

Pubblicato il 12/10/2021

N. 10493/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00573/2021 REG.RIC.
N. 01805/2021 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 573 del 2021, proposto da
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;

contro

Infrastrutture e Telecomunicazioni per l'Italia S.p.A., 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, 12;

nei confronti

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 Arturo Cancrini in Roma, piazza di San Bernardo, 101;

sul ricorso numero di registro generale 1805 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 Arturo Cancrini in Roma, piazza di San Bernardo, 101;

contro

Infrastrutture e Telecomunicazioni per L'Italia S.p.A., 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, 12;

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;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 573 del 2021:

per l'annullamento parziale, previa concessione di idonee misure cautelari:

- del provvedimento prot. n. 786, adottato da Infratel Italia S.p.A. in data 8 gennaio 2021, notificato a mezzo pec in pari data, avente ad oggetto “Istanza di accesso agli atti in data 11 novembre 2020 – **TIM** S.p.A. – Accoglimento parziale”;
- del provvedimento prot. n. 910, adottato da Infratel Italia S.p.A. in data 9 gennaio 2021, notificato a mezzo pec in pari data, avente ad oggetto “Integrazione della decisione di cui alla nostra nota prot. n. 1328 dell'8 gennaio 2021”, nella parte in cui conferma l'accoglimento parziale dell'istanza di accesso formulata da Telecom Italia S.p.A.;

- di ogni altro provvedimento, atto o comportamento presupposto, consequenziale o comunque connesso a quelli impugnati.

Con conseguente accertamento della non ostensibilità dei documenti richiesti da Telecom Italia S.p.A. e con espressa riserva di agire per il risarcimento del danno;

quanto al ricorso n. 1805 del 2021:

per l'annullamento del provvedimento, ricevuto in data 8 gennaio 2021, con cui Infratel Italia S.p.A. ha parzialmente respinto l'istanza di accesso formulata da Telecom Italia S.p.A. in data 11.11.2020 e

per l'accertamento del diritto di accesso, ai sensi degli artt. 116, c.p.a. e 33, d.lgs. n. 33/2013, in relazione all'istanza formulata da Telecom Italia S.p.A. in data 11 novembre 2020.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Infrastrutture e Telecomunicazioni per L'Italia S.p.A., del Ministero dello Sviluppo Economico e di Telecom Italia S.p.A. e di Open Fiber S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 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 15 gennaio 2021 e depositato il successivo 18 gennaio, Open Fiber s.p.a. ha adito questo Tribunale al fine di ottenere l'annullamento dei provvedimenti, come in epigrafe specificati, con cui Infratel s.p.a ha accolto parzialmente l'istanza di accesso agli atti richiesti da Telecom s.p.a.

2. La ricorrente, più in particolare, contesta la legittimità dei provvedimenti con i quali Infratel Italia S.p.A. ha parzialmente accolto l'istanza di accesso

agli atti formulata da Telecom Italia S.p.A. in data 11 novembre 2020, volta ad ottenere, tra l'altro, copia degli atti e documenti *“relativi all'esecuzione dei contratti”* stipulati tra la stessa Infratel e l'aggiudicataria Open Fiber a valle della Gara n. 1.

La Gara in questione – suddivisa in 5 lotti (per le Regioni Abruzzo, Molise, Emilia Romagna, Lombardia, Toscana e Veneto) – ha avuto ad oggetto l'affidamento della concessione per la costruzione e gestione di un'infrastruttura passiva a banda ultra-larga nelle c.d. aree di intervento bianche.

Le vicende relative alla predetta procedura selettiva sono state oggetto di plurimi contenziosi definiti da questo Tribunale con la sentenza n. 3682 del 20 marzo 2017, resa sul ricorso e sui successivi atti di motivi aggiunti proposti da **TIM** contro le Linee Guida Agcom, il Bando di gara, la Lettera di Invito e numerosi chiarimenti resi dalla stazione appaltante Infratel, e con le sentenze nn. 6167, 6172, 6178, 6438 e 6441/2017, con le quali sono stati definiti i ricorsi presentati dalla stessa **TIM** contro i provvedimenti di ammissione di OF alla fase di valutazione delle offerte con reiezione delle censure proposte.

Ciò nonostante, in data 11 novembre 2020, Telecom ha presentato un'istanza di accesso agli atti ai sensi degli artt. 22 e ss., l. n. 241/199 e 53, d.lgs. n. 50/2016, nonché ai sensi del d.lgs. n. 33/2013, chiedendo copia degli atti e dei documenti in possesso del concedente e riguardanti la gara, *“nonché quelli relativi all'esecuzione dei contratti per i quali ha concorso nella Gara 1”* (per le Regioni Abruzzo, Molise, Emilia Romagna, Lombardia, Toscana e Veneto).

La documentazione richiesta, più in particolare, è stata così dettagliata:

- 1) Offerta tecnica ed economica di OF ivi incluso il Cronoprogramma presentato in gara nonché le modifiche eventualmente apportate a detto Cronoprogramma, in riferimento a ciascun Lotto di Gara;
- 2) I 10 progetti esecutivi che sono stati allegati in sede di presentazione dell'offerta di gara, per ciascun Lotto;
- 3) Tutti gli allegati ai contratti di concessione sottoscritti con OF;

- 4) Piano economico finanziario ed eventuali successive revisioni dello stesso con i relativi atti e allegati, in riferimento a ciascun Lotto di Gara;
- 5) Data di presentazione dei progetti definitivi da parte di OF per ciascun Comune;
- 6) Data di approvazione dei progetti definitivi da parte di Infratel per ciascun Comune;
- 7) Data di presentazione dei progetti esecutivi da parte di OF per ciascun Comune;
- 8) Data di approvazione dei progetti esecutivi da parte di Infratel per ciascun Comune;
- 9) Ammontare delle penali applicate da Infratel con la relativa sequenza;
- 10) L'atto con il quale sono state apportate le modifiche contrattuali intervenute in sede di stipulazione della Convenzione rispetto allo Schema di contratto allegato alla Gara o, in mancanza, una Relazione istruttoria sulle modifiche stesse;
- 11) Documentazione attinente alle ulteriori modifiche intervenute in corso di esecuzione rispetto alle previsioni di gara, con particolare riferimento i) al cambiamento di tecnologia da FO a FWA (con l'indicazione del numero di Comuni interessati), ii) al numero finale di utenze servite, iii) al numero di Comuni per i quali non è stata ancora avviata la progettazione con tecnologia FO né con tecnologia FWA, iv) all'effettiva estensione della rete BUL;
- 12) Documentazione attestante le modalità di attuazione della "Norma Tecnica Architettura BUL (NTA)" del Bando con specifico riferimento alla collocazione del Ripartitore Ottico di Edificio (ROE) che, come specifica la NTA (par. 2.2.2).

Ebbene, all'esito del procedimento nel quale è stata coinvolta la controinteressata Open Fiber, con provvedimento prot. n. 1328 dell'8 gennaio 2021, oggetto del presente giudizio, la concedente ha negato l'accesso all'offerta tecnico-economica presentata dalla ricorrente, *“in quanto essa riguarda interessi industriali e commerciali di cui è in concreto titolare la controinteressata”*

e ha disposto il parziale accoglimento dell'istanza *“con riferimento alla documentazione relativa all'esecuzione dei contratti di concessione stipulati con OF”*.

Open Fiber ha proceduto, nell'immediatezza, a diffidare la concedente dal dar corso alla propria determinazione chiedendo, più in particolare la sospensione dell'esecuzione del provvedimento e, al contempo, di specificare esattamente quali tra i documenti elencati nell'originaria istanza fossero ostensibili.

Nel riscontrare la diffida dell'odierna ricorrente, in data 9 gennaio 2021, Infratel ha adottato il provvedimento avente ad oggetto *“Integrazione della decisione di cui alla nostra nota prot. n. 1328 dell'8 gennaio 2021”*, con il quale, da un lato, ha differito l'accesso agli atti a una data successiva, dall'altro, ha confermato il provvedimento di accoglimento parziale dell'accesso.

3. Con il presente ricorso Open Fiber contesta i provvedimenti assunti da Infratel rispettivamente in data 8 e 9 gennaio 2021, alla luce dei seguenti motivi di diritto:

I. Illegittimità dei provvedimenti impugnati per aver ritenuto sussistente in capo a Telecom un interesse all'ostensione meritevole di tutela. Violazione degli artt. 22 e seguenti della l. n. 241/1990. Inammissibilità dell'istanza di accesso per il suo carattere palesemente aggressivo e lesivo dei diritti e interessi della concessionaria OF. Violazione della disciplina recata dal d. lgs. n. 33/2013 e dal d. lgs. n. 50/2016.

II. Illegittimità dei provvedimenti impugnati per difetto di motivazione e per mancato bilanciamento degli interessi in gioco. Violazione del diritto di difesa e del principio di proporzionalità.

4. Con ricorso di cui al n. r.g. 1805/2021, notificato in data 8 febbraio 2021, depositato il successivo 16 febbraio, Telecom Italia s.p.a. ha, a sua volta, impugnato il medesimo provvedimento di Infratel s.p.a. dell'8 gennaio 2021, nella parte in cui non le ha consentito l'accesso all'offerta tecnica di Open Fiber (doc. 1 della lista sopra menzionata) per violazione degli artt. 3 e 22 ss, l. n. 241/90; dell'art. 53, d. lgs. n. 53/2016; dell'art. 33, d. lgs. n. 33/2013; per eccesso di potere per ingiustizia manifesta e carenza di motivazione, ritenendo

di essere titolare di un interesse diretto, concreto e attuale anche rispetto all'ostensione dell'offerta tecnica di Open Fiber, alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali.

4. Si è costituito in entrambi i giudizi, con memoria di mera forma, il Ministero dello Sviluppo Economico.

5. Si è costituita in entrambi i giudizi, Infratel s.p.a. chiedendone, preliminarmente la riunione, e, nel merito, la reiezione affermando di aver tutelato, in ossequio ai principi affermati dall'Ad. Pl. n. 10/2020, le superiori esigenze di tutela dei segreti tecnici e commerciali dell'aggiudicataria della gara escludendo dall'ostensione tutti i documenti attinenti all'offerta tecnica presentata, ovvero i documenti indicati dal n. 1 al n. 4 del predetto elenco, e di aver all'opposto assentito all'ostensione di tutta la restante documentazione perché afferente all'esecuzione dei contratti.

6. Alla camera di consiglio del 21 aprile 2021, dopo essere state discusse, entrambe le cause sono passate in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, il collegio dispone la riunione dei ricorsi come in epigrafe specificati, in ragione della loro connessione oggettiva e soggettiva.

2. Nel merito, il ricorso di Open Fiber è fondato mentre, all'opposto, non risulta meritevole di accoglimento il ricorso proposto da Telecom.

2.1. Nell'affrontare il merito delle rispettive censure, occorre preliminarmente, fornire un corretto inquadramento giuridico dell'istituto dell'accesso di cui si discute.

Con istanza dell'11 novembre 2020, **Tim** chiedeva alla società concedente Infratel l'accesso agli atti relativi alla procedura di Gara 1 per l'affidamento della concessione per la costruzione e gestione di una infrastruttura a banda ultra larga, della quale Open Fiber era risultata aggiudicataria e l'istante seconda classificata:

a) rappresentando di aver un interesse diretto concreto e attuale all'accesso degli atti richiesti *“al fine di assicurare la miglior tutela della propria posizione*

soggettiva in relazione alla gara alla quale ha partecipato” e di avere inoltre interesse “a conoscere l’origine e l’evoluzione di tutte le vicende che potrebbero condurre alla risoluzione di diritto del contratto per inadempimento dell’aggiudicatario e quindi allo scorrimento della graduatoria”;

b) fondando quindi la propria istanza ai sensi degli artt. 22 ss., l. n. 241/90, dell’art. 53, d. lgs. n. 50/2016 nonché ai sensi del d. lgs. 33/2013, attraverso il richiamo dei principi da ultimo affermati in materia dall’Ad. Pl. n. 10/2020.

A tale istanza la società concedente ha, dunque, risposto, con il gravato provvedimento, accogliendo parzialmente l’accesso con riferimento alla documentazione relativa all’esecuzione dei contratti di concessione *“in relazione all’interesse di codesta società quale concorrente della Gara 1”*, escludendo dall’accesso la documentazione concernente l’offerta presentata da Open Fiber *“in quanto essa riguarda interessi industriali e commerciali di cui è in concreto titolare la controinteressata”*.

Non si evince, dunque, dal corpo motivazionale del provvedimento a quale titolo l’accesso è stato parzialmente assentito.

Osserva al riguardo il collegio, richiamando quanto statuito dal Cons. St., V, 14 marzo 2019, n. 1684 *“che il potere amministrativo deve essere qualificato in relazione ai presupposti sostanziali che ne hanno in concreto determinato l’esercizio ed alla effettiva natura del potere, con la conseguenza che l’assenza di richiami espressi nella motivazione o nel dispositivo del provvedimento non è determinante, perché, in conformità al principio espresso dal brocardo iura novit curia, spetta in ogni caso al giudice amministrativo ricostruire il quadro giuridico-normativo nel quale il potere è stato esercitato e conseguentemente verificare l’esistenza delle illegittimità dedotte nell’impugnativa (in termini Con. Stato, V, 16 marzo 2016, n. 1055).”*

Ebbene, nel caso di specie, deve escludersi in radice 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 dunque 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.

È nello stesso sito Internet della società Infratel, d’altra parte, che si afferma espressamente che: “l’Agenzia nazionale per l’attrazione degli investimenti e lo sviluppo d’impresa S.p.A. (INVITALIA S.p.A.), in data 20 luglio 2017 ha emesso un prestito obbligazionario per € 350.000.000,00 (trecentocinquantamiloni), quotato su mercato regolamentato”.

Ne consegue che, a decorrere da tale data, le disposizioni in materia di trasparenza non sono più applicabili ad Infratel, in quanto Società controllata dall’Agenzia, in virtù di quanto previsto dall’ art. 2 bis, c. 2, lett. b), d. lgs. 33/2013 e dall’art. 26, d.lgs. 175/2016.

3. Quindi, esclusa l’applicabilità ad Infratel dell’istituto dell’accesso civico generalizzato, con conseguente inammissibilità dei motivi di legittimità sollevati con riguardo alla violazione delle norme del d. lgs. n. 33/2013, occorre esaminare le censure che Open Fiber muove al gravato provvedimento, con entrambi i motivi di ricorso, sotto il profilo della violazione degli artt. 22 e ss, l. n. 241/90, per difetto di un interesse all’ostensione in capo a **TIM** nonché per difetto di motivazione.

Le censure sono fondate.

Richiamando i principi da ultimo espressi dall’Adunanza Plenaria n. 10/2020 deve, infatti, affermarsi che:

a) gli operatori economici, che abbiano preso parte alla gara, sono legittimati ad accedere agli atti della fase esecutiva, con le limitazioni di cui all’art. 53 del

- d. lgs. n. 50 del 2016, purché abbiano un interesse attuale, concreto e diretto a conoscere tali atti;
- b) l'accesso documentale agli atti della fase esecutiva è, peraltro, ammesso espressamente dallo stesso art. 53, comma 1, del 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;
- c) ai soggetti che abbiano partecipato alla gara, dunque, il riconoscimento di un interesse strumentale giuridicamente tutelato a conoscere gli atti della fase esecutiva, “non configura quindi una “iperestensione” del loro interesse, con conseguente allargamento “a valle” della giurisdizione amministrativa, tutte le volte in cui, a fronte di vicende di natura pubblicistica o privatistica già verificatesi incidenti sulla prosecuzione del rapporto, sia configurabile, se non il necessario, obbligatorio, scorrimento della graduatoria (c.d. bene finale), quantomeno la realistica possibilità di riedizione della gara (c.d. bene intermedio) per conseguire l'aggiudicazione della stessa (c.d. bene finale), in un “solido collegamento” con il bene finale”;
- d) *“Tanto chiarito sulla sussistenza di un interesse, e sulla conseguente legittimazione che deriva dalla titolarità dello stesso, alla conoscenza dello svolgimento del rapporto contrattuale, occorre però, ai fini dell'accesso, 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 – per il verificarsi, ad esempio, di una delle situazioni che legittimerebbe o addirittura imporrebbe la risoluzione del rapporto con l'appaltatore, ai sensi dell'art. 108, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, e potrebbero indurre l'amministrazione a scorrere la graduatoria – 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”;*

e) *“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)”*;

f) *“Invero, la situazione dell’operatore economico che abbia partecipato alla gara, collocandosi in graduatoria, non gli conferisce infatti, nemmeno ai fini dell’accesso, una sorta di superlegittimazione di stampo popolare a conoscere gli atti della fase esecutiva, laddove egli non possa vantare un interesse corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al cui accesso aspira (art. 22, comma 1, lett. b), della l. n. 241 del 1990)”*.

g) 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;

h) la posizione sostanziale è, quindi, la causa e il presupposto dell’accesso documentale e non la sua conseguenza, di talché la sua esistenza non può essere costruita sulle risultanze, eventuali, dell’accesso documentale.

3.1. Tutto ciò precisato in diritto, nel caso di specie va rilevato come l’istanza di accesso viene basata, per contro, da parte di **TIM**, su un duplice ordine di interessi:

3.1.1. un interesse volto ad *“assicurare la miglior tutela della propria posizione soggettiva in relazione alla gara alla quale ha partecipato”*, ossia un interesse difensivo che, oltre ad essere prospettato in modo del tutto generico, e dunque del tutto privo del carattere della concretezza, risulta essere privo anche del carattere dell’attualità, stante i plurimi giudizi già instaurati e già

conclusisi, di cui si è dato conto in fatto, sulla procedura di gara per cui si discute.

Giova precisare, al riguardo che, l'art. 53, d.lgs. n. 50 del 2016 nell'escludere dall'ambito oggettivo di operatività del diritto di accesso *«le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali»* (comma 5, lett. a), dispone che *«in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto»*.

Dunque l'accesso è correlato alla sola esigenza di difesa in giudizio, previsione più restrittiva di quella, con portata generale, dell'art. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990, che consente un ventaglio più ampio di possibilità di accesso (correlate alla dimostrazione che la conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici, in una proiezione non necessariamente processuale).

Con la conseguenza che, al fine di esercitare, in un procedimento di gara per l'affidamento di contratti pubblici, il diritto di accesso riguardo ad informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da intendersi in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio (così, Cons. Stato, V, 21 agosto 2020, n. 5167), ciò che in specie non è avvenuto;

3.1.2. un interesse *“a conoscere l'origine e l'evoluzione di tutte le vicende che potrebbero condurre alla risoluzione di diritto del contratto per inadempimento dell'aggiudicatario e quindi allo scorrimento della graduatoria”*, un interesse prospettato dalla stessa istante come un interesse di contenuto chiaramente esplorativo volto a conoscere circostanze, da verificare tramite l'accesso, che in un modo del tutto eventuale, ipotetico, dubitativo potrebbero condurre al subentro nel contratto, nemmeno delineando una seria prospettiva di risoluzione del

rapporto, sempre necessaria per radicare un interesse concreto e attuale (in tal senso, Cons. St., sez. V, 11 giugno 2012, n. 3398).

Un'istanza meramente esplorativa, utilizzando ancora le parole dell'Adunanza Plenaria, come tale *“finalizzata ad acclarare se un inadempimento vi sia, che presupporrebbe, in capo agli altri operatori economici, un inammissibile ruolo di vigilanza sulla regolare esecuzione delle prestazioni contrattuali e sull'adempimento delle proprie obbligazioni da parte dell'aggiudicatario”*.

Con la conseguenza che anche la documentazione afferente la fase esecutiva dei contratti non avrebbe dovuto essere ostesa a Telecom, secondo quanto disposto dagli artt. 22 e ss., l. n. 241/90 e dall'art. 53, d. lgs. n. 50/2016, come interpretati dalla richiamata giurisprudenza amministrativa.

3.2. In conclusione, deve ritenersi legittima la parte del gravato provvedimento con cui è stata esclusa da Infratel, l'ostensibilità della documentazione afferente l'offerta presentata da Open Fiber, stante la rilevata presenza di segreti tecnici e commerciali non superabile, come detto, da esigenze di carattere difensivo, mentre per la restante parte deve esserne disposto l'annullamento, risultando illegittima per i motivi sopra esposti, l'ostensione dei documenti afferenti la fase esecutiva dei contratti di concessione.

4. Per tutto quanto esposto, il ricorso di Open Fiber è accolto, con conseguente annullamento parziale dei gravati provvedimenti e, per le stesse argomentazioni, è respinto il ricorso di Telecom.

5. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo, fatta eccezione per il Ministero dello Sviluppo Economico rispetto al quale sono compensate, in ragione della sua costituzione meramente formale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti:

- dispone la loro riunione;

- accoglie il ricorso di Open Fiber, con conseguente annullamento parziale dei gravati provvedimenti, ai sensi di cui in motivazione;
- respinge il ricorso di Telecom.

Condanna Telecom Italia s.p.a. e Infratel Italia s.p.a., in solido tra loro, al pagamento, in favore di Open Fiber s.p.a., delle spese di lite che liquida nella somma complessiva di € 4.000 (euro quattromila/00), oltre oneri e accessori di legge.

Spese compensate nei confronti del Ministero dello Sviluppo Economico.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 21 aprile 2021, 28 settembre 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

IL SEGRETARIO