

Pubblicato il 21/10/2021

N. 10812/2021 REG.PROV.COLL.

N. 02413/2021 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2413 del 2021, proposto da Fastweb S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Renzo Ristuccia, Luca Tufarelli, Mario Di Carlo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Renzo Ristuccia in Roma, piazza Cavour 17;

contro

Infrastrutture e Telecomunicazioni per l'Italia S.p.A. - Infratel Italia S.p.A. non costituita in giudizio;

nei confronti

Open Fiber S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luisa Torchia, Nicolle Purificati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luisa Torchia in Roma, viale Bruno Buozzi; 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, 12;

per l'accesso

agli atti e ai documenti richiesti da Fastweb con istanza d'accesso trasmessa a mezzo pec ad Infratel in data 22 dicembre 2020, ad oggi rimasta inevasa nonché per l'annullamento del silenzio-rigetto formatosi in data 21 gennaio 2021 sull'istanza suddetta di accesso presentata da Fastweb ad Infratel in data 22 dicembre 2020.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2021, tenutasi in modalità da remoto, la dott.ssa Francesca Romano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso notificato il 22 febbraio 2021 e depositato il successivo 1° marzo, la società Fastweb ha adito questo Tribunale al fine di ottenere l'accesso agli atti e ai documenti dalla stessa richiesti a Infratel s.p.a. con istanza del 22 dicembre 2020, tacitamente rigettata poiché Infratel non si è pronunciata nel termine di trenta giorni di cui all'art. 25, comma 4, l. n. 241/90.

2. L'accesso per cui è causa concerne gli atti della fase esecutiva dell'affidamento della 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”) - a cui Fastweb ha partecipato – e che Infratel, per conto del MISE, a seguito di procedure ristrette di cui ai Bandi di gara pubblicati in Gazzetta Ufficiale, 5a Serie Speciale, Contratti Pubblici n. 63 del 03.6.2016, n. 91 dell’8.8.2016 e n. 46 del 20.4.2018, ha aggiudicato in via definitiva a Open Fiber.

L’infrastruttura in concessione è totalmente finanziata con fondi pubblici e, al fine di accelerarne la realizzazione, è stato previsto nella *lex specialis* che il concessionario non versi il canone concessorio sino al 2023.

Tanto il regime di aiuti di Stato approvato dalla Commissione quanto il bando e la documentazione di gara prevedono la copertura delle unità immobiliari (UI) con infrastruttura a banda ultra larga per servizi “over 100 Mbps” per il 100% delle UI nel c.d. Cluster D e il 70% delle UI nel c.d. Cluster C e “over 30 Mbps” per il restante 30%, con una quantità minima di UI da raggiungere.

OF si è aggiudicata la gara offrendo una copertura superiore a quella richiesta dal Bando.

I rispettivi contratti di concessione sono stati sottoscritti da Infratel e OF in data 16 giugno 2017, 8 novembre 2017 e 5 aprile 2019.

In ragione di ciò, OF - fino al 31.12.2037 nonché, in relazione al Bando 3, fino al 31.12.2038 - è concessionaria della progettazione, costruzione, manutenzione e gestione di una Rete passiva a Banda Ultra Larga di proprietà pubblica che deve essere messa a disposizione degli operatori di telecomunicazioni per consentir loro l’erogazione di servizi agli utenti finali, in modalità *wholesale* (cioè all’ingrosso) e a prezzi non superiori ai limiti previsti dal bando e a quelli ulteriori definiti da AGCom con la Delibera n. 120/16/CONS.

Fastweb, dal canto suo, è un primario operatore di telecomunicazioni, presta servizi al dettaglio ai clienti finali (c.d. *retail*) ed è altresì titolare di una infrastruttura di

telecomunicazioni proprietaria e fornisce servizi di accesso all'ingrosso (c.d. *wholesale*) ad altri operatori di TLC.

Per un verso, quindi, Fastweb è acquirente dei prodotti e servizi di accesso all'infrastruttura in concessione offerti da OF e ciò sia al fine di prestare servizi ai propri clienti finali sia al fine di integrare la propria infrastruttura di accesso all'ingrosso al fine di fornire servizi *wholesale* ad altri operatori. Essa inoltre è un *competitor* di OF sul mercato dei servizi di accesso all'ingrosso nazionale.

In tale qualità, Fastweb ha, dunque, notificato in data 22.12.2020 istanza cumulativa, ai sensi del d.lgs. n. 33/2013 e della l. n. 241/90, a Infratel, al fine di tutelare propri e specifici interessi giuridici derivanti dalla propria posizione qualificata nonché in ragione dell'obbligo generale di trasparenza.

In particolare, Fastweb ha chiesto ad Infratel 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, rispettivamente in data 16.6.2017, 8.11.2017 e 5.4.2019, 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.

Il 23 dicembre 2020 Infratel ha trasmesso alla controinteressata OF l'istanza di Fastweb, informandola della possibilità di presentare entro 10 giorni “*una motivata opposizione con l'indicazione di specifiche ragioni ostative al rilascio della documentazione richiesta*”.

Nonostante la solerzia iniziale nell'informativa data ad OF, Infratel rimaneva inerte nei ventinove giorni successivi, con conseguente formazione del silenzio-rigetto dell'istanza di Fastweb in data 21 gennaio 2021.

3. Avverso il provvedimento tacito di silenzio-rigetto, parte ricorrente deduce i seguenti motivi di diritto:

I. Violazione degli artt. 22 e ss., legge n. 241/1990.

II. Violazione dell'art. 5 d.lgs. n. 33/2013, così come modificato dal d.lgs. n. 97 del 2016.

4. Con memoria di pura forma si è costituito in giudizio il Ministero dello Sviluppo Economico.

5. Si è costituita altresì Open Fiber contestando, nel merito, la fondatezza del gravame.

6. Alla camera di consiglio del 16 giugno 2021 la causa è stata discussa e, quindi, trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato, con riguardo al primo motivo.

2. Come correttamente eccepito da Open Fiber nella propria memoria difensiva deve, infatti, escludersi, in capo a Infratel s.p.a., l'applicabilità dell'istituto dell'accesso civico generalizzato in quanto, ai sensi dell'art. 2 bis, comma 2, lett. b, d. lgs. n. 33/2013, sono escluse dall'ambito soggettivo di applicazione della disciplina dell'accesso civico e della trasparenza *“le società quotate come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera p), dello stesso decreto legislativo [decreto legislativo, 19 agosto 2016, n. 175], nonché le società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche”*.

In applicazione del richiamato art. 2 d.lgs. 175/2016 nel novero delle “società quotate” rientrano anche le società che hanno emesso strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati in base all'evidente ratio secondo cui le società che fanno appello al mercato dei capitali soggiacciono ad obblighi di trasparenza distinti da quelle che riguardano le amministrazioni soggette all'accesso civico generalizzato.

Infratel è società, sebbene come osservato da Fastweb, sottoposta al controllo del MISE in qualità di soggetto attuatore dei Piani Banda Larga e Ultra Larga del

Governo, interamente partecipata da Invitalia s.p.a. che in data 20 luglio 2017 ha emesso un prestito obbligazionario per € 350.000.000,00 (trecentocinquantamiloni), quotato su mercato regolamentato.

Nessun dubbio può sussistere, dunque, sull'esclusione dall'ambito di applicazione della disciplina sull'accesso civico di Infratel, in quanto sebbene controllata da un'amministrazione pubblica (MISE) la stessa è interamente partecipata da una società quotata (Invitalia), come peraltro la stessa ha avuto cura di affermare espressamente sul proprio sito internet.

2. Quindi, esclusa l'applicabilità ad Infratel dell'istituto dell'accesso civico generalizzato, con conseguente infondatezza del secondo motivo di ricorso che ha ad oggetto la violazione delle norme del d. lgs. n. 33/2013, occorre esaminare le censure che Fastweb muove al gravato provvedimento con il primo motivo di ricorso, con cui contesta l'illegittima preclusione dell'accesso documentale ai sensi degli artt. 22 e ss, l. n. 241/90.

Le censure sono fondate.

Giova, innanzitutto, rammentare come l'accesso documentale agli atti della fase esecutiva delle procedure di evidenza pubblica è ammesso espressamente dall'art. 53, comma 1, d. lgs. n. 50 del 2016, laddove esso rimette alla disciplina degli artt. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990, «*il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici*», ma anche e più in generale dalla l. n. 241 del 1990, richiamata dall'art. 53 testé citato.

Secondo i dettami della l. n. 241/90, ai fini dell'accesso, occorre che l'interesse dell'istante, pur in astratto legittimato, possa considerarsi concreto, attuale, diretto, e, in particolare, che preesista all'istanza di accesso e non ne sia, invece, conseguenza; in altri termini, che l'esistenza di detto interesse sia anteriore all'istanza di accesso documentale che, quindi, non deve essere impiegata e piegata a “costruire” ad hoc, con una finalità esplorativa, le premesse affinché sorga ex post.

“Diversamente, infatti, l’accesso documentale assolverebbe ad una finalità, espressamente vietata dalla legge, perché preordinata ad un non consentito controllo generalizzato sull’attività, pubblicistica o privatistica, delle pubbliche amministrazioni (art. 24, comma 4, della l. n. 241 del 1990)” (così, da ultimo, Ad. Pl. n. 10/2020): se l’accesso documentale soddisfa un bisogno di conoscenza (c.d. *need to know*) strumentale alla difesa di una situazione giuridica (v. parere Cons. St. n. 515 del 24 febbraio 2016), che peraltro non necessariamente deve sfociare in un esito contenzioso (essendo la situazione legittimante all’accesso autonoma e distinta da quella legittimante all’impugnativa giudiziale e dall’esito stesso di questa impugnativa: v. Cons. St., sez. V, 27 giugno 2018, n. 3956, già citata), questa situazione giuridica deve necessariamente precedere e, per di più, motivare l’accesso stesso.

3. Ebbene, nel caso di specie, occorre precisare che Fastweb non deduce la sussistenza di un interesse strumentale giuridicamente tutelato a conoscere degli atti della fase esecutiva della concessione, in quanto soggetto partecipante alla gara, bensì la titolarità di un interesse diretto, concreto e attuale nella duplice veste di competitor di Open Fiber, da un lato, e di soggetto titolato a richiedere l’accesso all’infrastruttura oggetto della predetta concessione, dall’altro.

In qualità di competitor, l’interesse di Fastweb, secondo la sua prospettazione, si radicherebbe 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 degli aiuti di Stato o alla violazione delle condizioni di approvazione degli stessi da parte della Commissione Europea (quali, ad esempio, le modifiche incidenti sui costi o sugli oneri operativi di OF o una minore quantificazione degli obblighi di copertura senza una modifica del corrispettivo) nonché alla violazione delle norme relative all’aggiudicazione dei contratti pubblici di concessione.

In relazione alla seconda qualità rivestita da Fastweb, sussisterebbe comunque l'interesse della ricorrente in quanto una modifica dell'infrastruttura da realizzare e delle relative condizioni tecniche inciderebbe sulle modalità di accesso ai servizi passivi e attivi dell'infrastruttura ed inoltre non può escludersi che le modifiche apportate possano incidere sulla modalità di organizzazione dei servizi da erogare ai propri clienti finali e sulla qualità e prezzo conseguenti.

Fastweb, inoltre, è già parte ricorrente in vari giudizi pendenti dinanzi a questo stesso Tribunale (R.G. nn. 6202/2019, 4115/2020 e 7881/2020), aventi ad oggetto i provvedimenti di approvazione da parte di AGCom delle condizioni tecniche ed economiche previste dal “*Listino dei servizi C&D*” nelle cc.dd. aree bianche oggetto della concessione per cui è causa, per violazione delle condizioni di approvazione del regime di aiuti di Stato e delle altre previsioni applicabili.

Nel caso di specie, ciò che emerge, dunque, come meritevole di apprezzamento è, a giudizio del collegio, l'interesse di Fastweb a tutelare, attraverso l'accesso ai documenti richiesti, la propria posizione giuridica tanto presso la Commissione Europea quanto presso gli organi giurisdizionali italiani innanzi ai quali già risultano pendenti i tre giudizi sopra richiamati, rispetto ai quali l'accesso de quo si rivela necessario per meglio curare e difendere i propri interessi, ai sensi di quanto previsto dall'art. 24, comma 7, l. n. 241/90.

Al riguardo occorre ulteriormente precisare come:

a) non sia ravvisabile nella fattispecie in esame alcuna tra le fattispecie impeditive previste dagli artt. 22 e 24 della legge n. 241/90, data la natura degli atti oggetto di richiesta ostensiva.

Nel bilanciamento tra trasparenza e riservatezza, la prima non può che prevalere sulla seconda a maggior ragione considerando che alla soddisfazione delle esigenze di accesso non conseguirebbe alcun pregiudizio per la controinteressata che, peraltro, non ha rappresentato in sede procedimentale la sussistenza di alcuna

esigenza di tutela della riservatezza su segreti industriali o commerciali contenuti nei richiesti documenti, come si evince dall'atto di opposizione comunicato ad Infratel il 2 gennaio 2021.

Open Fiber ha rappresentato il pericolo di un grave pregiudizio ai propri interessi economici e commerciali derivante dall'asserita incidenza dell'accesso richiesto su aspetti connessi al *know how* aziendale e al segreto industriale solo nella memoria di replica da ultimo depositata in atti.

Precisato che i documenti richiesti da Fastweb non hanno alcuna attinenza con l'offerta tecnica o con gli atti giustificativi della stessa, di talché non si rientra nel più restrittivo ambito di applicazione dell'art. 53, comma 5, lett. a, d. lgs n. 50/2016, bensì nel più ampio istituto dell'accesso ex artt. 22 e ss. L. n. 241/90, "*il sancito limite alla ostensibilità è comunque subordinato all'espressa «manifestazione di interesse» da parte dell'impresa interessata, cui incombe l'onere dell'allegazione di «motivata e comprovata dichiarazione», mediante la quale dimostri l'effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia*" (così Cons. St. , V, 1° luglio 2020, n. 4220), cosa che, appunto, in sede procedimentale non risulta essere avvenuto;

b) alcun rilievo può ricoprire la circostanza che parte degli atti richiesti siano stati già oggetto di pubblicazione, posta non solo la sua irrilevanza quale valida ragione ostativa, ma anche in ragione del fatto che gran parte dei documenti richiesti non sono in realtà mai stati pubblicati.

L'istanza di accesso di Fastweb, lungi dall'aver un contenuto meramente esplorativo, trova il suo fondamento in una serie di modifiche in concreto apportate ai documenti oggetto di pubblicazione e che dagli stessi documenti pubblicati tuttavia non emergono in modo manifesto, quali quelle concernenti:

-il cronoprogramma, in quanto OF avrebbe richiesto una proroga di ben 3 anni per la costruzione dell'infrastruttura;

- la riduzione delle Unità immobiliari da interconnettere mediante l'infrastruttura da realizzare in concessione, che sarebbe di consistenza superiore al 20%, senza l'evidenza che a tale riduzione sia conseguita una riduzione proporzionale dell'aiuto pubblico da corrispondere al concessionario;
- la copertura offerta da OF in termini di banda e di tecnologia, su cui non vi sarebbe adeguata chiarezza; trasparenza né chiarezza. L'infrastruttura ottica FTTH (la cui realizzazione rappresenta il principale obiettivo dell'intervento pubblicamente finanziato), inoltre, pare essere stata molto ridimensionata, riconvertendo su tecnologia FWA (Fixed wireless access) moltissimi Comuni;
- la qualità delle opere in via di realizzazione, essendovi il dubbio che essa corrisponda a quella prevista dalla concessione;
- i punti di consegna neutri (PCN), ossia le centrali locali ottiche di Open Fiber dove si attestano gli altri operatori, inizialmente previsti in circa 600 per le aree ricomprese nelle prime due gare e che sarebbero stati aumentati fino a circa 3.000;
- le norme tecniche allegate alla documentazione di gara, che definivano con maggiore dettaglio le prestazioni e le modalità di realizzazione dell'infrastruttura, i collaudi, l'esecuzione della concessione e le relative verifiche.

La conoscenza dei documenti richiesti si rivela quindi indispensabile per comprendere in che misura i costi in base ai quali OF ottiene aiuti pubblici siano stati modificati e a valutare se i prezzi di accesso del Listino OF per le aree bianche (oggetto dei procedimenti giurisdizionali attualmente pendenti innanzi a questo Tribunale) non debbano a loro volta essere modificati in base al principio di orientamento al costo sancito dagli Orientamenti dell'Unione europea per l'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga.

In conclusione, 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 e riportati in fatto al superiore punto 2, deve essere dichiarato 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.

4. Si ravvisano, stante la peculiarità della fattispecie esaminata, giustificati motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, ordina a Infratel s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, di consentire alla ricorrente l'accesso, mediante visione ed estrazione di copia, alla documentazione di che trattasi, entro il termine di giorni 30 (trenta) dalla notificazione o, se anteriore, dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2021 con l'intervento dei magistrati:

Luca De Gennaro, Presidente FF

Paola Anna Gemma Di Cesare, Consigliere

Francesca Romano, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesca Romano

IL PRESIDENTE
Luca De Gennaro

