

Pubblicato il 13/05/2025

N. 04085/2025REG.PROV.COLL.
N. 01474/2025 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1474 del 2025, proposto da
DAB LAZIO società consortile a r.l., in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Oddo, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero delle Imprese e del Made in Italy, 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

Media Dab s.c.a.r.l., Space Dab s.ca.r.l., in persona dei rispettivi legali
rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Marianna
Depasquale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Emmedab s.c.a.r.l., Trldab s.c.a.r.l., Digital Radio Group s.c.a.r.l., non
costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta Ter) n. 23741/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Imprese e del Made in Italy e di Media Dab s.c.a.r.l. e di Space Dab s.c.a.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2025 il Cons. Giovanni Pascuzzi e uditi per le parti gli avvocati Federico Bailo in sostituzione dell'avv. Massimo Oddo e dello Stato Alessia Urbani Neri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società consortile a r.l. DAB LAZIO propone appello avverso la sentenza del Tar per il Lazio n. 23741/2024 con la quale sono stati respinti l'originario ricorso e il ricorso per motivi aggiunti proposti dalla stessa società e volti ad ottenere:

- [ricorso principale] l'annullamento della nota del Ministero delle Imprese e del Made in Italy - Dipartimento per il digitale, la connettività e le nuove tecnologie - Direzione generale per il digitale e le telecomunicazioni - Istituto superiore delle comunicazioni e delle tecnologie dell'informazione - Divisione IX Radiodiffusione televisiva e sonora Diritti d'uso prot. n. I.0007924 del 14/06/2024, con la quale il M.I.M.IT. ha differito l'istanza di accesso agli atti della ricorrente, relativa alla graduatoria per manifestazioni di interesse relativa alla assegnazione dei diritti d'uso per le reti pianificate sui bacini di utenza locale ad operatori di rete DAB+, ai sensi della delibera AGCOM 286/22/CONS per il bacino d'utenza n.12 – Lazio;

e per la conseguente declaratoria del diritto della ricorrente all'accesso alla documentazione richiesta, con nomina di commissario *ad acta*, per il caso di inottemperanza, entro il termine di giorni trenta dalla emananda sentenza;

- [ricorso per motivi aggiunti] delle note del Ministero delle Imprese e del Made in Italy - Dipartimento per il digitale, la connettività e le nuove tecnologie - Direzione generale per il digitale e le telecomunicazioni - Istituto superiore delle comunicazioni e delle tecnologie dell'informazione - Divisione IX Radiodiffusione televisiva e sonora Diritti d'uso prot. U0014292 del 2.09.2024 U0014483, del 3 settembre 2024 e prot. U0014867 del 9 settembre 2024, con le quali il M.I.M.IT. ha ottemperato solo in parte alla istanza di accesso formulata dalla ricorrente;

e per la conseguente declaratoria del diritto della ricorrente all'accesso alla documentazione richiesta, con nomina di commissario *ad acta* per il caso di inottemperanza entro il termine di giorni trenta dalla emananda sentenza.

2. Le premesse in fatto possono essere così sintetizzate:

- il Consorzio appellante è stato costituito in data 11 agosto 2021 ed ha per oggetto lo svolgimento delle attività di operatore di rete per le trasmissioni radiofoniche terrestri in tecnica digitale in ambito locale e si è costituito al fine di svolgere l'attività di operatore di rete nel bacino del Lazio, sulle frequenze radio assegnate al servizio di radiofonia digitale in tecnologia DAB+, così come previsto dal regolamento di cui all'allegato "A" alla delibera n. 664/09/CONS del 26 novembre 2009 art. 12, comma 2;

- l'appellante ha partecipato al bando per manifestazione di interesse della Regione Lazio del 23.06.2023 per l'assegnazione dei diritti d'uso agli operatori emittenti in tecnologia DAB+;

- all'esito della presentazione delle manifestazioni di interesse, il MIMIT adottava la determinazione 7.05.2024 prot. n. I.0004139 (impugnata con ricorso rgn 6101/2024 dinanzi al Tar per il Lazio), con la quale aggiudicava in via diretta le risorse alla Media Dab s.c.a.r.l., alla Emmedab s.c.a.r.l. ed alla Digital Radio Group s.c.a.r.l., rimandando gli altri Consorzi ad una successiva fase definita dall'art. 4 del Bando, di "selezione comparativa";

- la ricorrente presentava istanza di accesso agli atti richiedendo copia dei

seguenti atti: (i) documentazione di ammissione/partecipazione alla manifestazione di interesse ex art. 6 del Bando 5.06.2023 per le società concorrenti (Media Dab s.c.a.r.l., C.R. Dab s.c.a.r.l., Emmedab s.c.a.r.l., Space Dab s.c.a.r.l., TRLDab s.c.a.r.l., Digital Radio Group s.c.a.r.l.); (ii) piani tecnici di cui all'art. 2, punto 6 del Bando 5.06.2023 presentati da ciascuna delle suddette concorrenti; (iii) verbali di esame delle domande;

- con nota del 14 giugno 2024 [impugnata con il ricorso principale] il Ministero differiva l'accesso. In particolare nella nota citata si leggeva quanto segue: *«Si fa riferimento all'istanza indicata in oggetto per comunicare il differimento della richiesta e precisare in merito quanto segue. Con nota prot. n. 5113 del 17 maggio 2024, l'Istanza di accesso è stata notificata ai soggetti controinteressati, i quali, hanno fatto tutti pervenire motivata opposizione. L'Ufficio, valutate anche le opposizioni formulate, dispone un differimento dell'accesso ai documenti, sino alla conclusione delle procedure previste per l'assegnazione dei diritti d'uso per le reti pianificate sui bacini di utenza locale ad operatori di rete – DAB + ai sensi della delibera AGCOM 286/22/CONS - Bacino d'utenza n. 12 (Lazio). Allo stato attuale, le procedure per l'aggiudicazione delle reti non sono ancora concluse, pertanto, i documenti richiesti con l'istanza di accesso (tra cui evidentemente la domanda di partecipazione, le autocertificazioni, il Piano tecnico e comunque tutti gli atti, i dati e le informazioni relativi ai requisiti di partecipazione), secondo quanto previsto dalla normativa vigente (cfr. anche artt. 35 e 36 d.lgs. n. 36/2023 nuovo "codice appalti"), non sono ostensibili, pena la compromissione della par conditio dei partecipanti ed in ogni caso a salvaguardia dell'interesse pubblico alla regolare esecuzione della procedura selettiva. Si rileva, in particolare, che nei Piani Tecnici allegati alle domande di partecipazione sono contenuti segreti tecnici, ovvero dati e informazioni di chiara rilevanza strategica per le società concorrenti che devono essere valutati in sede competitiva e pertanto sottratti all'accesso. Inoltre, la previsione di cui al comma 4 lett a) dell'art. 35 individua i casi di esclusione dall'accesso agli atti e le relative eccezioni, a tutela del principio di riservatezza, stabilendo che: "possono essere esclusi in relazione*

alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali"»;

- alcuni giorni più tardi, l'Amministrazione provvedeva ad assegnare i diritti d'uso consequenziali alla graduatoria di cui alla determina 7.05.2024, in favore dei Consorzi Media Dab s.c.a.r.l., Emmedab s.c.a.r.l. e Digital Radio Group s.c.a.r.l., già risultati aggiudicatari diretti in forza della sopra citata determina;

- in data 8.08.2024, anche TRL DAB e Space DAB conseguivano i diritti d'uso rispettivamente per la risorsa n. 7 e n. 4, circostanza che l'appellante apprendeva in virtù della nota del 2 settembre 2024 n. 14292 [impugnata con i motivi aggiunti];

- nella appena citata nota del 2 settembre 2024 n. 14292 si leggeva testualmente: *«Tenuto conto dei diritti d'uso assegnati in data 24 giugno 2024 ai consorzi DIGITAL RADIO GROUP, EMMEDAB e MEDIA DAB, e, successivamente in data 8 agosto 2024, a seguito di accordo ai sensi dell'art. 4, comma 6 del bando di gara, ai consorzi SPACEDAB e TRLDAB, come da tabella dei Diritti d'uso assegnati BU12 LAZIO – elenco assegnazioni (pdf) pubblicata sul sito istituzionale al link: <https://www.mimit.gov.it/it/normativa/notifiche-e-avvisi/bando-per-manifestazione-di-interesse-per-lassegnazione-dei-diritti-duso-per-le-reti-pianificate-sui-bacini-di-utenza-locale-ad-operatori-di-rete-dab>, ai fini della presente istanza di acceso, l'ufficio ha rilevato un interesse in capo al richiedente alla autorizzazione temporanea rilasciata alla C.R. DAB. Società Consortile. Non rinvenendo motivi di diniego previsti dall'art. 24 della legge 241/90 e ss.mm.ii. "esclusione e limiti all'accesso" necessari per evitare un pregiudizio concreto alla tutela degli interessi del soggetto, consente l'accesso agli atti, con invio con successiva PEC della nota prot. 12473 del 2 agosto 2024 dell'atto di autorizzazione temporanea. Considerate concluse le procedure per le assegnazioni dei diritti d'uso anche per le reti locali n. 4 e 7 nel bacino d'utenza n.12 – Lazio, ad integrazione di quanto già accolto e comunicato con PEC*

prot. 12379 del 2 agosto 2024, l'Ufficio consente l'accesso agli atti con invio con successiva PEC dei seguenti documenti (con oscuramento dei dati personali): - Domanda di partecipazione SPACE DAB Società Consortile a.r.l. (solo domanda e copia dell'avvenuta costituzione del deposito cauzionale); - Domanda di partecipazione TRLDAB Società Consortile a.r.l. (solo domanda e copia dell'avvenuta costituzione del deposito cauzionale); Allo stato, fatta salve la possibilità di chiarimenti e/o integrazioni, il procedimento amministrativo n oggetto è da intendersi concluso»;

- con successiva nota del 3 settembre 2024, prot. 14483 [impugnata con i motivi aggiunti], l'Amministrazione metteva nella disponibilità della ricorrente la sola domanda di partecipazione dei due consorzi Space DAB e TRLDAB, con relativa garanzia cauzionale. In particolare nella nota appena citata si leggeva quanto segue: «Nel far seguito alla nota prot. n. 14292 del 2 settembre 2024, con la quale si è comunicato l'accoglimento della richiesta di accesso agli atti, con la presente si trasmettono in allegato i seguenti documenti: - Nota prot. 12473 del 2 agosto 2024 con la quale si autorizza temporaneamente all'utilizzo del blocco 9D la C.R. DAB. Società Consortile a.r.l.; - Domanda di partecipazione SPACE DAB Società Consortile a.r.l. (solo domanda e copia dell'avvenuta costituzione del deposito cauzionale); - Domanda di partecipazione TRLDAB Società Consortile a r.l. (solo domanda e copia dell'avvenuta costituzione del deposito cauzionale)»;

- con la successiva nota prot. 14867 del 9 settembre 2024 [impugnata con i motivi aggiunti] il MIMIT esponeva quanto segue: «In relazione alla richiesta di documenti e ad integrazione di quanto comunicato con le note prot. 14292 del 2 settembre e prot. 14483 del 3 settembre 2024, si trasmette il parere positivo rilasciato dalla divisione VII DGTEL in data 1 agosto 2024 citato nell'Autorizzazione temporanea all'utilizzo del blocco 9D (prot. 12473 del 2 agosto 2024), mentre con riferimento alla nota prot. 10823 del 16 luglio 2024 l'Ufficio potrà valutarne il rilascio solo successivamente alla notifica della stessa Istanza di accesso all'indirizzo della controinteressata CR DAB s.c.a.r.l. Opportunamente, si ribadisce come l'autorizzazione

temporanea rilasciata in capo alla CR DAB s.c.a.r.l. “in caso di procedura di selezione comparativa per l’aggiudicazione del diritto d’uso nel bacino d’utenza del Lazio, non costituisce titolo preferenziale né darà diritto a punteggio aggiuntivo” e, in ogni caso, decadrà una volta conclusa la procedura di beauty contest sulla rete n. 2. Per quanto riguarda la richiesta dei “piani tecnici” si ribadisce la non ostensibilità degli stessi per le motivazioni indicate nelle precedenti comunicazioni, da intendersi qui trascritte, e in considerazione dei contenziosi, tutt’oggi, pendenti. Per quanto riguarda la richiesta dei “verbali di esame delle domande” si comunica che non vi sono verbali in quanto, l’articolata attività dell’istruttoria è stata espletata in base alle competenze dell’ufficio, e ha avuto ad oggetto una prima fase consistente nella verifica dell’ammissibilità delle domande pervenute in base ai criteri indicati nel bando e che si è conclusa con la pubblicazione delle determine dirigenziali contenenti le manifestazioni d’interesse delle società consortili ammesse alle procedure per l’assegnazione dei diritti d’uso. Successivamente, si è proceduto con quanto previsto dal bando, ovvero, laddove ci fossero i presupposti, con le assegnazioni dirette, accoglimento delle intese o convocazione delle sedute pubbliche. Allo stato, non sono state convocate sedute pubbliche per il bacino d’utenza n. 12-Lazio e conseguentemente non sono stati redatti verbali, atteso che, le assegnazioni dirette dei diritto d’uso per le reti locali n. 1, 3 e 5 sono state effettuate ai sensi dell’art. 4 commi 1, 2 e 3 del bando di gara, mentre per le assegnazioni dei diritti d’uso delle reti locali n. 4 e 7 si è proceduto, ai sensi dell’art. 4, comma 6 del bando, a seguito di accordo (proposta condivisa presentata al Ministero) raggiunto fra le parti. Gli incontri, che si sottolinea non sono sedute pubbliche, sono stati di natura informale, richiesti dai soggetti interessati proprio al fine di chiarire i contenuti dell’accordo».

3. A sostegno del ricorso principale venivano formulati i seguenti motivi:

I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 24 e 25, l. n. 241/1990; erroneo esercizio del potere di differimento; Violazione e falsa applicazione degli artt. 35 e 36 d.lgs. n. 36/2023.

Si sosteneva che:

- con riferimento al differimento serbato dall’Amministrazione sui piani

tecnici, sussistevano i presupposti di cui all'articolo 25 della legge n. 241/1990;

- l'accesso ai piani tecnici dei consorzi concorrenti non avrebbe potuto essere rinviato a dopo la conclusione della procedura, in quanto i ridetti piani tecnici integrerebbero, non già una "offerta", ma un corredo della domanda e sarebbero quindi ostensibili alla scadenza del termine per la presentazione delle domande stesse, al pari delle domande di partecipazione, alle quali si può accedere secondo le prescrizioni di bando;
- le ragioni per le quali l'Amministrazione ha ritenuto di differire l'accesso erano cessate, quanto meno, in riferimento ai Consorzi Media Dab s.c.a.r.l., Emmedab s.c.a.r.l. e Digital Radio Group s.c.a.r.l., quali aggiudicatari dei diritti d'uso in forza della determina 7 maggio 2024 prot. n. I.0004139.

3.1 Con il ricorso per motivi aggiunti:

- si deducevano gli stessi vizi dedotti con il ricorso originario, ribadendo che l'aggiudicazione, medio tempore perfezionatasi, dei diritti d'uso in favore dei Consorzi Media Dab s.c.a.r.l., Emmedab s.c.a.r.l., Digital Radio Group s.c.a.r.l., TRL DAB e Space DAB avrebbe eliso ogni causa ostativa all'ostensione della documentazione richiesta almeno per questi ultimi soggetti nei cui confronti la procedura di gara ha avuto conclusione;
- si contestava quanto dichiarato dall'Amministrazione circa l'inesistenza dei verbali richiesti, assumendone la necessaria sussistenza.

4. Nel giudizio di primo grado si costituivano il Ministero delle Imprese e del Made in Italy, Media Dab Società Consortile a r.l., Emme Dab s.c.a.r.l. e Space Dab Società Consortile a r.l.

5. Con sentenza n. 23741/2024 il Tar per il Lazio ha rigettato il ricorso ed i motivi aggiunti.

5.1 Il Tar dopo aver premesso che (i) la ricorrente ha partecipato alla procedura per l'aggiudicazione dei diritti d'uso nella Regione Lazio, indicando, quale prima preferenza di assegnazione di rete: la "rete locale n.2

(...)”, individuata come preferenza prioritaria anche dal Consorzio CR DAB s.c.a.r.l. e che (ii) in ragione della convergenza di tali preferenze sulla stessa rete, quest’ultima non è stata soggetta ad assegnazione diretta perché l’aggiudicazione del relativo diritto d’uso, in tali casi, deve passare necessariamente attraverso un accordo fra le contendenti o, in assenza, una procedura comparativa, ha affermato che:

- le altre reti, pure graduate nella domanda della ricorrente secondo un ordine di preferenza, sono state aggiudicate mediante assegnazione diretta o accordi già raggiunti e dunque non sono più contendibili;
- in ragione della specifica preferenza espressa dalla ricorrente in via prioritaria rispetto ad una rete per la quale ancora non è intervenuta l’assegnazione, non sussiste l’interesse a conoscere i piani tecnici di tutte le altre consorziate, se non esclusivamente con riguardo soltanto al piano tecnico del consorzio con il quale è destinata a competere;
- in nessun modo i piani tecnici delle altre concorrenti possono ritenersi documenti collegati alla sua posizione giuridica soggettiva identificabile nell’interesse legittimo a vedersi aggiudicata la rete 2 ambita;
- poiché, secondo il bando di selezione, è la priorità della preferenza che costituisce “criterio vincolante ai fini dell’aggiudicazione diretta di cui al comma 1”, le reti graduate dalla ricorrente dal n. 2 in poi, siccome indicate quali prime preferenze da altri consorzi, sono state assegnate direttamente (se preferite da un unico consorzio) o mediante accordo fra i contendenti;
- di conseguenza tali reti non possono essere oggetto di pretesa da parte della ricorrente in base proprio a quanto dalla stessa dichiarato e richiesto nella propria domanda;
- con riguardo al differimento serbato dalla P.A. in relazione ai piani tecnici, ed in particolare all’unico piano tecnico rispetto al quale, ferma la tutela di elementi coperti da segreto anche mediante oscuramento, può intravedersi un interesse concreto ed attuale della ricorrente (quello del Consorzio CR

DAB), è evidente che la pendenza della procedura e la circostanza che fra la ricorrente e la controinteressata CR DAB si debba svolgere ancora la procedura competitiva per l'assegnazione della rete, inibisca, allo stato, l'ostensibilità del documento, in ragione della possibilità, attraverso lo stesso, di acquisire informazioni tecnico economiche relative all'attività di quest'ultima, prima ancora che ne vagli il tenore l'Amministrazione e nel pieno corso della procedura;

- quanto ai verbali, le attività relative alla valutazione dell'ammissibilità delle domande ed alla verifica della sussistenza dei presupposti per procedere all'assegnazione diretta ed infine la stessa assegnazione diretta o ancora la validazione dell'accordo raggiunto dai consorzi in competizione per la stessa rete ai fini dell'assegnazione del diritto d'uso conteso sono passaggi amministrativi che non involgono alcuna valutazione comparativa per la quale, a garanzia della *par condicio*, deve essere redatto processo verbale;

- l'insussistenza di sedute pubbliche durante le quali svolgere la fase di comparazione fra consorzi che si contendano la medesima preferenza e che non abbiano raggiunto un accordo al riguardo esclude che l'Amministrazione abbia dovuto stilare sino ad oggi un verbale delle proprie attività comunque riassunte e riportate nei provvedimenti di aggiudicazione diretta già adottati;

- peraltro, una volta che la parte resistente abbia dichiarato, assumendone la responsabilità, da un lato quali siano i documenti inesistenti e dall'altro le ragioni sottese alla loro mancata formazione, il giudice deve prendere atto dell'inesistenza allegata e giustificata dei documenti richiesti, rigettando la pretesa ostensiva per carenza del suo oggetto.

6. Avvero la sentenza n. 23741/2024 del Tar per il Lazio ha proposto appello DAB LAZIO per i motivi che saranno più avanti esaminati.

7. Si sono costituiti in giudizio il Ministero delle Imprese e del Made in Italy, Media Dab società consortile a r.l e Media Dab società consortile a r.l

chiedendo il rigetto dell'appello.

8. Alla camera di consiglio dell'8 maggio 2025 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il motivo di appello è rubricato: «*Violazione e falsa applicazione degli artt. 24 e 25, L. n. 241/1990; Violazione e falsa applicazione degli artt. 35 e 36 d.lgs. n. 36/2023. Motivazione illogica e travisamento dei fatti*».

L'appellante sostiene che:

- la decisione impugnata si fonda su una indebita - quanto erronea - anticipazione di quella che potrebbe assurgere a motivazione del ricorso che l'odierna appellante ha promosso con distinto giudizio dinanzi al Tar per il Lazio Lazio, nrg 6101/2024 e tutt'ora pendente;
- in detto ricorso viene posto in discussione l'intero *modus operandi* dell'Amministrazione, che ha deciso di procedere ad assegnazione diretta delle risorse di rete, laddove il bando avrebbe previsto la "seduta pubblica";
- non è vero, come affermato dal Tar, che "le altre reti, pure graduate nella domanda della ricorrente secondo un ordine di preferenza, sono state aggiudicate mediante assegnazione diretta o accordi già raggiunti e dunque non sono più contendibili";
- dette aggiudicazioni sono ancora *sub iudice* e pertanto sussiste precipuo interesse di DAB LAZIO affinché possa verificarsi che le aggiudicatarie siano in regola con i requisiti di partecipazione, tra cui spiccava il "piano tecnico, contenente una descrizione dettagliata dei costi di realizzazione, compreso il costo totale degli investimenti che si intenderanno realizzare, finalizzato a dimostrare la capacità tecnica da parte del partecipante alla pianificazione e allo sviluppo della rete, nel rispetto dei vincoli di copertura e nel rispetto dei Punti Di Verifica (PDV) previsti dalle Delibere AGCOM 664/09/CONS e 286/22/CONS";
- detto documento viene richiesto a pena di esclusione dall'art. 2.6 del

bando di gara pertanto è infondato affermare che non sussista interesse in capo alla appellante, vieppiù in considerazione del fatto che dette aggiudicazioni sono tutt'ora impugnate e DAB LAZIO ben potrebbe ancora promuovere motivi aggiunti laddove, all'esito del richiesto accesso, possa verificare che le assegnatarie non risultino in possesso dei requisiti previsti dal richiamato art. 2.6.

1.1 Con riferimento all'affermazione del Tar secondo cui la ricorrente ha partecipato alla procedura per l'aggiudicazione dei diritti d'uso nella Regione Lazio, indicando, quale prima preferenza di assegnazione di rete: la "rete locale n.2 (...)", (...)", individuata come preferenza prioritaria anche dal Consorzio CR DAB s.c.a.r.l. In ragione della convergenza di tali preferenze sulla stessa rete, quest'ultima non è stata soggetta ad assegnazione diretta: l'aggiudicazione del relativo diritto d'uso, in tali casi, deve passare necessariamente attraverso un accordo fra le contendenti o, in assenza, una procedura comparativa", l'appellante sostiene che:

- anche questa affermazione urta contro il fatto che la ricorrente ha impugnato questo *modus operandi* del MIMIT sostenendo, nel ricorso rgn 6101/2024, che l'aggiudicazione diretta delle reti poteva avvenire solo a condizione che nessun'altra partecipante avesse indicato "quella" rete nell'elenco delle preferenze, seppur in ordine graduato;
- il Tar è pervenuto ad una indebita anticipazione di motivazioni atte a supportare la decisione qui gravata utilizzando considerazioni ultronee alla presente vicenda giacché, seppur è ammesso il vaglio di ammissibilità dell'interesse all'accesso, detto vaglio non può giungere sino a scrutinare la fondatezza nel merito della pretesa, poiché altrimenti si verrebbe a configurare un processo sommario ed anticipato, in violazione di ogni minima regola del contraddittorio;
- come affermato dalla giurisprudenza: (i) l'interesse all'accesso deve essere valutato in astratto, essendo irrilevante la fondatezza o ammissibilità della

domanda giudiziale che l'interessato intenda proporre sulla base dei documenti acquisiti; (ii) l'Amministrazione non può negare l'accesso valutando anticipatamente la rilevanza dei documenti richiesti ai fini di un'eventuale azione giudiziale, dovendo limitarsi a verificare la sussistenza dei presupposti legittimanti la richiesta di accesso; (iii) il giudice dell'accesso deve verificare, in astratto, la potenziale utilità dei documenti richiesti per la tutela della situazione giuridica soggettiva del richiedente, senza entrare nel merito della fondatezza della pretesa, e deve altresì accertare che la richiesta non si configuri come un controllo generalizzato dell'attività amministrativa; (iv) il giudice amministrativo, adito nel giudizio di accesso, non deve svolgere alcuna ulteriore 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;

- la decisione gravata appare porsi al di fuori dei principi enunciati dal Consiglio di Stato, avendo il Tar prefigurato una sostanziale inutilità dell'accesso in virtù di una anticipata ed indebita interpretazione delle norme del bando, rilevanti ai fini della decisione del giudizio rgn 6101/2024, peraltro assegnato sempre al medesimo giudice;

- l'appellante ha diritto ad accedere a quei documenti che legittimano la partecipazione alla manifestazione di interesse da parte delle altre candidate, tanto più laddove queste risultino aggiudicatarie in forza di provvedimenti avverso i quali l'odierna esponente ha promosso una impugnazione tutt'ora pendente;

- le considerazioni di merito espresse dal Tar sulla fondatezza della pretesa di DAB LAZIO appaiono frutto anche di una lettura parziale delle norme di bando perché l'inciso enfatizzato dal Tar per cui “secondo il bando di

selezione, è la priorità della preferenza che costituisce “criterio vincolante ai fini dell’aggiudicazione diretta di cui al comma 1” (inciso contenuto all’art. 4.2 del bando), va coordinato con le altre disposizioni dell’invito medesimo ed in particolare con l’art. 4.6, il quale stabilisce che “qualora in presenza dei presupposti di cui al comma 1, il numero delle società consortili concorrenti risultasse inferiore o pari al numero delle reti di cui all’art. 1, comma 1 ma più di una società consortile fosse interessata a concorrere per la medesima rete, il Ministero, al fine di procedere all’assegnazione diretta dei diritti d’uso, convocherà in seduta pubblica, le società concorrenti al fine di verificare la possibilità del raggiungimento di un accordo in relazione alla scelta della rete”;

- è errato il corollario che il Tar ritrae dalla contestata premessa e cioè che “di conseguenza tali reti non possono essere oggetto di pretesa da parte della ricorrente in base proprio a quanto dalla stessa dichiarato e richiesto nella propria domanda”, poiché se è vero che la priorità nell’assegnazione diretta va data alla prima opzione manifestata dalla concorrente, non di meno DAB LAZIO ha contestato proprio i presupposti per potersi procedere alla assegnazione diretta, di talché le argomentazioni del Tar vengono ancora una volta a cadere;

- la corretta interpretazione delle norme del bando in questione costituisce questione di merito oggetto dell’altro ricorso rgn 6101/2024, che il Tar capitolino non poteva e non doveva risolvere incidentalmente per riconoscere in capo a DAB LAZIO il diritto all’accesso.

1.2 Con riferimento ai “piani tecnici” l’appellante sostiene che:

- il documento richiesto, seppur contiene la descrizione dell’insieme degli impianti posseduti dalla candidata, con il crono-progetto di implementazione, ha la funzione di consentire al Ministero di verificare - e qui risiede il requisito di ammissibilità alla gara - se la rete dell’operatore concorrente rispetta i Punti di Verifica (PdV) individuati dall’AGCOM;

- il mancato rispetto dei predetti PdV determina l'esclusione della candidata (o dell'aggiudicataria, in questo caso), con la conseguenza che l'informazione in questione non può certo definirsi priva di interesse per la appellante;
- anche a voler oscurare la porzione di piano tecnico contenente la parte "progettuale", non di meno l'Amministrazione avrebbe potuto consentirne la visione parziale, con ostensione dei soli dati tecnici inerenti il rispetto dei PdV ed invece non è stato concesso neppure questo, in palese violazione delle più basilari regole di trasparenza delle procedure di gara pubbliche;
- queste considerazioni appaiono astrattamente ammissibili anche in relazione all'altra concorrente ancora in gara con la appellante - il Consorzio CR DAB - atteso che anche in questo caso l'ostensione parziale sarebbe comunque possibile senza pregiudizio della procedura concorrenziale;
- anche il Tar concorda circa la possibilità di una esibizione parziale: infatti laddove riconosce la astratta accessibilità dei piani tecnici della concorrente CR DAB, essa risulterebbe ammissibile "ferma la tutela di elementi coperti da segreto anche mediante oscuramento";
- l'eventuale mancato rispetto dei punti di verifica determinerebbe l'esclusione della candidata e la conseguente obbligatoria revoca del provvedimento di assegnazione della risorsa, cosicché è fin troppo palese che DAB LAZIO abbia tutt'ora interesse a conoscere detta documentazione, poiché detta revoca determinerebbe l'ampliamento delle risorse disponibili, potendo persino scongiurare la selezione comparativa tra l'appellante e CR DAB;
- allorché venisse accolto il ricorso rgn 6101/2024 con il quale è stato censurato dalla odierna appellante proprio il criterio di assegnazione diretta, in luogo della prescritta "seduta pubblica", ne verrebbe travolta l'intera procedura sin qui attuata e dunque, ancora una volta, ciò attesterebbe la

permanenza dell'interesse all'accesso.

1.3 Secondo l'appellante la decisione appare comunque errata anche nella parte in cui attribuisce ai piani tecnici la natura di atti secretabili ai sensi degli artt. 35 e 36 del Codice dei **Contratti**. In particolare si sostiene che:

- detti documenti che l'Amministrazione erroneamente ritiene contenere "dati e informazioni di chiara rilevanza strategica per le società concorrenti", altro non sono che un requisito di partecipazione alla gara, in assenza dei quali la domanda deve ritenersi inammissibile (cfr. lett. 2 del bando);
- i piani tecnici costituiscono semplicemente il minimum di partecipazione alla procedura; essi non contengono alcuna offerta tecnica, né tanto meno dati strategici, bensì dimostrano esclusivamente che il Consorzio è dotato di una rete di trasmissione che non viola le Delibere AGCOM 664/09/CONS e 286/22/CONS;
- è erronea la definizione di "segreto tecnico o commerciale" ai sensi del comma IV dell'art. 35 che l'Amministrazione ed il Tar hanno ritenuto di attribuire ai documenti *de quibus* per giustificarne l'inaccessibilità;
- è inoperante anche la causa di esclusione dall'accesso di cui all'art. 36, comma III, del Codice dei **Contratti**, ove prevede che "nella comunicazione dell'aggiudicazione di cui al comma 1, la stazione appaltante o l'ente concedente dà anche atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte di cui ai commi 1 e 2, indicate dagli operatori ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a)";
- nei provvedimenti di aggiudicazione infatti non è dato rilevare che l'Amministrazione abbia disposto nei sensi di cui alla richiamata norma, sicché la limitazione non può operare nel caso di specie.

1.4 Con riferimento alla motivazione espressa dal Tar circa la mancata esibizione dei verbali di gara l'appellante sostiene che:

- detto capo della decisione, per quanto di interesse della ricorrente, non

può certo essere qui contestato atteso che non è questa la sede per censurare l'assenza delle richieste verbalizzazioni, la cui inesistenza impedisce evidentemente l'accesso;

- non può condividersi quanto affermato dal Tar circa l'ammissibilità di una omessa verbalizzazione delle operazioni tanto di assegnazione diretta, quanto - ed ancor più - di quelle effettuate ai sensi dell'art. 4.6 del bando;

- appare poco credibile infatti quanto affermato dall'Amministrazione nella nota prot. 14867 del 9 settembre 2024 [impugnata con i motivi aggiunti e riprodotta in narrativa];

- il Tar ha avallato l'operato dell'Amministrazione la quale ha affermato di aver espletato una "articolata attività istruttoria", di cui tuttavia non rimane alcuna traccia documentale, in una procedura di assegnazione di risorse pubbliche;

- nessun verbale che dia contezza dei presupposti e delle motivazioni ravvisate dall'Amministrazione per addivenire alle assegnazioni dirette delle risorse; ancor meno vi è traccia di quelle "intese" rispetto alle quali l'Amministrazione doveva essere scrupoloso vigilante ed in virtù delle quali si è addivenuti alle successive assegnazioni ex art. 4 comma 6 del Bando: nella nota qui impugnata si fa riferimento infatti ad una "proposta condivisa presentata al Ministero", di cui sorprendentemente non vi è traccia documentale alcuna;

- l'Amministrazione ha poi dato luogo, per assegnare queste risorse (pubbliche, rilevanti) ad incontri "di natura informale" (sic!), senza documentarne data, svolgimento, soggetti presenti e tenendo a mente poi il fatto che il Bando parlasse di "sedute pubbliche", (ciò costituisce oggetto di contestazione in separata sede);

- sebbene l'Amministrazione affermi non sussistere documentazione alcuna qualificabile in termini di "verbali di gara", ciò appare quanto mai non credibile e qualora fosse, costituirebbe invero circostanza gravissima, atteso

che l'Amministrazione "parla" attraverso atti e provvedimenti, sicché non può esservi spazio alcuno per colloqui informali, comportamenti o provvedimenti impliciti, soprattutto in tema di assegnazione di risorse pubbliche;

- pur non potendosi evidentemente accedere ad atti che vengono dichiarati "inesistenti", non di meno deve dissentirsi circa il fatto che il Tar consideri ammissibile detta circostanza, che tuttavia è stata già stigmatizzata nella competente sede processuale.

2. Nel costituirsi in giudizio il Ministero delle Imprese e del Made in Italy ha chiesto il rigetto dell'appello sostenendo che:

- la domanda è infondata perché: (i) l'Amministrazione ha ottemperato alla domanda di accesso agli atti, rendendo disponibili gli atti riferiti alle emittenti che hanno avuto già assegnate in via diretta i diritti d'uso messi a concorso; (ii) la procedura concorsuale per l'assegnazione dei diritti d'uso per la Regione Lazio è allo stato ancora pendente;

- con le recenti delibere nn. 22/25 e 54/25 l'AGCOM ha avviato il procedimento di ridestinazione della rete nazionale 12 all'emittenza locale, individuando per la Regione Lazio altre 2 reti. Ciò potrebbe comportare una revisione "*in melius*" della procedura di assegnazione dei diritti d'uso prevenendosi più risorse locali disponibili da assegnare nell'eventualità anche all'appellante, che, ad oggi pertanto non ha alcun interesse ad agire;

- la richiesta di ostensione dei piani tecnici delle società partecipanti è comunque infondata, non essendo sorretta da alcun interesse diretto, attuale e concreto alla conoscenza di tale documentazione.

3. Media Dab Società Consortile a r.l e SPACE DAB società consortile a r.l. hanno chiesto la conferma delle argomentazioni poste dal primo giudice a sostegno del rigetto dell'impugnativa.

4. L'appello è infondato.

5. Conviene premettere alcune considerazioni di ordine generale.

Come chiarito da Cons. Stato, Ad. plen. n. 19 del 2020, due sono le «logiche all'interno delle quali opera l'istituto dell'accesso: la logica partecipativa e della trasparenza e quella difensiva. Ad entrambe è preposto l'esercizio del potere amministrativo, secondo regole procedurali nettamente differenziate. La logica partecipativa è imperniata sul principio generale della massima trasparenza possibile, con il solo limite rappresentato dalle esclusioni elencate nei commi 1, 2, 3, 5 e 6 dell'art. 24 della medesima legge n. 241. La logica difensiva è costruita intorno al principio dell'accessibilità dei documenti amministrativi per esigenze di tutela e si traduce in un onere aggravato sul piano probatorio, nel senso che grava sulla parte interessata l'onere di dimostrare che il documento al quale intende accedere è necessario (o, addirittura, strettamente indispensabile se concerne dati sensibili o giudiziari) per la cura o la difesa dei propri interessi. La tecnica legislativa utilizzata nel comma 7, rispetto ai precedenti commi del medesimo art. 24, avvalorata la tesi che questo aggravamento probatorio in tanto si giustifica, proprio in quanto si fuoriesce dalla stretta logica partecipativa e di trasparenza, per entrare in quella, diversa, difensiva».

Con riferimento specifico alle procedure di evidenza pubblica Cons. Stato, sez. III, 19/09/2024, n.7650 ha chiarito che: «Nell'ambito dei procedimenti ad evidenza pubblica, il rapporto tra accesso e riservatezza delle informazioni fornite dall'aggiudicatario, in relazione alla sussistenza di "segreti tecnici o commerciali", impone al giudice di verificare che sussista uno "stretto collegamento o nesso di strumentalità tra documentazione richiesta e la situazione finale controversa", declinando tale collegamento in termini di "stretta indispensabilità" (Cons. Stato, Sez. V, 20 gennaio 2022, n. 369), incombendo l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità su colui che agisce, ossia sul ricorrente (in sede procedimentale, il richiedente l'accesso agli atti) (Cons. Stato, Sez. V, 24 gennaio 2023 ord. n. 787, §. 2.11.) e dipendendo la portata di tale onere probatorio dal caso concreto (Cons. Stato, Sez. V, 23 giugno 2020 n. 4016), vertendo in particolare detto collegamento "sull'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate" (Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio

2023, n. 787 cit.) o da formulare nell'ambito di un giudizio. Ciò al fine di evitare un "uso emulativo" del diritto di accesso finalizzato unicamente a "giovarsi di specifiche conoscenze industriali o commerciali acquisite e detenute da altri", anche in considerazione del fatto che la partecipazione ai **pubblici** appalti non deve tramutarsi in una ingiusta forma di penalizzazione per il soggetto che, risolvendosi in tal senso, correrebbe altrimenti il rischio di assistere alla indiscriminata divulgazione di propri segreti di carattere industriale e commerciale (Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2023, n. 787)».

Ancora, secondo Cons. Stato, sez. V, 20/02/2024, n. 1681, «al fine dell'esercizio del diritto di accesso nell'ambito di un procedimento per l'affidamento di **contratti pubblici**, laddove l'accesso integrale potrebbe disvelare segreti tecnici o commerciali, il richiedente l'accesso deve dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità dell'utilizzazione della documentazione richiesta in uno specifico giudizio, atteso che, nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela della riservatezza ed il diritto all'esercizio del cosiddetto accesso difensivo, risulta necessario accertare l'effettiva sussistenza o meno del nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate».

6. DAB LAZIO ha presentato un'istanza di accesso del seguente tenore:

«Considerato

- Che in qualità di concorrente alla predetta procedura, l'esponente DAB LAZIO s.c.a.r.l. ha interesse qualificato ad accedere agli atti delle altre partecipanti, al fine di verificare se queste siano in possesso dei requisiti di partecipazione alla manifestazione di interesse ed altresì se i progetti tecnici presentati rispettino i requisiti del bando sotto il profilo qualitativo e quantitativo;

Tutto quanto sopra premesso e considerato, DAB LAZIO s.c.a.r.l., come sopra rapp.ta e domiciliata, formula

Istanza di accesso

agli atti della procedura di gara di cui al Bando MIMIT 5.06.2023 citato in premessa

e, segnatamente, richiede copia di:

- documentazione di ammissione/partecipazione alla manifestazione di interesse ex art. 6 del Bando 5.06.2023 per le Società concorrenti (Media Dab s.c.a.r.l., C.R. Dab s.c.a.r.l., Emmedab s.c.a.r.l., Space Dab s.c.a.r.l., TRLDab s.c.a.r.l., Digital Radio Group s.c.a.r.l.);
- Piani tecnici di cui all'art. 2, punto 6 del Bando 5.06.2023 presentati da ciascuno delle suddette concorrenti;
- verbali di esame delle domande».

L'appellante ha chiesto l'accesso agli atti di tutte le altre partecipanti (anche a quelle di chi non vincerà nessuna procedura) per verificare se queste (i) siano in possesso dei requisiti di partecipazione alla manifestazione di interesse ed altresì se (ii) i progetti tecnici presentati rispettino i requisiti del bando sotto il profilo qualitativo e quantitativo.

In altre parole l'appellante ritiene che, in una procedura ad evidenza pubblica, sia diritto di ogni concorrente ottenere copia delle offerte degli altri concorrenti prima che la procedura stessa sia conclusa al fine di poter fare ciò che spetta alla stazione appaltante (e, se del caso, al giudice amministrativo) ovvero verificare il rispetto dei requisiti previsti dal bando.

Siffatto approccio non ha fondamento.

Innanzitutto esso cede di fronte all'art. 24, comma 3, della l. 241/1990 a mente del quale «Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle Pubbliche Amministrazioni».

Ma se si accedesse alla tesi di parte appellante, tanto varrebbe stabilire il principio per il quale in una procedura di evidenza pubblica tutti i concorrenti devono conoscere, già prima della conclusione della procedura stessa, i contenuti delle offerte e dei documenti presentati da tutti i concorrenti. Ma questo colliderebbe con la logica delle procedure di evidenza pubblica e renderebbe conoscibili anche documenti relativi ad offerte che non risulterebbero vincitrici.

Secondo i principi giurisprudenziali richiamati, al fine di esercitare, in un procedimento di gara per l'affidamento di **contratti pubblici**, il diritto di accesso riguardo a 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. In altri termini, l'accesso difensivo presuppone la stretta indispensabilità della documentazione richiesta al fine di curare o difendere i propri interessi giuridici, atteso che nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali e il diritto all'esercizio del c.d. accesso difensivo risulta necessario l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate, con la conseguenza che l'onere della prova e ancora prima dell'allegazione del suddetto nesso di strumentalità incombe, secondo il consueto criterio di riparto dell'onere della prova, su chi agisce. L'istante deve provare l'indispensabilità dei documenti ai quali è chiesto l'accesso, affinché possa difendersi in un determinato giudizio; il che equivale ad affermare che l'interesse difensivo all'accesso agli atti di gara va verificato in concreto (Cons. Stato, Sez. V, 18/02/2025, n. 1353).

Nel caso di specie parte appellante non ha dimostrato, con riferimento specifico al caso concreto, l'indispensabilità dei documenti dei quali ha chiesto l'accesso. Perché ha chiesto l'accesso ai documenti di tutti i concorrenti al fine, generico e astratto, di verificare il possesso da parte di tutti i concorrenti dei requisiti del bando. Sulla base di queste premesse non è possibile ottenere l'ostensione dei provvedimenti richiesti.

7. Nel caso di specie, correttamente l'Amministrazione ha dato seguito all'ostensione via via che maturavano i presupposti della concreta esistenza di un interesse specifico da parte dell'istante.

Si vedano:

- la nota del 2 settembre 2024 n. 14292: *«l'ufficio ha rilevato un interesse in capo al richiedente alla autorizzazione temporanea rilasciata alla C.R. DAB. Società Consortile. Non rinvenendo motivi di diniego previsti dall'art. 24 della legge 241/90 e ss.mm.ii. "esclusione e limiti all'accesso" necessari per evitare un pregiudizio concreto alla tutela degli interessi del soggetto, consente l'accesso agli atti, con invio con successiva PEC della nota prot. 12473 del 2 agosto 2024 dell'atto di autorizzazione temporanea. Considerate concluse le procedure per le assegnazioni dei diritti d'uso anche per le reti locali n. 4 e 7 nel bacino d'utenza n.12 – Lazio, ad integrazione di quanto già accolto e comunicato con PEC prot. 12379 del 2 agosto 2024, l'Ufficio consente l'accesso agli atti con invio con successiva PEC dei seguenti documenti (con oscuramento dei dati personali): - Domanda di partecipazione SPACE DAB Società Consortile a.r.l. (solo domanda e copia dell'avvenuta costituzione del deposito cauzionale); - Domanda di partecipazione TRLDAB Società Consortile a.r.l. (solo domanda e copia dell'avvenuta costituzione del deposito cauzionale); Allo stato, fatta salve la possibilità di chiarimenti e/o integrazioni, il procedimento amministrativo n oggetto è da intendersi concluso»;*
- la nota del 3 settembre 2024, prot. 14483: *«con la presente si trasmettono in allegato i seguenti documenti: - Nota prot. 12473 del 2 agosto 2024 con la quale si autorizza temporaneamente all'utilizzo del blocco 9D la C.R. DAB. Società Consortile a.r.l.; - Domanda di partecipazione SPACE DAB Società Consortile a.r.l. (solo domanda e copia dell'avvenuta costituzione del deposito cauzionale); - Domanda di partecipazione TRLDAB Società Consortile a r.l. (solo domanda e copia dell'avvenuta costituzione del deposito cauzionale)».*

Viceversa, sempre correttamente, ha negato l'ostensione degli atti per quali nessun interesse concreto dell'istante era ancora emerso.

8. Alla luce delle considerazioni esposte risultano infondate le critiche rivolte alla sentenza impugnata.

Parte appellante sostiene che la decisione del Tar si fonderebbe su una indebita - quanto erronea - anticipazione di quella che potrebbe assurgere a

motivazione del ricorso che l'odierna appellante ha promosso con distinto giudizio dinanzi al Tar per il Lazio Lazio, nrg 6101/2024 e che siccome dette aggiudicazioni sono ancora *sub iudice* sussisterebbe precipuo interesse di DAB LAZIO affinché possa verificarsi che le aggiudicatarie siano in regola con i requisiti di partecipazione.

Come si è detto, non è possibile ottenere l'accesso indistintamente a tutte le offerte della procedura ex ante e al solo fine di verificare il possesso dei requisiti perché una richiesta di questo tipo non soddisfa il requisito della titolarità di un interesse concreto all'ostensione di specifici documenti.

9. Sulla base delle medesime considerazioni risulta priva di fondamento l'affermazione di parte appellante secondo il cui il Tar sarebbe pervenuto ad una indebita anticipazione di motivazioni atte a supportare la decisione qui gravata utilizzando considerazioni ultronee alla presente vicenda giacché, seppur è ammesso il vaglio di ammissibilità dell'interesse all'accesso, detto vaglio non può giungere sino a scrutinare la fondatezza nel merito della pretesa, poiché altrimenti si verrebbe a configurare un processo sommario ed anticipato, in violazione del principio del contraddittorio.

Il Tar si è limitato a verificare la sussistenza dell'interesse ad ottenere l'ostensione sulla base dei principi prima richiamati. Il Tar non solo non ha violato i principi sanciti dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, sopra lusingati, ma li ha applicati in maniera corretta.

Peraltro, il ripetuto richiamo al diverso giudizio pendente dinanzi al Tar per il Lazio nrg 6101/2024, rende poco comprensibili le strategie processuali operate dal DAB LAZIO. Il giudizio nrg 6101/2024 risultava già pendente quando è stato notificato il ricorso esitato nella sentenza qui impugnata. L'appellante avrebbe potuto avvalersi della possibilità riconosciuta dal secondo comma dell'art. 116 del c.p.a. a mente del quale: *«In pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, il ricorso di cui al comma 1 può essere*

proposto con istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale, previa notificazione all'Amministrazione e agli eventuali controinteressati. L'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio».

Scegliendo quella strada sarebbe stato naturale evidenziare il collegamento tra il giudizio e l'accesso agli atti. Instaurando un autonomo giudizio tale collegamento scolora e non può essere (ancorché erroneamente) rimproverato al primo giudice di non aver tenuto conto di detto asserito collegamento.

10. Non condivisibili appaiono le considerazioni svolte dall'appellante a proposito dei piani tecnici. Fermo restando quanto detto in ordine alla necessità di dimostrare in concreto l'interesse all'accesso, nella specie siamo di fronte a documenti aventi contenuto particolare.

Nella nota del 14 giugno 2024 (impugnata con il ricorso principale) si chiariva che: *«Si rileva, in particolare, che nei Piani Tecnici allegati alle domande di partecipazione sono contenuti segreti tecnici, ovvero dati e informazioni di chiara rilevanza strategica per le società concorrenti che devono essere valutati in sede competitiva e pertanto sottratti all'accesso. Inoltre, la previsione di cui al comma 4 lett a) dell'art. 35 [d.lgs. n. 36/2023] individua i casi di esclusione dall'accesso agli atti e le relative eccezioni, a tutela del principio di riservatezza, stabilendo che: "possono essere esclusi in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali"».*

Occorre notare che le altre imprese avevano significato all'Amministrazione la ferma opposizione alla ostensione dei piani tecnici per ragioni di segretezza e riservatezza, ragioni puntualmente evidenziate dal Tar.

11. Priva di fondamento è anche la tesi di parte appellante secondo la quale erroneamente la sentenza del Tar avrebbe attribuito ai piani tecnici la natura di atti secretabili ai sensi degli artt. 35 e 36 del Codice dei **Contratti**.

Il «Bando per manifestazione di interesse per l'assegnazione dei diritti d'uso per le reti pianificate sui bacini di utenza locale ad operatori di rete – DAB + ai sensi della delibera AGCOM 286/22/CONS - Bacino d'utenza n. 12 (Lazio)» (bando di cui si discute in questa sede) definiva il “piano tecnico” nel modo seguente: «La domanda di partecipazione deve essere corredata a pena di esclusione da un piano tecnico, contenente una descrizione dettagliata dei costi di realizzazione, compreso il costo totale degli investimenti che si intenderanno realizzare, finalizzato a dimostrare la capacità tecnica da parte del partecipante alla pianificazione e allo sviluppo della rete, nel rispetto dei vincoli di copertura e nel rispetto dei Punti Di Verifica (PDV) previsti dalle Delibere AGCOM 664/09/CONS e 286/22/CONS».

L'appellante enfatizza il fatto che si tratta di un documento che rientra nei requisiti di accesso alla gara (che non è revocato in dubbio). Ma occorre guardare al suo contenuto: e, sotto questo profilo, è certo che, alla luce della definizione prima riportata, il piano tecnico richiesto ai concorrenti contenga segreti tecnici o commerciali e che, quindi, debba prevalere la tutela degli interessi economici e commerciali dei controinteressati, come disposto dall'art. 35, comma 4, lett. a) del d.lgs. n. 36 del 2023.

Nel caso specifico, le controinteressate costitutesi in giudizio hanno rimarcato con forza il proprio interesse a non veder divulgato il proprio *know how*.

12. Prive di fondamento appaiono, infine, gli argomenti esposti da parte appellante in ordine all'ostensione delle verbalizzazioni. L'appellante sostiene che è inverosimile che non ci siano verbali.

Ma come ribadito da Cons. Stato, sez. VI, 13/02/2013, n. 892, alla luce del principio ad *impossibilia nemo tenetur*, anche nei procedimenti d'accesso ai documenti amministrativi l'esercizio del relativo diritto o l'ordine d'esibizione impartito dal giudice non può riguardare, per evidenti ragioni di buon senso, che i documenti esistenti e non anche quelli non più esistenti o mai formati, spettando alla P.A. destinataria dell'accesso indicare,

sotto la propria responsabilità, quali sono gli atti inesistenti che non è in grado d'esibire.

Nella nota prot. 14867 del 9 settembre 2024 (impugnata con i motivi aggiunti) si legge testualmente: «*Per quanto riguarda la richiesta dei “verbali di esame delle domande” si comunica che non vi sono verbali in quanto, l’articolata attività dell’istruttoria è stata espletata in base alle competenze dell’ufficio, e ha avuto ad oggetto una prima fase consistente nella verifica dell’ammissibilità delle domande pervenute in base ai criteri indicati nel bando e che si è conclusa con la pubblicazione delle determinazioni dirigenziali contenenti le manifestazioni d’interesse delle società consortili ammesse alle procedure per l’assegnazione dei diritti d’uso. Successivamente, si è proceduto con quanto previsto dal bando, ovvero, laddove ci fossero i presupposti, con le assegnazioni dirette, accoglimento delle intese o convocazione delle sedute pubbliche. Allo stato, non sono state convocate sedute pubbliche per il bacino d’utenza n. 12-Lazio e conseguentemente non sono stati redatti verbali, atteso che, le assegnazioni dirette dei diritti d’uso per le reti locali n. 1, 3 e 5 sono state effettuate ai sensi dell’art. 4 commi 1, 2 e 3 del bando di gara, mentre per le assegnazioni dei diritti d’uso delle reti locali n. 4 e 7 si è proceduto, ai sensi dell’art. 4, comma 6 del bando, a seguito di accordo (proposta condivisa presentata al Ministero) raggiunto fra le parti. Gli incontri, che si sottolinea non sono sedute pubbliche, sono stati di natura informale, richiesti dai soggetti interessati proprio al fine di chiarire i contenuti dell’accordo».*

Sotto la propria responsabilità il Ministero ha dichiarato che non esistono verbali.

Non avrebbe potuto essere osteso ciò che non esiste.

E nessuna dimostrazione è stata fornita circa la falsità dell’affermazione.

13. Per le ragioni esposte l’appello deve essere rigettato.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2025

con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Giordano Lamberti, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Lorenzo Cordi', Consigliere

Giovanni Pascuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Pascuzzi

IL PRESIDENTE
Sergio De Felice

IL SEGRETARIO