatte alla posa di cavi in fibra ottica ai fini dell'inserimento nel SINFI, per quanto possibile e praticabile.

VISTI gli atti del procedimento;

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

DELIBERA

Articolo 1

1. Il comune di Noto e Siportal concludono, entro due mesi dalla notifica del presente provvedimento, la negoziazione e sottoscrizione di una convenzione relativa all'accesso alle infrastrutture esistenti nel Comune.
2. È diritto del Comune, ai sensi della vigente normativa, vedersi riconosciuti, per l'accesso alle infrastrutture esistenti, oneri economici da fissare, secondo canoni di equità, ragionevolezza e non discriminazione, a seguito di negoziazione commerciale con Siportal; tali canoni sono riportati all'interno della convenzione di cui al comma 1.
3. Le Parti concordano, entro 1 mese dalla notifica del presente provvedimento, un calendario per le prove di pervietà delle infrastrutture richieste, da concludere in tempi ragionevoli e senza ritardi per le attività di realizzazione della rete a banda ultralarga di Siportal; l'accesso è autorizzato senza indugio una volta completate le prove di cui sopra, di cui le Parti devono aver redatto opportuno e puntuale verbale, e in caso di esito positivo delle stesse.
4. L'inottemperanza al presente ordine comporta l'irrogazione delle sanzioni previste dalla normativa vigente.

Il presente provvedimento è notificato a Siportal S.r.l. ed al Comune di Noto e 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, 6 agosto 2020

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Mario Morcellini

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