

Publicato il 10/05/2022

N. 03642/2022REG.PROV.COLL.  
N. 10254/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10254 del 2021, proposto da Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo di essi in Roma, piazza San Bernardo n. 101;

*contro*

Infratel Italia Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Nicola Marotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ministero dello Sviluppo Economico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

*nei confronti*

Open Fiber S.P.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luisa Turchia, Nicolle Purificati, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio della prima di esse in Roma, viale Bruno Buozzi n. 47;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 10493/2021, resa tra le parti, concernente l'istanza di accesso formulata da Telecom Italia S.p.A. in data 11.11.2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Infratel Italia Spa, Ministero dello Sviluppo Economico ed Open Fiber S.P.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2022 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati Vagnucci, Torchia, Purificati e Marotta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Telecom partecipava ad una gara per la banda larga di diversi comuni che veniva tuttavia vinta da Open Fiber.
2. Telecom, a fronte di alcuni ritardi di Open Fiber nella esecuzione del contratto, chiedeva alla stazione appaltante INFRATEL l'accesso agli atti, sia ai sensi della legge n. 241 del 1990 sia ai sensi del decreto legislativo n. 33 del 2013 (accesso civico), onde stimolare una eventuale risoluzione contrattuale e dunque lo scorrimento della graduatoria originaria in suo favore. Questa in sintesi la richiesta documentazione: offerta tecnica di gara; progetti esecutivi; piano economico-finanziario; ammontare delle penali irrogate da INFRATEL; modifiche contrattuali *medio tempore* intervenute; modalità di attuazione di norme tecniche.
3. La stazione appaltante, anche in forza di specifica opposizione di Open Fiber (OF), dava solo parziale accesso agli atti richiesti (esecuzione contrattuale ma non anche offerta tecnica). E ciò per la tutela della riservatezza industriale e commerciale di OF.

4. Open Fiber (OF) proponeva ricorso davanti al TAR Lazio avverso il parziale accesso (atti di esecuzione contrattuale).
5. Telecom proponeva ricorso, sempre davanti al TAR Lazio, avverso il parziale diniego (offerta tecnica di gara).
6. Il TAR Lazio, con la sentenza qui gravata, previa riunione dei due giudizi accoglieva il ricorso di OF e rigettava quello di Telecom. Questo in sintesi il ragionamento del giudice di primo grado:
  - 6.1. La domanda di accesso civico non poteva essere coltivata in quanto INFRATEL è “società quotata” e dunque esclusa dalla normativa sulla trasparenza di cui al predetto decreto legislativo n. 33 del 2013;
  - 6.2. Quanto alla istanza di cui all’art. 22 della legge n. 241 del 1990, l’interesse all’accesso difensivo non era stato sufficientemente motivato da Telecom. Ciò anche in ossequio alle conclusioni di cui alla Adunanza Plenaria n. 10 del 2020 secondo cui tali istanze disvelerebbero un interesse di natura esplorativa.
7. Telecom proponeva appello avverso la suddetta sentenza per i motivi di seguito sintetizzati:
  - 7.1. Erroneità nella parte in cui non sarebbe stato rilevato che il motivo sulla esclusione di INFRATEL da simili obblighi di trasparenza sarebbe stato tardivamente e irritualmente formulato mediante memoria difensiva di parte;
  - 7.2. Erroneità nella parte in cui ha ritenuto che le ragioni di riservatezza commerciale sarebbero prevalenti rispetto a simili obblighi di trasparenza (“accesso civico”);
  - 7.3. Erroneità nella parte in cui, pur a fronte di dettagliate considerazioni di parte, l’istanza di “accesso difensivo” di cui alla legge n. 241 del 1990 è stata ritenuta solo genericamente formulata.
8. Si costituivano in giudizio INFRATEL e OPEN FIBER per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione.
9. OPEN FIBER formulava altresì appello incidentale, riproponendo alcune censure non vagliate in primo grado. Gravame questo condizionato, ad ogni

buon conto, all'eventuale accoglimento dell'appello principale di TELECOM.

10. Alla camera di consiglio del 21 aprile 2022 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso veniva infine trattenuto in decisione.

11. Tutto ciò premesso l'appello è infondato per le ragioni che di seguito verranno indicate.

12. Questi in sintesi i principali passaggi della citata sentenza della Adunanza plenaria 2 aprile 2020, n. 10:

12.1. *“L’istanza di accesso documentale ben può concorrere con quella di accesso civico generalizzato e la pretesa ostensiva può essere contestualmente formulata dal privato con riferimento tanto all’una che all’altra forma di accesso”;*

12.2. L'accesso agli atti di cui all'art. 22 della legge n. 241 del 1990 è consentito anche per la fase esecutiva del rapporto, nelle ipotesi di possibile inadempimento contrattuale, allorché il privato richiedente (solitamente il secondo classificato ad una gara pubblica) abbia di mira la possibile risoluzione del contratto del primo classificato. Ciò a condizione che l'interesse difensivo preesista all'istanza di accesso e non si traduca dunque in una richiesta con mere finalità esplorative;

12.3. L'accesso civico generalizzato trova applicazione anche nella disciplina dei contratti pubblici.

13. Tanto premesso, i primi due motivi di ricorso debbono essere rigettati in quanto, al di là della corretta qualificazione della intimata società pubblica (ossia se quotata o meno), i presupposti per avere accesso alla procedura di accesso civico comunque non sussistono dal momento che la presenza di segreti industriali e commerciali impedisce una simile ostensione documentale.

Come ulteriormente evidenziato nella citata decisione n. 10 del 2020 della Adunanza plenaria, infatti:

a) l'istituto dell'accesso civico generalizzato trova applicazione, sì, anche per le procedure di esecuzione degli appalti pubblici, fermo restando in ogni caso la

verifica di compatibilità del suddetto accesso con le eccezioni di cui all'art. 5-bis, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 33 del 2013;

b) tra questi limiti rientrano proprio *“gli interessi economici e commerciali di una persona ... giuridica”*;

c) deve dunque essere costantemente operato, a tale ultimo riguardo, un adeguato *“bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza”* (punto 38);

d) tali stessi limiti, tra cui proprio quello alla riservatezza commerciale e industriale, *“sono certamente più ampi e oggetto di una valutazione a più alto tasso di discrezionalità”* (punto 9.4.).

Le suddette esigenze di riservatezza commerciale e industriale sono state tenute in adeguata considerazione dalla intimata IFRATEL e ben esposte nella nota di opposizione di OF del 18 dicembre 2020, laddove si afferma che: *“l’offerta presentata rivela elementi tecnici ed economici, organizzativi, di competenza ed esperienza tecnico-industriale, comprese quella commerciale e finanziaria, che costituiscono informazioni strategiche e commercialmente sensibili riguardanti l’attività di Open Fiber”*. Ed ancora che: *“Oltre ai dati di carattere strettamente tecnologico-architettonico, i dati economico-finanziari contenuti nell’offerta integrano informazioni confidenziali e riservate in ordine alle scelte strategiche operate dalla Società relativamente alla gestione dell’infrastruttura e al ritorno atteso dall’investimento connesso al progetto. Trattandosi, peraltro, di proiezioni sugli scenari futuri di mercato e sul posizionamento concorrenziale e strategico della Scrivente, le informazioni economico-finanziarie di offerta, costituiscono per definizione segreti commerciali, la cui ostensione - riguardando dati futuri e non storici - pregiudicherebbe gravemente l’attività commerciale di Open Fiber”*. Entro questi stessi termini vi potrebbe dunque concretamente essere una lesione della posizione concorrenziale di OF. Non si tratta di esigenze avanzate per la prima volta in giudizio (cfr. memoria di replica TELECOM in data 8 aprile 2022) ma di posizioni già ampiamente esposte in sede procedimentale con la citata nota di OF del 18 dicembre 2020 di cui INFARTEL, come pure detto,

ha adeguatamente tenuto conto nel fornire riscontro alla suddetta istanza di accesso dell'11 novembre 2020.

Congrua si rivela allora la valutazione della società pubblica appellata secondo cui, facendo applicazione del canone di proporzionalità in base al *test* del danno (c.d. *harm test*), si è ritenuto di annettere prevalenza alla tutela del *know-how* industriale e commerciale di OF.

Di contro, le manifestate esigenze di riservatezza non sono state seriamente messe in discussione dalla difesa di TELECOM, la quale si è limitata a sostenere la propria legittimazione ad ottenere questo tipo di “accesso civico” sulla base di una lunga ma semplice enunciazione di precedenti e di orientamenti della giurisprudenza interna e comunitaria (cfr. pagg. 12 – 17 dell'appello introduttivo, in cui non si riesce a dare dimostrazione circa la prevalenza del richiesto accesso civico rispetto alle evidenziate esigenze di riservatezza industriale e commerciale, nonché memoria in data 5 aprile 2022, ove ci si concentra per lo più sulla ritenuta assenza di condotte anticoncorrenziali da parte di TELECOM).

Nei termini suddetti la censura deve dunque essere rigettata.

14. Quanto al terzo motivo, la sentenza è in effetti da condividere dal momento che l'accesso difensivo postula una controversia già sorta o comunque già ipotizzabile nei suoi elementi essenziali, laddove nel caso di specie l'interesse all'accesso sembra rivestire natura meramente esplorativa. L'interesse all'accesso è in altre parole generico e non meglio motivato: del resto la presenza di alcuni ritardi potrebbe pur essere giustificata o dare comunque vita alla irrogazione di penali contrattuali ma non anche, giocoforza, alla risoluzione del contratto stesso. Né d'altra parte vengono indicate specifiche clausole contrattuali (tutte conosciute o comunque conoscibili, almeno quelle originarie) dalla cui violazione discenderebbe la suddetta ipotizzata risoluzione. Più in particolare, da una analisi della istanza di accesso formulata da Telecom in data 11 novembre 2020 emerge che:

14.1. Alquanto generiche si rivelano le considerazioni secondo cui: l'interesse è quello di “conoscere l'origine e l'evoluzione di tutte le vicende che potrebbero condurre alla risoluzione di diritto del contratto per inadempimento dell'aggiudicatario” (pag. 3 istanza); “i lavori di costruzione dell'infrastruttura risultano in gravissimo ritardo ... Open Fiber non avrebbe rispettato il cronoprogramma” (non vengono infatti indicati quali lavori avrebbero subito tali ritardi e quali parti del cronoprogramma non sarebbero state rispettate); “Open Fiber avrebbe maturato rilevantissimi ritardi che, secondo le previsioni contrattuali stabilite in gara, avrebbero dovuto essere sanzionati con l'applicazione delle penali” (il tutto senza indicare di quali ritardi si tratti, quali disposizioni contrattuali sarebbero state violate e soprattutto senza tenere conto che l'applicazione di penali non comporta in automatico la risoluzione del contratto); “i ritardi maturati ... hanno già determinato un complessivo prolungamento della progettazione esecutiva” (anche qui omettendo di specificare in cosa sarebbe consistito il ritardo e quale sia la disposizione contrattuale idonea a comportare la invocata risoluzione); “su 2914 cantieri ... e 1026 wireless ne sono stati completati ... rispettivamente 875 e 889” (il tutto senza considerare le relative tempistiche, le conseguenti violazioni e le eventuali conseguenze di carattere risolutorio). Si tratta dunque – come già del resto anticipato – di generici riferimenti a diversi ritardi che ben possono dare luogo a penali ma non anche, necessariamente, a risoluzioni contrattuali (o almeno tale circostanza non è stata adeguatamente riscontrata dalla difesa di parte appellante);

14.2. In sostanza le considerazioni della parte appellante si rivelano inidonee, anche sulla base degli scritti difensivi, a radicare *“una seria prospettiva di risoluzione del rapporto”* (punto 16.1. Adunanza plenaria n. 10 del 2020). L'interesse concreto ed attuale all'anelato accesso risulta dunque non sussistente dal momento che non è stata prospettata una situazione che oggi legittimerebbe o addirittura imporrebbe la risoluzione del contratto e dunque lo scorrimento della graduatoria. Come affermato nella citata sentenza della

Adunanza plenaria n. 10 del 2020, infatti, deve essere fornita “la prova dell’inadempimento delle prestazioni contrattuali”. Ciò in quanto l’interesse concreto, attuale e diretto deve preesistere all’istanza di accesso e non deve scaturire in esito alla conoscenza dei documenti richiesti con la medesima istanza: l’istanza di accesso, in altre parole, non deve avere finalità esplorative e dunque risultare preordinata, per via di generiche motivazioni, ad un controllo generalizzato dell’attività amministrativa. La posizione sostanziale, in sintesi, “è la causa e il presupposto dell’accesso documentale e non la sua conseguenza”. Nei termini di cui si è detto al punto 14.1. emerge invece, dal tenore delle considerazioni legate alla domanda di accesso di TELECOM, come quest’ultima si ponga in termini del tutto eventuali, ipotetici e dubitativi (come del resto ben messo in evidenza dal giudice di prima istanza). Non vengono forniti in altre parole più specifici elementi onde dimostrare la “necessità” ai fini della cura e della difesa dei propri interessi e dunque il collegamento tra i documenti richiesti e le sottese esigenze difensive (Cons. Stato, Ad. Plen., 18 marzo 2021, n. 4);

14.3. Alla luce di quanto sinora esposto anche l’ultimo dei motivi di appello deve dunque essere rigettato.

15. L’appello principale proposto avverso la sentenza del TAR Lazio è dunque in conclusione da rigettare, con conseguente declaratoria di improcedibilità dell’appello incidentale espressamente presentato in forma condizionata.

Le spese di lite possono essere integralmente compensate stante la peculiarità e la complessità delle esaminate questioni.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello principale, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Dichiara improcedibile l’appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2022 con  
l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Massimo Santini**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Caringella**

**IL SEGRETARIO**