

DELIBERA N. 29/22/CIR

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA TRA INTRED S.P.A. E LA SOCIETÀ OPEN FIBER S.P.A. IN MATERIA DI FORNITURA DEI SERVIZI DI COLOCAZIONE A CONDIZIONI EQUE E NON DISCRIMINATORIE AI SENSI DELL'ARTICOLO 5 DEL REGOLAMENTO DI CUI ALLA DELIBERA N. 449/16/CONS

L'AUTORITÀ

NELLA riunione della Commissione Infrastrutture e Reti del 26 ottobre 2022;

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* o AGCOM;

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”*;

VISTA la direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2018, che istituisce il *codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione)*;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante *“Codice delle comunicazioni elettroniche”*, come modificato dal decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 207, recante *“Attuazione della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2018, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione)”* (di seguito *Codice*);

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”* come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 124/22/CONS del 13 aprile 2022;

VISTA la nota del 29 dicembre 2021 acquisita al protocollo dell'Autorità n. 498950 in data 5 gennaio 2022 con cui la società Intred S.p.A. (di seguito Intred) ha proposto l'avvio di un procedimento controversiale dinanzi all'Autorità nei confronti della società Open Fiber S.p.A. (di seguito Open Fiber);

VISTA la nota del 12 gennaio 2022 protocollo n. 8522 con cui l'Autorità, ai sensi del *Regolamento*, convocava le parti per la prima udienza e dava avvio al procedimento;

VISTE le memorie del 4 e dell'8 febbraio 2022 rispettivamente acquisite a protocollo n. 3936 e n. 44061 del 9 febbraio 2022 inviate della società Open Fiber;

VISTA la memoria di replica dell'8 febbraio 2022 acquisita a protocollo n. 46646 in data 10 febbraio dell'istante Intred;

VISTO il verbale di udienza dell'11 febbraio 2022;

VISTA la memoria del 25 febbraio 2022 della società Intred acquisita a protocollo n. 70328 del 28 febbraio 2022;

VISTA la memoria di Open Fiber dell'11 marzo 2022 acquisita in pari data al protocollo n. 86459;

VISTO il verbale della seconda udienza del 18 marzo 2022;

CONSIDERATE le richieste di proroga inviate al responsabile del procedimento per le vie brevi accordate al fine di verificare il possibile bonario componimento della lite insorta;

VISTA la nota congiunta del 27 giugno 2022 acquisita in pari data a protocollo n. 200803 con cui le parti comunicavano congiuntamente l'impossibilità alla composizione bonaria della controversia;

VISTA la nota del 27 giugno 2022 protocollo n. 200703 di convocazione delle parti per la terza udienza;

VISTO il verbale della terza udienza del 20 luglio 2022;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Il procedimento

Con nota del 12 gennaio 2022, la Direzione ha convocato, ai sensi dell'art. 5 e ss. del *Regolamento*, la società istante, Open Fiber e Infratel (nel seguito congiuntamente denominate le *Parti*) in udienza per il giorno 11 febbraio 2022.

Con comunicazione del 4 febbraio 2022 la società Open Fiber ha inviato le proprie memorie acquisite in pari data con protocollo n.39361.

Open Fiber inviava ulteriori memorie di replica in data 8 febbraio 2022 che venivano acquisite a protocollo n. 44061 del 9 febbraio 2022.

Intred depositava le proprie memorie di replica in data 8 febbraio 2022 acquisite a protocollo n.46646 in data 10 febbraio.

L'udienza, in data 11 febbraio, si svolgeva in assenza della società Infratel pur ritualmente convocata.

Nel corso dell'udienza l'Autorità, preso atto dell'irrilevante assenza della società Infratel ai fini del contraddittorio procedimentale, assegnava il termine del 25 febbraio a Intred per produrre le memorie e rispettivamente ad OF quello dell'11 marzo. Rinviava altresì la prosecuzione del contraddittorio alla successiva udienza dell'18 marzo.

Intred depositava ulteriori memorie in data 25 febbraio 2022 che venivano acquisite al protocollo n.70328 del 28 febbraio 2022.

Open Fiber depositava ritualmente le proprie memorie in data 11 marzo 2022, acquisite in pari data protocollo n.86459.

In data 18 marzo si svolgeva la seconda udienza di cui veniva redatto sintetico verbale ai sensi del *Regolamento*.

A valle dell'udienza l'Autorità assegnava alle parti il termine dell'8 aprile per lo svolgimento del tentativo di conciliazione della controversia insorta.

Con mail del 6 aprile 2022 le parti congiuntamente chiedevano al responsabile del procedimento una proroga – al 29 aprile 2022 - del termine assegnato per tentare il componimento bonario della lite. Il responsabile del procedimento accordava la proroga con mail in pari data.

In data 29 aprile veniva altresì richiesta congiuntamente ed accolta una nuova proroga del termine suddetto al 23 maggio. In tale data veniva in via definitiva richiesta congiuntamente e disposta dal responsabile del procedimento una ulteriore proroga del termine al 23 giugno 2022.

In data 27 giugno le parti comunicavano congiuntamente, con nota acquisita a protocollo n.200803, l'impossibilità alla composizione bonaria della controversia. In pari data il responsabile del procedimento convocava con nota prot. n. 200703 le parti per la terza udienza in data 11 luglio 2022.

Le parti chiedevano, per impossibilità nella data fissata, lo spostamento dell'udienza alla data del 20 luglio 2022.

L'udienza si svolgeva nella suddetta data e veniva redatto della stessa il verbale sintetico ai sensi del *Regolamento*.

L'Autorità prendeva atto dell'impossibilità alla composizione bonaria della controversia insorta e, ai sensi del *Regolamento*, si riservava tutte le valutazioni istruttorie per la definizione della lite.

2. Il fatto

L'istanza proposta da Intred ha ad oggetto la fornitura dei servizi di collocazione a condizioni eque e non discriminatorie.

Intred è un operatore di comunicazioni elettroniche titolare di un'autorizzazione generale per servizio di installazione e fornitura di una rete pubblica di comunicazione elettronica sull'intero territorio nazionale e ha sviluppato sul territorio della regione Lombardia una rete di proprietà di oltre 4.800 km di fibra posata.

In data 24 febbraio 2021, Intred si aggiudicava il bando di Infratel relativo alla Procedura aperta per la fornitura di servizi di connettività Internet a banda ultra-larga presso le sedi scolastiche – Lotto 2 – Regione Lombardia (“Bando Scuole”). In esito a tale aggiudicazione, in data 22 aprile 2021 Intred ed Infratel sottoscrivevano il relativo contratto di fornitura.

In esito a tale aggiudicazione, in data 25 marzo 2021 Intred “*provvedeva a contattare OF, aggiudicataria delle gare indette da Infratel nelle c.d. Aree Bianche, al fine di (i) informare OF della propria volontà di raggiungere tutti i punti di consegna neutri (“PCN”) di OF in Lombardia in modo da sviluppare una rete capillare; (ii) ottenere le informazioni circa l'ubicazione di tutti i PCN lombardi ed i relativi nominativi delle scuole afferenti a ciascun PCN; (iii) informare OF dei tre diversi modelli che Intred intendeva implementare per raggiungere ciascun PCN di OF, chiedendo altresì ad OF di chiarirne la fattibilità e le condizioni economiche*”.

In particolare, Intred individuava tre diversi modelli per raggiungere ciascun PCN:

(a) Collocazione attiva: “*Laddove Intred non avesse shelter di sua proprietà nella zona di riferimento, Intred valutava la possibilità di collocarsi nel PCN di OF in modalità attiva. In tale scenario, Intred avrebbe posizionato all'interno del PCN di OF i propri switch ed optical line terminal (OLT) per collegare sia le relative scuole sia i clienti non raggiunti dalla rete OF*”;

(b) Collocazione passiva: “*Laddove invece Intred avesse già un proprio shelter nella zona in cui è presente il PCN di OF, Intred richiederebbe ad OF servizi di collocazione in modalità passiva, limitandosi a posizionare nel PCN di OF un cassetto ottico. In questo scenario, le scuole coperte dalla rete OF sarebbero state collegate attraverso il PCN di*

OF allo switch ed all'OLT di Intred posti nello shelter di Intred, così da evitare inefficienti duplicazioni di infrastrutture attive”;

(c) Nessuna collocazione: *“Laddove Intred avesse già un proprio shelter nella zona in cui è presente il PCN di OF, Intred valutava la possibilità di intercettare le fibre direttamente nel pozzetto di OF. Anche in tale ipotesi, lo switch e l'OLT di Intred sarebbero stati posizionati nello shelter di Intred”.*

In data 15 aprile 2021, OF rispondeva ad Intred fornendo l'elenco di tutti i PCN disponibili nella Regione Lombardia per il 2021 e rinviando al proprio listino dei servizi nelle aree C e D.

In data 29 aprile 2021, Intred scriveva ad OF per informarla dell'avvenuta stipula del contratto con Infratel in esito all'aggiudicazione del Bando Scuole, e ribadiva la propria necessità di collegarsi ai PCN di OF per sviluppare la propria rete e adempiere agli obblighi di cui al Bando Scuole. Intred chiedeva pertanto ad OF la fornitura di servizi di collocazione passiva in una serie di PCN dove Intred aveva un proprio shelter, puntualmente identificati nella stessa comunicazione.

In data 13 maggio 2021, OF rispondeva alla richiesta di Intred richiamando il proprio Listino contenente le condizioni tecniche ed economiche del servizio di collocazione al PCN.

Dopo aver verificato che il Listino C&D di OF conteneva le condizioni tecniche ed economiche esclusivamente con riferimento a servizi di collocazione in forma attiva, in data 17 maggio 2021 Intred chiedeva nuovamente ad OF di inviarle un'offerta economica relativa alla collocazione passiva nelle aree in cui Intred aveva propri shelter.

In data 14 luglio 2021 Intred chiedeva nuovamente ad OF servizi di collocazione passiva in alcuni PCN già individuati nella propria comunicazione del 29 aprile 2021, in aree nelle quali Intred aveva un proprio shelter.

In data 29 luglio 2021, OF rispondeva alla comunicazione di Intred rinviando nuovamente al Listino C&D per le condizioni tecniche ed economiche del servizio di collocazione al PCN e, al contempo, precisando per la prima volta, a distanza di quattro mesi dalla prima richiesta di Intred, che *“la collocazione passiva, è una fattispecie né tecnicamente, né economicamente delineata nel predetto Listino C&D redatto ed approvato dagli enti competenti secondo i termini di offerta previsti dal bando Aree Bianche”.* OF invitava, pertanto, Intred ad inviarle gli ordinativi per tutti i plessi già raggiunti dalla rete Infratel e di cui OF aveva già comunicato la disponibilità.

In data 14 settembre 2021 Intred informava OF che avrebbe inoltrato una serie di ordini per servizi di collocazione attiva presso i PCN di OF esclusivamente a causa dell'indisponibilità da parte di OF a fornire tali servizi in modalità passiva, con espressa

riserva di indicare successivamente quali di questi servizi andranno resi in modalità passiva laddove OF si rendesse disponibile a fornire servizi di collocazione passiva.

In data 15 ottobre 2021, da ultimo, OF replicava richiamando le precedenti comunicazioni sul tema e ribadendo l'applicabilità del proprio Listino C&D.

Preso atto della impraticabile conclusione bonaria della vicenda ed in ragione dei vani tentativi esperiti, Intred si è quindi rivolta all'Autorità.

Preso atto della impraticabile conclusione bonaria della vicenda ed in ragione dei vani tentativi esperiti, Intred si è quindi rivolta all'Autorità chiedendo *“di imporre ad OF di fornire ad Intred servizi di collocazione anche in modalità passiva in ossequio al principio di efficienza ed ai sensi dell'art. 89, comma 1, e dell'art. 89, comma 2, del Codice, nonché dell'art. 8 della delibera AGCOM n. 622/11/CONS, a condizioni economiche eque e non discriminatorie”*.

3. Le argomentazioni delle Parti

3.1. La posizione di Intred

La controversia *de quo* si basa sul rifiuto da parte di OF di fornire ad Intred servizi di collocazione passiva presso i PCN situati nelle aree in cui Intred ha già propri shelter. Tale rifiuto, sostiene Intred, sarebbe da considerarsi in violazione della regolamentazione di settore ed ha un particolare impatto con riferimento agli obblighi in capo ad Intred derivanti dal Bando Scuole.

Per ottemperare agli obblighi di cui al Bando Scuole, Intred ha la necessità di sviluppare la propria rete in Lombardia così da raggiungere i plessi scolastici che si trovano nelle cosiddette Aree Bianche, altresì dette aree C e D. Per far ciò, Intred deve necessariamente utilizzare infrastrutture di proprietà di OF, a propria volta risultata aggiudicataria delle gare Infratel nelle Aree Bianche.

Nello sviluppare la propria rete, Intred ha verificato di avere necessità diverse a seconda delle aree in cui si trovano i plessi scolastici, così come debitamente e prontamente comunicato da Intred ad OF sin dal 25 marzo 2021.

Intred è disponibile a collocarsi in modalità attiva presso il PCN di OF o laddove, invece, il plesso scolastico si trovasse in un'area in cui Intred ha già un proprio shelter, sarebbe sufficiente per Intred collocarsi in modalità passiva presso il PCN OF, sfruttando il proprio shelter per posizionarvi i propri switch ed OLT.

Intred evidenzia come gli shelter realizzati dalla stessa e distribuiti sul territorio lombardo comprendono tutti gli apparati attivi e le risorse necessarie per l'erogazione dei servizi di connettività. Per i PCN di OF limitrofi agli shelter di Intred, sarebbe, pertanto, sufficiente posizionare un apparato passivo (cassetto ottico di permutazione) all'interno dei PCN

stessi. Collegando poi tale cassetto ottico con gli apparati attivi (Switch ed OLT) presenti negli shelter di Intred si possono connettere i clienti afferenti al PCN in questione.

OF, invece, obbliga Intred a replicare gli stessi apparati attivi presenti nel proprio shelter anche nel PCN di OF. Da un punto di vista tecnico, secondo Intred, l'utilizzo di apparati attivi non necessari per l'erogazione del servizio comporta i seguenti svantaggi:

- Affidabilità: ogni apparato attivo non necessario introduce sulla rete un aggiuntivo *point of failure*;
- Efficienza: l'utilizzo di apparati attivi non necessari comporta lo spreco di energia elettrica sia per l'alimentazione sia per il raffreddamento, con notevole impatto ambientale;
- Prestazioni: ogni apparato attivo non necessario comporta l'introduzione di latenza aggiuntiva indesiderata sulla rete.

L'utilizzo della collocazione passiva presso i PCN situati nelle aree dove Intred ha già propri shelter consente, secondo l'istante, di evitare le tre criticità di cui al capoverso precedente, assicurando la massima efficienza della rete di accesso e delle risorse impiegate allo scopo.

Intred ricorda nell'istanza di avvio che il servizio di collocazione attiva può essere acquistato in due modalità:

- a) Contratto annuale: €/anno 1.975 corrisposti con canone mensile anticipato;
- b) Contratto pluriennale in IRU: con durata 10 – 15 – 20 anni con pagamento corrisposto in un'unica soluzione anticipata all'attivazione del servizio.

Per motivi di economicità Intred afferma di aver optato per la soluzione in IRU a 10 anni. L'utilizzo della soluzione di collocazione attiva comporta per Intred i seguenti costi per ogni PCN: (i) Apparati attivi: € 4.100; (ii) Setup degli apparati: € 500; (iii) Servizio di collocazione attiva in IRU per 10 anni: € 14.035.

Secondo Intred la possibilità di collocazione passiva eliminerebbe i costi di cui ai punti (i) e (ii) ed inoltre ridurrebbe sensibilmente i costi di cui al punto (iii) limitandoli esclusivamente al costo afferente all'utilizzo di spazio fisico all'interno del PCN escludendo tutti i costi di energia elettrica per l'alimentazione degli apparati e del loro raffrescamento.

La richiesta di Intred di collocazione passiva nei PCN situati in aree in cui Intred ha già un proprio shelter è finalizzata - a suo dire - ad evitare una duplicazione di infrastrutture, e risponde a criteri di maggiore efficienza sia tecnica che economica.

Intred richiama gli obiettivi generali della disciplina di reti e servizi di comunicazione elettronica, come definiti all'art. 4, commi 1 e 2, del *Codice*. Richiama altresì l'art. 50 del

Codice (come modificato), che prevede espressamente che sia l'AGCOM a coordinare il processo previsto al punto 4.3.3 che precede, anche mediante regolamenti o linee guida.

Tale principio – afferma Intred – è stato poi ribadito all'art. 8 della delibera AGCOM n. 622/11/CONS, che nel replicare le previsioni di cui all'art. 50 del *Codice* (all'epoca contenute nell'art. 89) ne ribadisce ulteriormente la portata generale chiarendo che *“l'Autorità può attuare [l'imposizione dell'obbligo di condivisione] nei casi in cui ritenga che le condizioni concorrenziali lo richiedano, se ciò è giustificato dal fatto che la duplicazione di tale infrastruttura sarebbe economicamente inefficiente o fisicamente impraticabile”*.

Intred afferma che la duplicazione dell'infrastruttura sarebbe del tutto inefficiente, dal momento che non avrebbe alcuna necessità di usufruire dei servizi di colocazione attiva di OF nelle aree in cui ha già la disponibilità di propri shelter.

Il rifiuto da parte di OF di fornire servizi di colocazione passiva nelle aree C e D costituisce pertanto – secondo Intred – *“una barriera alla possibilità di sviluppare una rete efficiente ed economicamente sostenibile in tali aree, costringendo di fatto Intred a duplicare la propria infrastruttura acquistando servizi di colocazione attiva di cui non avrebbe bisogno”*.

Intred invoca inoltre l'art. 84, comma 1, *lett. g)*, del *Codice* (come modificato), ai sensi del quale l'AGCOM può imporre agli operatori *“di consentire la colocazione o altre forme di condivisione associata degli impianti”*. Tale previsione è specificamente rivolta agli operatori aventi significativo potere di mercato, ma è di tutta evidenza come gli interessi che tale norma si propone di tutelare siano gli stessi che Intred vorrebbe proteggere nel caso di specie: nella sua qualità di aggiudicataria delle gare Infratel nelle aree C e D, OF è infatti l'unico soggetto cui Intred può rivolgersi per sviluppare la propria rete in tali aree in ottemperanza al Bando Scuole, ed il suo rifiuto rende di fatto impossibile per Intred sviluppare la propria rete secondo i propri piani tecnici e con criteri di economicità ed efficienza.

Intred nell'istanza chiede che OF, concessionario pubblico della rete Infratel nelle aree C e D, le fornisca servizi di colocazione passiva presso i PCN situati nelle aree in cui Intred avesse già un proprio shelter e qualifica il diniego opposto da OF del tutto infondato, ingiustificato e lesivo dei propri interessi.

Tale diniego, in particolare, obbliga Intred a collocarsi in modo attivo su tutti i 164 PCN previsti ad oggi per la Lombardia.

Intred chiede all'Autorità di imporre ad OF di fornire ad Intred servizi di colocazione anche in modalità passiva in ossequio al principio di efficienza ed ai sensi dell'art. 89, comma 1, e dell'art. 89, comma 2, del *Codice*, nonché dell'art. 8 della delibera AGCOM n. 622/11/CONS, a condizioni economiche eque e non discriminatorie.

3.2. La posizione di Open Fiber

OF considera del tutto infondate oltre che illegittime le richieste di Intred ed il conseguente presunto obbligo a suo carico.

L'istanza di Intred è del tutto destituita di legittimità e di qualsivoglia fondamento sia in fatto che in diritto, non supportata da valide argomentazioni giuridiche, e quindi non meritevole di accoglimento.

OF ritiene che non sia rispondente al vero il fatto che OF solo a luglio 2021 ha reso note a Intred le condizioni di offerta del servizio di colocazione, così come non è altrettanto vero che Intred non le avesse conosciute fino a tale data.

OF afferma che il Listino OF relativo alle aree C&D è pubblico e consultabile da chiunque.

Ed inoltre evidenzia che le modalità e le condizioni tecniche ed economiche del servizio di colocazione offerto da OF, siano non solo note ad Intred da oltre due anni, ma anche come le stesse siano state accettate e sottoscritte da Intred stessa.

Intred era consapevole già dal gennaio 2020 di quali fossero le modalità di fornitura del servizio.

OF evidenzia l'assenza di qualsiasi presupposto normativo in base al quale dovrebbe ora farsi carico delle inefficienze o dei costi di Intred.

OF richiama l'articolo 26 del *Codice* e quelli del *Regolamento* in materia di controversie approvato con delibera n. 449/16/CONS dai quali – a suo dire - emerge in modo inequivoco, che un contenzioso può essere avviato e trovare legittimazione solo ed esclusivamente, se ha come presupposto la (almeno presunta) violazione di specifici preesistenti obblighi, individuati dal *Codice* o da provvedimenti dell'Autorità.

Secondo OF l'istanza di Intred è inconferente rispetto ai riferimenti normativi appena richiamati e ritiene che il richiamo gli articoli 50 e 84 del *Codice*, il considerando 105 della Direttiva 1972/2018, e l'articolo 8 della delibera n. 622/11/CONS, sia infondato e meramente pretestuoso.

Il considerando 105 recita: “...*Le autorità competenti dovrebbero essere autorizzate ad imporre alle imprese che hanno beneficiato di diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private, ovvero al di sopra o al di sotto di esse, di condividere tali strutture o proprietà, compresa la colocazione, dopo un adeguato periodo di pubblica consultazione nel corso del quale a tutte le parti interessate dovrebbe essere data la possibilità di esprimere il proprio parere, nelle aree specifiche in cui tali motivi di interesse generale rendono necessaria detta condivisione. Ciò può verificarsi, ad esempio, in caso di elevata congestione del sottosuolo o di necessità di varcare una barriera naturale. Le autorità competenti dovrebbero in particolare essere autorizzate*

ad imporre la condivisione di elementi della rete e risorse correlate come condotti, guaine, piloni, pozzetti, armadi di distribuzione, antenne, torri e altre strutture di supporto, edifici o accesso a edifici, nonché un migliore coordinamento delle opere di ingegneria civile per motivi ambientali o altri motivi programmatici”.

Il considerando richiamato da Intred, innanzitutto si riferisce alla condivisione/coibizione di infrastrutture di posa, e in ogni caso detta un principio/auspicio per gli Stati Membri e le competenti Autorità, indicando anche che, qualora in aree specifiche vi siano motivi di interesse generale – e non interessi specifici di un singolo Operatore quale Intred - che rendano necessaria detta condivisione, ogni decisione deve essere preceduta da un adeguato periodo di pubblica consultazione.

Nulla nel considerando – secondo OF – ha a che vedere, neanche indirettamente, con la modalità tecnico/economica di fornitura del servizio di collocazione di cui si discute, o con obblighi posti in capo ad OF e dalla stessa disattesi.

L’articolo 50¹ del *Codice*, recependo l’articolo 44 della Direttiva e riprendendo quando riportato nel suddetto considerando 105, appare, per le medesime ragioni esposte sopra, del tutto estraneo alla tematica della collocazione passiva, auspicata da Intred.

Secondo OF il richiamo all’articolo 50 è destituito di qualsivoglia fondamento.

Parimenti ritiene per l’articolo 8 della delibera n. 622/11/CONS.

Il richiamo all’art. 8 fatto da Intred, quale presupposto del diritto di vedersi applicata una modalità di collocazione diversa da quella prevista nel listino del Concessionario, è secondo OF del tutto non pertinente.

Innanzitutto, per quanto riguarda il perimetro di applicazione della norma che è riconducibile alle infrastrutture di posa, e non alla collocazione in centrale, come si evince dalla definizione che la stessa delibera n. 622/11/CONS dà al termine “condivisione”.

¹ “1. Se un operatore ha esercitato il diritto, in forza del diritto nazionale, di installare strutture su proprietà pubbliche o private ovvero al di sopra o al di sotto di esse, oppure si è avvalso di una procedura per l'espropriazione o per l'uso di una proprietà, le autorità competenti hanno la facoltà di imporre la coibizione o la condivisione degli elementi della rete e delle risorse correlate installati su tale base, al fine di tutelare l'ambiente, la salute pubblica e la pubblica sicurezza o di conseguire gli obiettivi della pianificazione urbana e rurale. La coibizione o la condivisione degli elementi della rete e delle strutture installati e la condivisione di proprietà possono essere imposte solo previa consultazione pubblica di durata adeguata, durante la quale tutte le parti interessate abbiano l'opportunità di esprimere i loro punti di vista, e solo nelle aree specifiche in cui detta condivisione sia considerata necessaria ai fini del perseguimento degli obiettivi del presente comma. Le autorità competenti possono imporre la condivisione di tali strutture o proprietà, ivi compresi terreni, edifici, accessi a edifici, cablaggio degli edifici, piloni, antenne, torri e altre strutture di supporto, condotti, guaine, pozzetti, armadi di distribuzione o provvedimenti atti ad agevolare il coordinamento dei lavori pubblici. L’Autorità svolge i seguenti compiti: a) coordina il processo previsto dal presente articolo anche mediante regolamenti o linee guida; b) stabilisce norme sulla ripartizione dei costi della condivisione delle strutture o delle proprietà”.

Secondo OF anche l'articolo 84 del *Codice*, come ricorda la stessa Intred è applicabile esclusivamente agli operatori aventi significativo potere di mercato (SMP), quindi non essendo OF un operatore SMP ogni commento sull'illegittimità e infondatezza del richiamo appare superfluo.

OF ritiene carenti di valide argomentazioni giuridiche le richieste di Intred.

Evidenza che particolare attenzione va data al ruolo del Concessionario e della disciplina della gestione della rete pubblica.

Con la delibera n. 120/16/CONS, AGCOM ha adottato le *“Linee guida per le condizioni di accesso wholesale alle reti a banda ultra larga destinatarie di contributi pubblici” destinate sia alle Stazioni appaltanti – al fine di indirizzare la redazione dei bandi di gara per la realizzazione di reti a banda ultralarga con il contributo di finanziamenti pubblici, in specifiche aree territoriali a fallimento di mercato (aree bianche NGA) – sia ai soggetti aggiudicatari di tali bandi, per individuare le modalità di accesso alle reti in fibra ottica realizzate con il contributo di finanziamenti pubblici.*

In particolare, le linee guida individuano, *inter alia*, i servizi wholesale che il beneficiario dovrà rendere disponibili agli operatori terzi e declinano le relative condizioni di offerta.

In linea con quanto sopra, nel bando relativo alle gare indette da Infratel sono stati identificati quei servizi che il concessionario dovrà offrire, e che l'Autorità ha ritenuto opportuno sottoporre ad un regime stringente di prezzo massimo, e tra questi vi rientra il servizio di colocazione.

In aggiunta a quanto sopra, Open Fiber è tenuta ad offrire, anche ai sensi degli Orientamenti comunitari sugli Aiuti di Stato, ulteriori servizi non espressamente presenti nel bando, quali: accesso ai cavidotti.

Per tali servizi – il cui obbligo di offerta resta in capo al concessionario – il prezzo viene definito dal Concessionario sulla base dei criteri di equità e ragionevolezza e con un vincolo di prezzo massimo pari all'offerta di riferimento dell'operatore SMP.

Nella documentazione di gara, infine, è prevista la facoltà per il Concessionario di offrire servizi aggiuntivi a quelli “obbligatori”, e per tali servizi i prezzi sono soggetti all'approvazione dell'Autorità.

In sintesi, in conformità e in esecuzione delle previsioni normative e della documentazione di gara, OF, in qualità di Concessionario nell'ambito della commercializzazione dei servizi di accesso all'ingrosso, è tenuta ad applicare uno schema di tariffazione che consideri come massime le tariffe allegate alla documentazione di gara; è tenuta ad offrire, fissando prezzi sulla base dei criteri di equità e ragionevolezza e con un vincolo di prezzo massimo pari all'offerta di riferimento dell'operatore SMP, anche ulteriori servizi non espressamente inseriti nel bando ma offerti da OF ai sensi della succitata normativa comunitaria sugli Aiuti di Stato; ha la facoltà di offrire servizi

aggiuntivi i cui prezzi saranno determinati secondo un “Listino” soggetto all’approvazione dell’AGCOM.

Al di fuori quindi dei servizi espressamente indicati o richiamati nella documentazione di gara, nessun obbligo di fornire servizi ulteriori o di fornirli con modalità diverse, può essere posto in capo al Concessionario.

Ne consegue che qualsiasi richiesta di integrare il Listino C&D, con altri e diversi servizi – quale quello richiesto da Intred – non solo è illegittima in quanto non trova alcun fondamento normativo, ma incorrerebbe nel vizio di eccesso di potere qualora venisse accolta.

Secondo OF ciò che viene richiesto all’Autorità è al di fuori dei poteri alla medesima conferiti, *“laddove, invero, nell’ambito ed in materia delle offerte fatte da OF nelle aree C&D, alla suddetta Autorità non è attribuita discrezionalità di azione quanto invece un ambito di pronuncia limitatamente a dette fattispecie e situazioni di conflitto : (i) verificare che i prezzi praticati siano rispondenti al bando di gara; (ii) approvare i prezzi dei nuovi ed ulteriori servizi che il Concessionario nella sua più piena autonomia decide di offrire al mercato.”*

OF, proprio per venire incontro alle esigenze degli Operatori e avvalendosi della sua facoltà di poter fornire anche servizi ulteriori, *“ha previsto nel proprio listino che la collocazione possa essere fornita in modalità Lease e in modalità Una Tantum, ed ha anche introdotto sin dalla prima pubblicazione del Listino, la possibilità di acquisire oltre all’intero modulo rack (600x300x2200), anche porzioni inferiori – fino ad 1/8 di rack e 0,5 KW - con una conseguente diversa ripartizione del costo tra componente spazi/facilities e energia. Detta offerta è stata approvata da AGCOM”*.

OF evidenzia che, l’offerta per il collegamento dei plessi scolastici attraverso la rete Infratel in concessione e accessibile mediante il Listino C&D, rispecchia pienamente le specifiche tecnico architetture richieste dal Bando di Gara Aree Bianche per le sedi della Pubblica Amministrazione, così come ribadisce essere conforme al suddetto Bando la collocazione offerta da OF nei PCN - che peraltro costituiscono il punto terminale della rete del Concedente Infratel - e che Intred intende utilizzare, come dalla stessa dichiarato, per collegare sia le scuole, sia più in generale la clientela finale business, consumer e PA.

OF dunque evidenzia l’infondatezza e la pretestuosità della doglianza di Intred, e ne chiede il rigetto.

4. Valutazioni dell’Autorità

Ai sensi del *Decreto* e del *Regolamento*, sono state svolte le valutazioni in merito all’istanza proposta ed alle relative controdeduzioni.

Occorre richiamare in premessa che con la delibera n. 120/16/CONS, l’Autorità ha adottato le *“Linee guida per le condizioni di accesso wholesale alle reti a banda ultra larga destinatarie di contributi pubblici”*.

Le linee guida, nell’ambito della Strategia Italiana per la banda ultra-larga definiscono i servizi di accesso all’ingrosso che il soggetto beneficiario dovrà fornire e i criteri di tariffazione più adeguati a incentivare lo sviluppo delle nuove infrastrutture nelle aree a fallimento di mercato destinatarie di contributi pubblici.

La società Infratel - con Bando di Gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea (GUCE) n. 2016/S 107-190845 e sulla Gazzetta Ufficiale Italiana (GURI) 5a Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 63 del 3 giugno 2016 e con Bando di Gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea (GUCE) n. 2016/S 153-277343 e sulla Gazzetta Ufficiale Italiana (GURI) 5a Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 91 del 8 agosto 2016 nonché con Bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea (GUCE) n. GU/S S76 del 19 aprile 2018 e sulla Gazzetta Ufficiale Italiana (GURI) 5a Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 46 del 20 aprile 2018) per l’affidamento di una concessione di costruzione, manutenzione e gestione della Rete passiva a Banda Ultra Larga di proprietà pubblica nelle aree bianche del territorio delle Regioni Abruzzo, Molise, Emilia Romagna, Lombardia, Toscana, Veneto (Bando 1); Piemonte, Valle d’Aosta, Liguria, Friuli Venezia Giulia, Provincia Autonoma di Trento, Marche, Umbria, Lazio, Campania, Basilicata, Sicilia (Bando 2); Calabria, Puglia, Sardegna (Bando 3) - ha proceduto ad individuare la società Open Fiber che è risultata aggiudicataria definitiva della Concessione, con sottoscrizione dei rispettivi contratti in data 16 Giugno 2017, 8 Novembre 2017 e 5 aprile 2019.

Ai sensi di quanto sopra, Open Fiber agisce in qualità di Concessionario della progettazione, costruzione, manutenzione e gestione fino al 31 dicembre 2037 nonché, per il Bando 3, fino al 31 dicembre 2038 di una Rete passiva a Banda Ultra Larga di proprietà pubblica.

In ottemperanza all’Allegato 2 della delibera n. 120/16/CONS, Open Fiber per garantire la trasparenza sul mercato comunica all’Autorità il proprio Listino C e D contenente la descrizione delle offerte e dei prezzi praticati.

I prezzi riportati nel Listino C e D sono stati adottati in conformità e nel rispetto dei termini e delle condizioni fissati dai Bandi Infratel e sono stati approvati dall’Autorità con comunicazioni del 13 dicembre 2018 e 11 novembre 2019.

Appare evidente, per l’effetto di quanto appena ricostruito, che l’obbligo di offrire la collocazione nei PCN sia assolto da Open Fiber nel pieno rispetto delle indicazioni di cui alla delibera n. 120/16/CONS e delle condizioni del bando di gara.

Pertanto, l'istanza presentata da Intred non può essere accolta, in quanto il richiesto servizio di collocazione passiva non rientra tra i servizi di accesso all'ingrosso "obbligatori" che Open Fiber è tenuta ad offrire in qualità di Concessionario e i cui termini e prezzi sono riportati nel predetto Listino.

VISTI tutti gli atti del procedimento;

UDITA la relazione del Commissario Massimiliano Capitano, relatore ai sensi dell'art. 31 del *Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità*;

DELIBERA

Articolo 1

1. Il rigetto dell'istanza controversiale proposta dalla società Intred attesa la conformità dei prezzi riportati nel Listino C e D ed il rispetto dei termini e delle condizioni fissati dai Bandi Infratel, approvati dall'Autorità con comunicazioni del 13 dicembre 2018 e 11 novembre 2019.

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

Il presente provvedimento è notificato alle società Intred S.p.A. e Open Fiber S.p.A. ed è pubblicato sul sito *web* dell'Autorità.

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

Roma, 26 ottobre 2022

IL PRESIDENTE
Giacomo Lasorella

IL COMMISSARIO RELATORE
Massimiliano Capitano

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE
Giulietta Gamba