

ACCESSO: Pubblica amministrazione – Accesso ai documenti amministrativi – Privacy e diritto di accesso – Gare pubbliche – Know how dei concorrenti – Principio di trasparenza – Prevalenza.

Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2022, n. 931

- in *Il Foro amm.*, 2, 2022, pag. 194.

“[...] nel bilanciamento dei contrapposti interessi sottesi all'accesso agli atti, la trasparenza assoluta delle gare pubbliche è principio prevalente rispetto al “know how” dei singoli concorrenti; il diritto alla piena ed effettiva tutela giurisdizionale è prevalente rispetto al diritto alla riservatezza delle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta (appunto il c.d. know how), pertanto deve essere garantito l'accesso alla documentazione di gara ove strumentale all'esercizio del diritto di difesa [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fastweb S.p.A. e di Ministero dello Sviluppo Economico;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Infratel - Infrastrutture e Telecomunicazioni per L'Italia Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2022 il Cons. Davide Ponte e uditi per le parti gli avvocati Luisa Torchia, Nicolle Purificati, Renzo Ristuccia, Mario Di Carlo e Astorre David;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con l'appello in esame la società odierna parte appellante impugnava la sentenza n. 10812 del 2021, con cui il Tar Lazio ha accolto il ricorso proposto dall'odierna parte appellata Fastweb; con l'originario ricorso veniva impugnato il diniego all'accesso, opposto dalla società Infratel alla istanza di accesso con cui Fastweb ha chiesto alla stessa società odierna appellante incidentale di avere accesso al fascicolo del procedimento di approvazione delle modifiche contrattuali, alle varianti e agli atti e documenti relativi all'istruttoria e alle valutazioni compiute al riguardo dalla stessa assieme ai contratti di concessione stipulati da Infratel con l'aggiudicatario definitivo della concessione Open Fiber, rispettivamente in data 16 giugno 2017, 8 novembre 2017 e 5 aprile 2019,

ai relativi allegati e agli atti e documenti in essi richiamati anche se non materialmente allegati, inclusi gli atti modificativi e/o integrativi dei citati contratti pubblici.

Con la sentenza appellata il Tar accoglieva il ricorso e, stante la sussistenza di un interesse diretto concreto e attuale di Fastweb all'ostensione dei documenti attinenti alla fase esecutiva della concessione come elencati nella propria istanza, dichiarava *“il diritto della società ricorrente all'accesso documentale di che trattasi, mediante visione ed estrazione di copia, e di disporre che l'intimata Infratel a tanto provveda entro il termine di giorni 30 (trenta) dalla notificazione o, se anteriore, dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza”*.

La società Open fiber, originaria controinteressata, nel ricostruire in fatto e in diritto la vicenda, con il presente gravame deduceva l'erroneità della sentenza Tar, proponendo i seguenti motivi:

- illegittimità della sentenza impugnata per aver disatteso le eccezioni preliminari formulate da OF in primo grado, violazione degli artt. 22 e ss. l. n. 241/1990, per insussistenza dei requisiti legittimanti l'accesso e per difetto di interesse;
- illegittimità della sentenza per violazione degli artt. 53, d. lgs. n. 50/2016, 22 e ss. della l. n. 241/1990 e 2-bis, comma 2, lett. b), d. lgs. n. 33/2013, per insussistenza dei presupposti di accesso agli atti di fase esecutiva;
- illegittimità della sentenza impugnata per difetto istruttorio e di motivazione, violazione dell'art. 24 l. n. 241/1990, lesione del know how aziendale;
- illegittimità della sentenza impugnativa per aver riconosciuto il carattere di indispensabilità della documentazione richiesta, difetto di motivazione e di istruttoria;

Si costituiva in giudizio la parte originaria ricorrente chiedendo il rigetto del gravame. Si costituiva in giudizio il Mise con memoria formale.

Infratel proponeva appello incidentale avverso la medesima sentenza di accoglimento, deducendo i seguenti motivi: error in iudicando, violazione degli artt. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, carenza di motivazione della sentenza di primo grado in relazione all'incerta identificazione dei documenti oggetto dell'accesso.

Con ordinanza n. 6459 del 2021 veniva accolta la domanda cautelare di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata.

Alla camera di consiglio del 3 febbraio 2022 la causa passava in decisione.

DIRITTO

1. La presente controversia ha ad oggetto la domanda di accesso originariamente presentata, dall'odierna appellata Fastweb, in relazione al fascicolo del procedimento di approvazione delle modifiche contrattuali, alle varianti e agli atti e documenti relativi all'istruttoria e alle valutazioni

compiute al riguardo assieme ai contratti di concessione stipulati da Infratel con l'aggiudicatario definitivo della concessione Open Fiber, rispettivamente in data 16 giugno 2017, 8 novembre 2017 e 5 aprile 2019, ai relativi allegati e agli atti e documenti in essi richiamati anche se non materialmente allegati, inclusi gli atti modificativi e/o integrativi dei citati contratti pubblici

2. Al fine di inquadrare le questioni dedotte, va richiamata la vicenda in cui la controversia si inserisce.

2.1 Con tre distinti bandi pubblicati in Gazzetta Ufficiale nel corso del 2018, Infrastrutture e Telecomunicazioni per l'Italia S.p.A. (Infratel) ha indetto, su incarico del Ministero dello Sviluppo Economico, le procedure ristrette per l'affidamento delle concessioni di costruzione, manutenzione e gestione della rete passiva a Banda Ultra Larga di proprietà pubblica nelle c.d. aree bianche del territorio italiano.

2.2 L'odierna appellante Open Fiber è risultata l'aggiudicataria dei tre procedimenti competitivi, stipulando i relativi contratti con Infratel.

2.3 Con l'istanza del 22 dicembre 2020, Fastweb, qualificandosi come diretto concorrente di Open fiber nonché cliente finale di quest'ultima quale operatore 'wholesale', ha chiesto ad Infratel, ai sensi degli artt. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990 e del d.lgs. n. 33 del 2013, di "avere pieno accesso al fascicolo del procedimento di approvazione delle modifiche contrattuali" relative al rapporto con l'odierna appellante, nei termini riassunti nella narrativa in fatto.

2.4 A fronte dell'opposizione espressa dalla controinteressata, odierna appellante, Infratel ha lasciato decorre il termine per la formazione del silenzio-rigetto.

Il conseguente ricorso proposto da Fastweb è stato accolto con la sentenza impugnata.

3. Così riassunta la fattispecie è possibile passare all'esame congiunto dei vizi dedotti dalle parti soccombenti in prime cure, in quanto omogenee.

4. Con un primo ordine di censure, si contesta l'assenza di un interesse all'accesso legittimante la richiesta ostensione.

4.1 I rilievi sono infondati.

4.2 La sentenza ha correttamente accertato il duplice profilo di legittimazione di Fastweb in relazione agli atti richiesti e la conseguente sussistenza di un interesse diretto concreto ed attuale, sia procedimentale che *latu sensu* difensivo.

4.3 In generale, Faswteb è operatore di telecomunicazioni, che presta servizi al dettaglio ai clienti finali, titolare di una infrastruttura di telecomunicazioni proprietaria e fornitore al mercato di servizi di accesso all'ingrosso (c.d. wholesale) per altri operatori di TLC.

In tale contesto, rispetto all'odierna appellante Fastweb è qualificabile: da un lato, in termini di cliente, in quanto acquirente dei prodotti e dei servizi di accesso all'infrastruttura in concessione al fine di prestare servizi ai propri clienti finali e di integrare la propria infrastruttura di accesso all'ingrosso per fornire servizi wholesale ad altri operatori; da un altro lato un concorrente sul mercato dei servizi di accesso all'ingrosso a livello nazionale.

4.3.1 Per ciò che concerne l'interesse alla documentazioni richiesta, sul primo versante (Fastweb quale cliente) l'originaria ricorrente indica elementi tali da evidenziare l'attualità e la concretezza, oltre che la riferibilità alla propria attività d'impresa, in quanto una modifica dell'infrastruttura da realizzare e delle relative condizioni tecniche può incidere sulle modalità di accesso ai servizi passivi e attivi dell'infrastruttura, nonché sulla modalità di organizzazione dei servizi da erogare ai propri clienti finali e sulla qualità e prezzo conseguenti.

4.3.2 Per ciò che concerne il secondo versante (quale concorrente), l'interesse di Fastweb si radica negli effetti che le modifiche alla concessione in fase di esecuzione generano o possono generare in termini di distorsione della concorrenza, legata ad un non corretto utilizzo dei fondi qualificati aiuti di Stato o alla violazione delle condizioni di approvazione degli stessi da parte della Commissione europea nonché alla violazione delle norme relative all'aggiudicazione dei contratti pubblici.

4.4 In proposito, assume rilievo dirimente il carattere parimenti difensivo dell'accesso azionato, atteso che Fastweb ha proposto dinanzi al TAR Lazio alcuni ricorsi (r.g. nn. 6202/2019, 4115/2020 e 7881/2020), nei confronti della stessa Open fiber oltre che dell'autorità garante delle comunicazioni, avverso l'approvazione dei listini dei servizi all'ingrosso di Open fiber in concessione, in quanto i prezzi risulterebbero, fra le altre cose, non rispettare il principio dell'orientamento al costo; ed i costi in parola risultano impattati dalle modifiche alle concessioni, che avrebbero reso meno gravose per Open fiber le condizioni realizzative dell'infrastruttura.

4.4.1 In materia di accesso difensivo ancora di recente l'Adunanza plenaria ha ribadito come debba escludersi che sia sufficiente nell'istanza di accesso un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare. La pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono invece svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica

amministrazione detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990.

4.4.2 Orbene, nel caso di specie il Tar risulta essersi mosso nel pieno rispetto del principio appena richiamato. In proposito, è sufficiente rilevare, nei termini evidenziati dalla parte interessata, come le informazioni relative ad un mutamento sostanziale delle condizioni tecniche esecutive della concessione possano riverberarsi sulla correttezza dei prezzi contenuti nel listino; in proposito, assume ulteriore rilievo, in termini di vaglio della sussistenza dei presupposti a fini di accesso, la circostanza che le modifiche della concessione non risulterebbero essere state rappresentate e valutate dall'Autorità di settore. Pertanto, nei limiti del predetto vaglio, la conoscenza dei documenti richiesti appare necessaria per comprendere in che misura i costi siano stati modificati e a valutare la correttezza delle determinazioni relative ai prezzi di accesso del listino di Open fiber le aree bianche, oggetto dei procedimenti giurisdizionali attualmente pendenti. In tale contesto la stessa parte originaria ricorrente ha evidenziato come la conoscenza degli atti e dei documenti relativi alle modifiche della concessione potrebbe comportare la necessità di dedurre anche ulteriori censure nei giudizi pendenti.

4.5 In termini di nuovo generali, rispetto alle contestazioni dedotte dalle parti, se è pur vero che Fastweb ha partecipato alla medesima gara poi aggiudicata ad Open Fiber, gli elementi più ampi posti a base dell'istanza di accesso, come sin qui riassunti, risultano essere stati indicati nella stessa originaria domanda del 22 dicembre 2020 nei termini sopra riportati, quale cliente ed operatore del settore interessato dalle attività in oggetto.

Pertanto, anche sotto il profilo di concorrente nella gara originaria, va ricordato che in tema di accesso agli atti amministrativi, è ravvisabile un interesse concreto ed attuale ed una legittimazione ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di colui che ha partecipato alla gara, con riferimento a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario ed allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara pubblica (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. III, 02/08/2021, n. 5688).

5. Le considerazioni sin qui svolte evidenziano l'inconsistenza anche del secondo ordine di rilievi, con cui l'appello contesta l'insussistenza dei presupposti di accesso agli atti di fase esecutiva. Infatti, se per un verso l'accesso non risulta essere stato formulato ai sensi della disciplina del codice dei contratti pubblici, per un altro verso il riferimento contenuto nella sentenza a tale

specifica disciplina non fa che doppiare il preminente richiamo ai principi predetti in tema di interesse all'accesso e di accesso difensivo.

6. Parimenti infondate sono le censure dedotte in relazione alla presunta lesione del know how aziendale.

6.1 In linea generale va ribadito che, nel bilanciamento dei contrapposti interessi sottesi all'accesso agli atti, la trasparenza assoluta delle gare pubbliche è principio prevalente rispetto al "know how" dei singoli concorrenti; il diritto alla piena ed effettiva tutela giurisdizionale è prevalente rispetto al diritto alla riservatezza delle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta (appunto il c.d. know how), pertanto deve essere garantito l'accesso alla documentazione di gara ove strumentale all'esercizio del diritto di difesa (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. V, 12 novembre 2020, n. 6523 e sez. VI, 10 maggio 2019, n. 2313).

6.2 Peraltro, nel caso di specie l'accesso risulta esercitato non in relazione alla qualità di partecipante alla originaria gara né agli atti relativi ai dettagli dell'offerta, coperti dai limiti di parte dell'offerta o delle giustificazioni della anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (su cui cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. V, 1 luglio 2020, n. 4220), quanto piuttosto alle successive modifiche contrattuali, rispetto alle quali il ruolo e l'interesse di Fastweb risulta specifico e duplice, nei termini sopra evidenziati.

7. Parimenti infondati sono i rilievi dedotti avverso il presunto difetto di motivazione sul carattere di indispensabilità della documentazione richiesta.

7.1 Se in dettaglio i rilievi proposti da Open fiber confermano come gli stessi si muovano ad un livello ulteriore rispetto a quello proprio della verifica dei presupposti per l'ostensione della documentazione, in termini dirimenti va ribadita la sufficiente esplicitazione della necessità di accedere alla documentazione, nel caso di specie ben evidenziata dall'originaria ricorrente e dalla sentenza impugnata, nei termini già sopra riassunti.

7.2 In generale, va parimenti ribadito che la legittimazione all'accesso - e la conseguente indispensabilità - non può essere valutata facendo riferimento alla legittimazione della pretesa sostanziale sottostante, ma ha consistenza autonoma, indifferente all'eventuale scopo ultimo per cui viene esercitata, sicché, una volta accertato il collegamento tra l'interesse azionato ed il documento, ogni ulteriore indagine sull'utilità ed efficacia del documento stesso in prospettiva di tutela giurisdizionale ovvero sull'esistenza di altri strumenti di tutela eventualmente utilizzabili è del tutto ultronea. Nel caso di specie le conclusioni raggiunte dal Tar appaiono pienamente coerenti a tale indicazione di principio.

8. Infine, parimenti infondate sono le censure dedotte in relazione all'incerta identificazione dei documenti oggetto dell'accesso.

8.1 In linea generale, è noto che l'istanza di accesso a documenti amministrativi deve riferirsi a ben specifici documenti e non può comportare la necessità di un'attività di elaborazione di dati da parte del soggetto destinatario della richiesta; la richiesta di ostensione degli atti non può costituire uno strumento di controllo generalizzato sull'operato della Pubblica Amministrazione nei cui confronti l'accesso viene esercitato e l'onere della prova anche dell'esistenza dei documenti, rispetto ai quali si esercita il diritto di accesso, incombe sulla parte che agisce in giudizio, non potendo imporsi all'Amministrazione la prova del fatto negativo della non detenzione dei documenti.

8.2 Nel caso di specie, a fronte di una specifica indicazione della documentazione richiesta nella stessa istanza del 22 dicembre 2020 (*“l'ostensione delle varianti e degli atti e documenti relativi all'istruttoria e alle valutazioni compiute al riguardo dalla Vs. Società assieme ai contratti di concessione stipulati da Codesta Società con l'aggiudicatario definitivo della concessione OF, rispettivamente in data 16 giugno 2017, 8 novembre 2017 e 2 aprile 2019, i relativi allegati e gli atti e documenti in essi richiamati anche se non materialmente allegati, inclusi gli atti modificativi e/o integrativi dei summenzionati contratti pubblici”*), nessuna elaborazione ulteriore è richiesta alla amministrazione destinataria della domanda, trattandosi degli atti relativi alle varianti apportate alle concessioni indicate.

9. Alla luce delle considerazioni che precedono entrambi gli appelli vanno pertanto respinti.

Sussistono giusti motivi, a fronte della novità della questione oggetto della documentazione controversa, per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Silvestro Maria Russo, Presidente FF

Dario Simeoli, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

Marco Poppi, Consigliere

L'ESTENSORE

Davide Ponte

IL PRESIDENTE

Silvestro Maria Russo

IL SEGRETARIO
