



Verbale n. 7

Adunanza del 4 aprile 2016

L'anno duemilasedici, il giorno quattro del mese di aprile, alle ore undici, in Torino, presso la sede del Corecom, via Lascaris 10, nell'apposita sala delle adunanze, si è riunito il Comitato con l'intervento di Bruno GERACI, Presidente, Tiziana MAGLIONE, Vicepresidente, Ezio ERCOLE, Componente, e con l'assistenza della signora Maria Grazia Ferro nella funzione di Segretario verbalizzante.

Delibera n. 9 - 2016

Oggetto: Definizione della controversia GU14 58/2015 – COMUNE di XXX / TELECOM ITALIA S.p.A..

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

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità;*

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante il *Codice delle comunicazioni elettroniche*, e in particolare l'art. 84;

VISTA la legge della Regione Piemonte 7 gennaio 2001, n. 1 e s.m.i., *Istituzione, organizzazione e funzionamento del Comitato regionale per le comunicazioni;*

VISTA la deliberazione di Comitato n. 4 del 13 aprile 2012, *Approvazione Regolamento interno e Codice etico del Corecom Piemonte;*

VISTA la deliberazione AGCOM n. 173/07/CONS e s.m.i., recante il *Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti* (di seguito, Regolamento);

VISTO l'Accordo quadro tra l'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblies legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 4 dicembre 2008;

VISTA la Convenzione per l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Consiglio regionale del Piemonte e il Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte data in 17 settembre 2012, e in particolare l'art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la deliberazione AGCOM n. 179/03/CSP, all. A, *Direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni;*

VISTA la deliberazione AGCOM n. 276/13/CONS, *Approvazione delle linee guida relative alla attribuzione delle deleghe ai Corecom in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche;*

VISTA la deliberazione AGCOM n. 73/11/CONS *Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. G) della legge 14 novembre 1995, n. 481;*

VISTA l'istanza GU14 1.11.12.5/58/2015 con cui il Comune di XXX, in persona del Sindaco *pro tempore* ha chiesto l'intervento del Comitato regionale per le comunicazioni del Piemonte (di seguito, Corecom) per la definizione della controversia in essere con Telecom Italia S.p.A. (di seguito, Telecom) ai sensi degli artt. 14 e ss. del Regolamento;

VISTA la nota con cui il Corecom comunicava alle parti, ai sensi dell'art. 15 del Regolamento, l'avvio di procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della predetta controversia, fissando i termini per lo scambio di memorie, repliche e documentazione;

VISTE la memoria difensiva e la documentazione inviate dall'operatore e le repliche di parte istante;

VISTA la nota con la quale le parti venivano convocate per l'udienza di discussione;

UDITE le parti a detta udienza;

VISTI gli atti relativi all'espletato tentativo obbligatorio di conciliazione;

VISTE la relazione e la proposta di decisione del Responsabile del procedimento;

UDITA la relazione del Vicepresidente dott. avv. Tiziana Maglione;

CONSIDERATO

quanto segue:

1. **Oggetto della controversia**

L'istante, nei propri scritti difensivi, per le utenze XXX, XXX, XXX e XXX, rappresenta:

- a) di aver aderito, in data 24/2/2012, alla convenzione Consip per la telefonia fissa inviando a Telecom la documentazione richiesta tramite portale Consip;
- b) che l'operatore invia il Progetto esecutivo che si provvede a restituire sia tramite il portale Consip, che via fax al gestore;
- c) che al termine della procedura si è ritenuto che le condizioni Consip fossero state applicate;
- d) che da un controllo amministrativo nel maggio 2014 si è rilevato che le tariffe applicate per i canoni linee e per le telefonate non sono quelle dedicate alle Pubbliche Amministrazioni dalla convenzione Consip;
- e) che vengono inviate diverse email e lettere senza ottenere risposte adeguate.

Sulla base di detta rappresentazione l'istante chiede:

1) che Telecom applichi immediatamente le condizioni previste dalla convenzione Consip a partire dal 14/3/2012 con rimborso di € 6.793,84 più I.V.A. (indetraibile dal Comune) al 1° bimestre 2015.

L'operatore, nella memoria difensiva, in sintesi rappresenta:

- che con mail del 8/3/2012 inviava al Comune il Progetto esecutivo, insieme al modulo per la richiesta di configurazione del ROA, informandolo delle modalità di attivazione dell'Ordinativo di fornitura;
- che il Comune non ha mai caricato l'ordine in modo corretto, né ha inoltrato il ROA;
- che analizzando la documentazione *ex adverso* allegata risulta indicato nell'ordine prodotto un numero di CIG diverso da quello fornito da Telecom;
- che l'istante allega agli atti le condizioni Consip dell'operatore Fastweb.

Sulla base di tale rappresentazione, l'operatore chiede che vengano respinte le richieste di parte istante.

Nella replica, l'istante precisa:

- di confermare la ricezione della email di Telecom del 8/3/2012 e di aver eseguito la corretta procedura di inserimento ordine;
- che in proposito allega ordinativo relativo alla telefonia mobile del 24/2/2012, correttamente attivato dal gestore, e per il quale si è seguita la medesima procedura prevista sul portale acquisti in rete Consip;
- che il documento ROA è stato inviato sia tramite portale, che tramite fax in data 14/3/2012, come da allegati;
- che nell'ordinativo andava inserito il CIG derivato, non quello comunicato che si recuperava tramite SIMOG come da Telecom stessa evidenziato nella email di conferma ordine del 8/3/2012; a riprova si noti che anche nell'ordinativo della convenzione mobile il CIG presente sull'ordine inizia con la lettera Z.

Per tali motivi, l'istante insiste nelle sopraformulate richieste.

2. Risultanze istruttorie e valutazioni in ordine al caso in esame

A) Sul rito

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'art. 14 del Regolamento.

B) Nel merito

L'istante lamenta la mancata applicazione delle tariffe previste dalla convenzione Consip4-Telecom a cui ritiene di aver aderito inviando l'accettazione dell'offerta attraverso il portale dedicato di Consip e via fax a Telecom.

Per maggiore chiarezza, prima di esaminare nel dettaglio la vicenda, occorre precisare il significato della terminologia tecnica richiamata più volte in atti. Innanzitutto, Consip è una

società per azioni del Ministero dell'Economia e delle Finanze, che ne è l'azionista unico, ed opera secondo i suoi indirizzi strategici, lavorando al servizio esclusivo della Pubblica Amministrazione. La Società svolge attività di consulenza, assistenza e supporto nell'ambito degli acquisti di beni e servizi delle amministrazioni pubbliche. In qualità di centrale di committenza nazionale, realizza il Programma di razionalizzazione degli acquisti nella PA. Sulla base di specifiche convenzioni, supporta singole amministrazioni su tutti gli aspetti del processo di approvvigionamento. Gli acquisti tramite Consip sono effettuati dalle pubbliche amministrazioni attraverso un portale dedicato. Per ODA si intende l'ordinativo di fornitura; ROA è il referente operativo dell'amministrazione e CIG è il codice identificativo gara.

Dai documenti prodotti è possibile stabilire che il giorno 8/3/2012 Telecom invia al Comune di XXX una mail del seguente tenore: "Gentile Cliente, a seguito dell'Ordinativo Preliminare di Fornitura dei Servizi Telefonici, CONSIP-CONVENZIONE FONIA 4, prot. 818 del 24/2/2012, inviamo in allegato il Progetto Esecutivo, contenente tutte le informazioni in nostro possesso aggiornate alla data odierna, inerenti la consistenza telefonica della Vs. Amministrazione, con relativa valorizzazione economica. In caso di accettazione, il Progetto Esecutivo dovrà essere allegato all'Ordinativo di Fornitura (ODA) formulato sul portale acquistinretepa.it, insieme al modulo per la richiesta di configurazione del ROA, opportunamente compilato. Il numero di protocollo da inserire sul portale corrisponde al numero progressivo del Progetto Esecutivo. Es.: 12PA0...F4. Desideriamo inoltre ricordare che il CIG relativo alla convenzione Consip Fonia 4 è 04586970BD. Ai fini dell'adempimento delle norme sulla tracciabilità finanziaria (Legge 136/2010), sarà Vostra cura richiedere all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP), mediante l'applicazione SIMOG (disponibile all'url <https://simog.avcp.it/>), il CIG derivato, che dovrà essere indicato nel campo note dell'ODA; in assenza di tale dato non sarà possibile dare seguito all'ODA stesso."

La disciplina generale sull'onere della prova è dettata dall'art. 2697 c.c., in cui si stabilisce che "chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti, ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto, deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda". In proposito, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 13533 del 30/10/2001 (cui si è conformata tutta la giurisprudenza di legittimità successiva) hanno specificato che il creditore che agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento.

Nel caso di specie, quindi, occorre innanzitutto verificare se il creditore istante, ossia il Comune, abbia dato prova della fonte del suo diritto all'adempimento da parte del debitore Telecom.

Tale diritto discenderebbe dall'adesione da parte del Comune alla Convenzione Fonia 4 di Consip per la quale è certo che, in seguito di invio di Ordinativo Preliminare, Telecom ha inoltrato Progetto Esecutivo con il dettaglio delle tariffe applicate. Nella email soprariportata, con cui l'operatore inviava detto Progetto e che l'istante riconosce di aver ricevuto, Telecom specificava le modalità con cui aderire all'offerta, "in caso di accettazione" della stessa.

Al di là di quanto affermato dalle parti sulla correttezza o meno del numero di CIG inserito nell'ODA, o dell'invio del modulo di richiesta di configurazione del ROA, ciò che occorre accertare è se l'ordine sia stato effettuato nelle modalità previste.

L'istante sostiene di aver inviato l'ODA e tutti gli altri documenti richiesti sia tramite portale che via fax al gestore: mentre di quest'ultimo invio risulta prova, del perfezionamento della procedura attraverso il portale dedicato non vi è traccia.

L'art. 1326 del c.c. prevede, al comma 1, che "il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte" e, al comma 4, che "qualora il proponente richieda per l'accettazione una forma determinata, l'accettazione non ha effetto se è data in forma diversa".

La modalità di accettazione dell'offerta, come esplicitato nella email di Telecom più volte richiamata, prevede l'utilizzo del portale acquistinretepa.it; in nessun documento allegato risulta che l'accettazione dovesse o potesse farsi anche tramite fax.

L'operatore contesta che l'ordine sia stato inviato e, dal canto suo, il Comune non ha provato detto invio. Su tale punto si evidenzia che né in fase di introduzione del procedimento, né nelle repliche alle eccezioni dell'operatore, la parte istante ha prodotto idonea documentazione atta a comprovare il corretto invio dell'ordine e che il portale acquistinretepa.it consente la ricerca dei propri ordinativi di acquisto fornendo anche lo stato degli stessi (per esempio, "accettato dal fornitore", "evaso dal fornitore").

Pertanto, alla luce di tali risultanze, non si ritiene accoglibile l'istanza formulata dal Comune di XXX.

C) Sulle spese del procedimento.

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è prevista dall'art. 19, comma 6 del Regolamento. Inoltre, secondo quanto previsto dalle Linee guida approvate con delibera 276/13/CONS, l'esito della definizione della controversia può essere significativo ai fini della liquidazione delle spese, secondo gli ordinari criteri processuali per cui all'accoglimento integrale delle istanze può far seguito un'integrale copertura delle spese di procedura, mentre dall'accoglimento parziale o dal rigetto delle istanze può invece derivare la loro compensazione parziale o integrale tra le parti.

Nel caso di specie, tenuto conto di quanto sopra affermato, si ritiene congruo compensare integralmente le spese.

Tutto ciò premesso,

il Comitato, all'unanimità,

DELIBERA

il rigetto dell'istanza presentata dal Comune di XXX, in persona del Sindaco *pro tempore*, corrente in XXX, contro l'operatore Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, corrente in XXX.

Compensa integralmente le spese.

E' fatta salva la facoltà per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito, come previsto dall'at. 19, comma 5 del Regolamento.

L'operatore è tenuto a comunicare a questo Corecom l'avvenuto adempimento della presente deliberazione entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

In forza dell'art. 19, comma 3 del Regolamento, il presente provvedimento costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, comma 11 del D. Lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

Ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. B), del Codice del processo amministrativo, approvato con D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva.

Ai sensi dell'art. 119 del medesimo Codice, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di 60 giorni dalla notifica dello stesso.

A cura dell'Ufficio la comunicazione alle parti e la pubblicazione del presente atto.

Il Presidente
Bruno Geraci

IL COMMISSARIO RELATORE
Tiziana Maglione