

DELIBERA N.7/22/CONS

ADOZIONE DI MISURE CAUTELARI NELLA CONTROVERSIA TRA CELLNEX ITALIA S.P.A. E MARMOLADA S.R.L., IN MATERIA DI ACCESSO ALL'INFRASTRUTTURA FISICA DEL SITO "BL 103 PASSO FEDAIA" AI SENSI AI SENSI DELL'ARTICOLO 14 REGOLAMENTO DI CUI ALLA DELIBERA N. 449/16/CONS E DEL D. LGS. N. 33/2016

L'AUTORITÀ

NELLA riunione del Consiglio del 13 gennaio 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*;

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

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

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)* (CCEE o Codice UE);

VISTO il 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*";

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

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

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “Adozione del nuovo Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 413/21/CONS;

VISTO l’art. 34, comma 2-bis, del Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità, ai sensi del quale le competenze assegnate alla Commissione per le infrastrutture e le reti sono temporaneamente esercitate dal Consiglio;

VISTA l’istanza del 23 novembre 2021, acquisita in data 30 novembre 2021 dall’Autorità con protocollo n. 463216, con la quale la Società Cellnex Italia S.p.A., di seguito denominata Cellnex, ha presentato istanza con richiesta di misure cautelari, per la risoluzione della controversia insorta avverso la Società Marmolada S.r.l. di seguito denominata Marmolada ai sensi del D.lgs. 33/16, e del Regolamento di cui alla delibera n. 449/16/CONS, avente ad oggetto l’accesso al sito “BL103 Passo Fedaià”;

VISTA la nota del 13 dicembre 2021, recante protocollo n. 481751, con la quale – a seguito di una prima convocazione non notificata per un errore materiale relativo all’indirizzo PEC della Società convenuta - la Direzione ha ritualmente convocato le Parti, in udienza per il giorno 17 dicembre 2021;

VISTA la nota del 15 dicembre 2021 acquisita dall’Autorità in medesima data protocollo n. 484972, con la quale Marmolada ha inviato le proprie controdeduzioni sulla richiesta avversaria di misure cautelari;

VISTO il verbale di udienza del 17 dicembre 2021;

CONSIDERATO quanto segue:

1	Il procedimento.....	3
2	Il fatto	4
3	Le argomentazioni delle Parti.....	5
3.1	La posizione di Cellnex	5
3.2	La posizione di Marmolada	7
4	Valutazioni dell’Autorità.....	8

1 Il procedimento

Con nota del 23 novembre 2021 Cellnex ha presentato istanza, con richiesta di misure cautelari, per la risoluzione della controversia insorta avverso la Società Marmolada ai sensi del Decreto e del *Regolamento*, in materia di accesso alle infrastrutture e in particolare avente ad oggetto l’accesso al sito “BL103 Passo Fedaià”.

In data 13 dicembre 2021, dopo una prima convocazione non andata a buon fine per difetto di notifica a causa di un errore materiale relativo alla PEC della Società convenuta, l’Autorità ha provveduto a convocare le Parti in udienza per il giorno 17 dicembre 2021 al fine di acquisire, attraverso il rituale confronto, elementi utili sulla instaurata controversia in relazione alla richiesta di Cellnex di misure cautelari.

In data 15 dicembre 2021 Marmolada ha inviato le proprie controdeduzioni, acquisite dall’Autorità in medesima data sulla richiesta avversaria di misure cautelari.

In data 17 dicembre 2021 il responsabile del procedimento ha sentito, in udienza, le Parti in modalità videoconferenza, come da verbale redatto.

In tale occasione le Parti hanno esposto le proprie ragioni, riportandosi ai contenuti delle rispettive memorie.

Nel corso dell’udienza, anche a seguito di invito da parte del responsabile del procedimento a voler tentare la conciliazione, la Direzione si riservava di valutare gli elementi cautelari emersi ed acquisiti agli atti del procedimento.

Acquisiti tutti i necessari elementi istruttori ai fini di una valutazione dell’istanza d’urgenza (cautelare) la Direzione ha trasmesso, ai sensi dell’art. 14 del *Regolamento*, gli atti della presente controversia al Consiglio dell’Autorità, per le determinazioni di competenza.

2 Il fatto

Cellnex è una Società specializzata nelle soluzioni di ottimizzazione del segnale radiomobile, dotata di esperienza e competenza nella progettazione con personale proprio e realizzazione di soluzioni di copertura GSM, UMTS, LTE, 5G e successive evoluzioni, nonché operante nel settore DAS (Distributed Antenna Systems) & Small Cells (i.e. sistemi distribuiti d'antenne e piccole celle, particolarmente adatti per dare copertura a reti mobili di comunicazione elettronica ad alta velocità multi-operatore nelle strutture *indoor* e *outdoor*).

Cellnex è titolare di un'autorizzazione generale per l'installazione e la fornitura di una rete pubblica di comunicazione elettronica, ai sensi dell'art. 25 del Codice.

L'istanza ha ad oggetto la permanenza all'accesso da parte della Cellnex, all'infrastruttura fisica "BL103 Passo Fedaià" finalizzata inoltre all'ammodernamento ed all'ampliamento di una rete di comunicazione elettronica ad alta velocità, ai sensi del Decreto n. 33/16 e dalla Direttiva 2014/61/UE recante "*misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità*" (di seguito, la "Direttiva").

L'istanza è presentata nei confronti della Società Marmolada S.r.l. con cui la Società istante ha sottoscritto un contratto di locazione stipulato in data 14 novembre 2003, per la realizzazione di una rete di comunicazioni elettroniche di telefonia mobile (in particolare, una stazione radio-base, comprensiva di tutte le necessarie strutture, antenne ed apparecchiature radio).

Il contratto è stato assoggettato ad una durata iniziale di sei anni, tacitamente rinnovabile per successivi periodi di sei anni in sei anni, laddove la parte locatrice non avesse comunicato disdetta alla controparte contrattuale con preavviso di almeno sei mesi dalla data di scadenza. All'indomani della stipula del contratto l'impianto di telecomunicazioni è stato effettivamente installato e risulta pienamente funzionante.

In data 30 marzo 2021 la Società Marmolada ha rappresentato la volontà di non procedere al suo rinnovo né alla sua rinegoziazione alla scadenza del 30 novembre 2021.

A tale comunicazione di disdetta, Cellnex ha dato riscontro in data 20 aprile 2021 formulando un'istanza- ai sensi del Decreto legislativo n. 33/2016 - corredata di interventi di ampliamento, ammodernamento e rafforzamento dell'impianto esistente, in piena conformità con l'obiettivo di diffusione di impianti a banda ultralarga ad alta velocità.

Cellnex nella suddetta istanza evidenzia il pericolo di un irragionevole – oltre che in contrasto con i principi ispiratori del Decreto e della Direttiva – smantellamento dell'impianto esistente come richiesto da Marmolada S.r.l., preliminare ad una nuova

istanza di accesso ai sensi del Decreto sovrapponibile per elementi soggettivi e oggettivi alla fattispecie *de qua*.

Cellnex ha pertanto proposto alla Società Marmolada di stipulare in tempi brevi un accordo circa il mantenimento dell'operatività dell'impianto in discorso, se del caso anche su base commerciale, in modo da prevedere un'adeguata valorizzazione delle rispettive infrastrutture in questione.

A tale istanza Marmolada ha fornito riscontro con una comunicazione del 18 giugno 2021 con cui ha rigettato le istanze formulate da Cellnex.

Cellnex ha riscontrato il rigetto in data 2 agosto 2021 rappresentando nuovamente tutte le ragioni a sostegno della propria istanza.

Nonostante quanto argomentato da Cellnex, con comunicazione del 6 settembre 2021 Marmolada S.r.l. ha nuovamente ribadito di ritenere prive di fondamento le considerazioni formulate dalla Società.

Attesa l'imminente scadenza del contratto di locazione, per tutto quanto sopra descritto, Cellnex ha proposto l'istanza cautelare nell'ambito del procedimento controversiale perché l'Autorità si determini in ordine ai requisiti di *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, e voglia disporre quantomeno di mantenere inalterato lo stato dei luoghi fino al definitivo pronunciamento ad esito della controversia in questione.

3 Le argomentazioni delle Parti

3.1. La posizione di Cellnex

Cellnex nella propria istanza contesta le motivazioni di rigetto evidenziate dalla Società Marmolada. In primo luogo, evidenzia l'infondatezza della doglianza secondo cui sarebbe preclusa la cessione di energia elettrica alla stazione Radio Base.

Sostenere tale affermazione – a dire dell'istante - varrebbe a ritenere l'infrastruttura gestita da Marmolada non una "infrastruttura fisica" nel senso delineato dall'art. 2, comma 1 lett. d) del Decreto n. 33/16. L'impossibilità di cedere energia elettrica ad un ente terzo renderebbe l'infrastruttura fisica ospitante "un elemento attivo della rete ospite", diversamente da quanto previsto dalla anzi citata lettera d) che definirebbe "infrastruttura fisica" quel complesso di elementi di rete destinati ad ospitare altri elementi di rete "senza che diventino essi stessi un elemento attivo della rete".

Cellnex evidenzia che, solo nella comunicazione del 18 giugno u.s., Marmolada ha rappresentato che la paventata cessazione del rapporto contrattuale debba essere ricondotta all'impossibilità di cessione di energia elettrica alla stazione radio base (pur

essendo le delibere dell'ARERA - richiamate da Marmolada - risalenti al 2017 (276/2017/EEL, 894/2017/EEL e 568/2019/EEL).

Cellnex parimenti rigetta la ricostruzione offerta da Marmolada (sia nelle note preliminari all'istanza controversiale che nella memoria di replica) secondo cui la Società sostiene di non potersi qualificare un "*gestore di infrastruttura fisica*" ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. c) del Decreto, in quanto "*non gestisce un servizio di trasporto, ma esercita un impianto a fune ad uso sportivo e turistico ricreativo*".

La lettura offerta dalla Società Marmolada appare secondo Cellnex in contrasto con l'art. 2, lett. c) del Decreto che qualifica come tale – ovvero come gestore dell'infrastruttura – l'impresa o ente che fornisce un'infrastruttura fisica destinata alla prestazione di servizi di trasporto tout court, citando – solo a mero titolo esemplificativo e non esaustivo – le ferrovie, le strade, i porti e gli aeroporti.

Segnatamente, ai sensi del Decreto non rileva che l'impianto sia a fune e neppure rileva la destinazione d'uso dell'infrastruttura.

A sostegno della propria tesi Cellnex richiama il decreto ministeriale 4 agosto 1998, n. 400, recante "*norme per le funicolari aeree e terrestri in servizio pubblico destinate al trasporto di persone*", il quale all'art. 1, individua una serie di categorie di funicolari aeree e terrestri in servizio pubblico destinate al trasporto di persone.

Cellnex contesta anche l'inidoneità del sito evidenziata dalla Società Marmolada secondo cui "*il sito attuale può essere sostituito - ai sensi della lett. a) del comma 4 dell'art. 3 del Decreto - dalle molteplici installazioni di antenne collocate nei pressi dei centri abitati, con vantaggio sia per il paesaggio che per l'ambiente*".

Risulterebbe quantomeno singolare parlare – nella vicenda – di oggettiva inidoneità dell'infrastruttura all'ospitalità dell'impianto di telecomunicazioni, attesa la presenza della stessa sul sito, in piena operatività.

Da ultimo, Cellnex confuta l'eccezione di cui alla lett. d) del comma 4 dell'art. 3 del Decreto sollevata da Marmolada poiché la Società non ha addotto alcun minimo sostegno probatorio rispetto alla scelta di siti alternativi rispetto a quello attuale.

L'eventuale presenza di siti alternativi – secondo Cellnex - potrebbe essere presa in considerazione soltanto "*a condizioni eque e ragionevoli*" che non appaiono tali a seguito dello smantellamento di una infrastruttura pienamente efficiente.

Infine, con riferimento alle esigenze cautelari la Società evidenzia la presenza dei due requisiti ovvero quello del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Il *fumus boni iuris* - secondo Cellnex si fonda sulla fondatezza delle richieste formulate che risultano radicate e tutelate dal Decreto, ovvero sulla necessità di garantire il più

efficace sviluppo delle reti a banda larga e nell'ottica di contenere i costi relativi all'ammodernamento delle stesse.

Il requisito del *periculum in mora* è invece, secondo l'istante, rappresentato dall'imminente scadenza del contratto di locazione conseguente al quale Cellnex verrebbe a trovarsi nella situazione di doversi sobbarcare i costi di smantellamento dell'impianto esistente e di dover – poi - formulare una nuova istanza di accesso al sito *de quo* sostenendo, per l'effetto di un certo accoglimento dell'istanza da parte dell'Autorità, nuovamente i costi di realizzazione della propria rete di comunicazioni elettroniche, in considerevole parte coincidente e sovrapponibile con quanto oggi Marmolada chiede di rimuovere.

Tale situazione determinerebbe un notevole aggravio economico a carico della Società, con conseguenti e certe ricadute negative, per la platea di utenti che verrebbero privati della fruizione della suddetta rete di comunicazioni in un periodo di affluenza al sito sciistico quale quello attuale necessaria anche per motivi di sicurezza personale per segnalare possibili situazioni di emergenza.

3.2. La posizione di Marmolada

La Società Marmolada evidenzia la volontà di non rinnovare il contratto attesa l'impossibilità di cedere energia elettrica alla stazione radio base in ragione delle disposizioni previste dalle delibere dell'ARERA 276/2017/EEL, 894/2017/EEL e 568/2019/EEL.

Ai sensi di tali delibere l'alimentazione dell'energia elettrica alla stazione radio base esistente non si configura come unità di consumo in capo a Marmolada S.r.l. ed è quindi vietata per legge poiché realizza la cessione di energia elettrica ad un terzo.

Inoltre, rileva che tale fattispecie violerebbe l'articolo 2 del Decreto legislativo n. 33/16, lett. d) poiché l'infrastruttura fisica ospitante diverrebbe elemento attivo della rete.

La Società convenuta evidenzia di non essere "*gestore dell'infrastruttura fisica*" in base all'articolo 2, lett c, del Decreto poiché afferma di non gestire un servizio di trasporto ma di esercitare un impianto a fune di tipo ricreativo ad uso sportivo turistico.

A sostegno di tale assunto richiama il dato testuale dell'articolo 2, lett c, comma 1 del Decreto e la sentenza della Corte costituzionale n. 103 del 29 maggio 2020 secondo cui gli impianti a fune possono considerarsi un servizio di trasporto in concessione solo quando inseriti in un servizio pubblico locale.

La convenuta rileva inoltre che il sito attuale può essere sostituito da molteplici installazioni di antenne collocate nei centri abitati realizzando comunque i principi del decreto (*rectius* dell'articolo 3).

In tal senso allega documentazione probante l'inidoneità dei luoghi da cui si evidenziano specifiche difficoltà in termini di accesso al sito, di gestione del personale e sicurezza.

4 Valutazioni dell'Autorità

L'Autorità ha svolto, ai sensi dell'articolo 14 del Regolamento le valutazioni in relazione alla sussistenza dei requisiti per l'intervento cautelare richiesto.

Nel caso di specie, visti gli atti dell'istruttoria, l'Autorità ritiene che sussistono gli elementi del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* e - per l'effetto - ritiene di accogliere l'istanza cautelare formulata da Cellnex per le ragioni che seguono.

In relazione al *fumus boni iuris* la condotta di Cellnex appare conforme alle disposizioni del Decreto e della Direttiva ovvero finalizzata a favorire lo sviluppo delle reti di comunicazione elettronica ad alta velocità.

In tal senso di evidenza che la Società istante ha offerto con la propria istanza di effettuare sul sito *de qua* un ampliamento ed un ammodernamento della rete, in conformità con le disposizioni contenute nel Decreto, con l'obiettivo di favorire ed estendere l'utilizzo della banda larga e delle più moderne tecnologie di comunicazione elettronica.

In relazione al *periculum in mora* appare evidente che, attesa la scadenza del contratto di locazione, un eventuale smantellamento dell'infrastruttura arrecherebbe notevole pregiudizio alla Società istante ed agli utenti (considerando la stagione sciistica in corso e alla loro sicurezza personale per la possibile mancanza di copertura mobile anche per segnalare situazioni di emergenza) e sarebbe in contrasto con gli obiettivi del citato decreto.

Premesso quanto sopra in relazione alle motivazioni per le quali si ritiene che sussistano gli estremi del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, in linea con gli obiettivi previsti dal *Codice* l'Autorità, nelle more della trattazione della controversia nel merito e tenuto conto di quanto rappresentato, ritenendo che sussistano i requisiti del *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, decide di accogliere la richiesta cautelare della Società Cellnex Italia S.p.A. e per l'effetto di adottare una misura cautelare con durata di sessanta giorni dalla notifica del provvedimento, secondo quanto previsto dall'articolo 14, del *Regolamento*.

In tale periodo la Società Marmolada è tenuta a mantenere inalterato lo stato dei luoghi e per l'effetto consentire la permanenza dell'accesso al sito "BL103 Passo Fedaià" alla Società Cellnex;

VISTI tutti gli atti del procedimento;

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

DELIBERA

Articolo 1

1. La Società Marmolada S.r.l. mantiene inalterato lo stato dei luoghi e per l'effetto consente la permanenza al sito "BL103 Passo Fedaiia" alla Società Cellnex Italia S.p.A. affinché quest'ultima svolga le proprie attività per il periodo di sessanta giorni dalla notifica alle Parti del presente provvedimento.
2. L'inottemperanza al presente provvedimento comporta l'irrogazione delle sanzioni previste dalla normativa vigente.

Il presente provvedimento è notificato a Cellnex Italia S.p.A., alla Società Marmolada S.r.l. 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, 13 gennaio 2022

IL PRESIDENTE
Giacomo Lasorella

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonello Giacomelli

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