

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

**DECISIONE**

sul ricorso in appello proposto dall'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso i cui uffici domicilia ex lege in Roma, Via dei Portoghesi n.12;

contro

la Ditta YogiTech, in persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione pro-tempore ing. Silvano Motto, rappresentata e difesa dall'Avv. Giuliano Francis Dinelli ed elettivamente domiciliata in Roma, Via Pierluigi da Palestrina n.63 (Studio Contaldi);

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione III ter - n.4237 del 2002;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellato;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 27 agosto 2002 relatore il Consigliere Giancarlo Montedoro.

Uditi, l'Avv. dello Stato Spina e l'Avv. Contaldi in dichiarata sostituzione dell'Avv. Dinelli;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

### **FATTO**

La ditta YogiTech con ricorso di primo grado ha narrato di aver ricevuto da parte dell'Istituto di Fisica Nucleare di Bologna l'incarico di attuare uno studio di fattibilità diretto ad aumentare la qualità della proposta da presentare per la partecipazione ad un bando di gara per la realizzazione di un progetto denominato ASIC per l'elettronica front-end del Time of Flight di Alice.

Ha sostenuto la ricorrente di aver iniziato immediatamente lo studio di fattibilità e di essere stata informata in data 24/1/2001 di alcune modifiche apportate al progetto ASIC in modo da poterne tenere conto nell'attuazione di detto studio.

La ricorrente in primo grado ha dedotto inoltre di aver preso nota di tale comunicazione, e di aver continuato nello studio di fattibilità.

Di seguito, secondo la ricorrente, l'istituto, senza plausibili ragioni, non le ha fornito alcuna informazione circa tale studio, nonostante un sollecito formulato dal proprio

legale di fiducia.

La ricorrente, perciò, ha presentato una domanda di accesso ai documenti che è stata respinta con provvedimento impugnato.

Con tale provvedimento l'Amministrazione fa presente che, a seguito di un riesame della questione, è sopravvenuta la propria mancanza di interesse a proseguire nella progettazione o nella realizzazione di un prototipo.

La ricorrente sostiene che a causa di ciò ha subito un grave danno avendo investito consistenti risorse.

Ha quindi proposto un ricorso avverso il diniego di accesso ai documenti.

A questo scopo, con una prima censura, ha sostenuto che oltre a sussistere il proprio interesse all'accesso, non ricorrono le ipotesi che possono giustificare il diniego all'accesso da parte della pubblica amministrazione.

Con un secondo motivo, la ricorrente ha dedotto che il provvedimento impugnato è carente di motivazione perché, in violazione dell'art.7 della d.p.r. 27/4/1992 n.352 nella parte in cui afferma che il rifiuto dell'accesso deve essere motivato con riferimento specifico alla normativa vigente, all'individuazione delle categorie di cui all'art.24 comma 4, della legge n.241/1990, alle circostanze di fatto che non consentono l'accoglimento della richiesta così come proposta.

[www.reform.it](http://www.reform.it) - Rete per l'assistenza all'Informazione, all'Attività tecnico - amministrativa ed alla Formazione dell'Amministrazione pubblica locale

L'istituto di fisica nucleare si è costituito in giudizio

depositando documentazione concernente la realizzazione del progetto in relazione al quale è insorta la controversia.

Il Tar del Lazio con la sentenza impugnata ha accolto il ricorso.

Con l'appello odierno l'amministrazione ripropone l'eccezione di difetto delle condizioni di legge ai fini dell'accesso agli atti in questione, muovendo da erronei presupposti di fatto e trascurando del tutto l'esame della documentazione prodotta e delle argomentazioni difensive svolte nella camera di consiglio.

Sostiene l'amministrazione di non aver conferito alla YogiTech alcun incarico e tanto meno un incarico per uno studio di fattibilità diretto ad aumentare la qualità della proposta da presentare per la partecipazione ad un bando di gara, incarico mai conferibile da un istituto pubblico, assoggettato in materia contrattuale ai principi di imparzialità e trasparenza e, in particolare, ai sensi dell'art.50 del regolamento di amministrazione, finanza e contabilità, alle procedure di gara previste dalle disposizioni comunitarie recepite dall'ordinamento ovvero in esso direttamente applicabili, nonché delle disposizioni nazionali espressamente applicabili agli enti di ricerca.

In nessun caso poi potrebbe parlarsi di impegni negoziali o anche solo prenegoziali assunti

dall'amministrazione in assenza delle necessarie forme procedurali che coinvolgano i competenti organi dell'istituto; in conseguenza di ciò si sostiene l'assoluta irrilevanza dei contatti intervenuti tra il titolare della ditta ed il prof. Masetti (professore ordinario all'Università di Bologna ed associato alle attività di ricerca dell'istituto) sia perché quest'ultimo non aveva veste per rappresentare l'istituto, sia perché, secondo quanto narrato dallo stesso legale rappresentante della ditta (nota dello studio legale Baldini Benedetti in atti del 9/5/2001) tali contatti erano unicamente preordinati a verificare le competenze della ditta ed eventualmente l'interesse per inserirla in una lista di potenziali candidati cui estendere l'invito per la gara di appalto dello sviluppo dell'ASIC.

Le iniziative adottate – peraltro mai comprovate – esulerebbero da qualsiasi riferibilità all'amministrazione per rimanere confinate nell'ambito della sua libera ed autonoma iniziativa imprenditoriale.

Difetterebbe quindi l'interesse della ditta YogiTech ad accedere agli atti relativi allo studio di fattibilità effettuato dalla ditta YogiTech ed a quelli relativi ai destinatari del bando che doveva essere indetto e ai nominativi dei componenti la Commissione esaminatrice del bando stesso.

Per quanto concerne poi gli atti di gara, la Commissione istituita presso la Sezione di Bologna dell'Istituto ha predisposto una lettera d'invito per l'affidamento dello studio di fattibilità ed il progetto VLSI per la realizzazione dei primi prototipi dell'ASIC analogico, lettera trasmessa alle ditte ritenute più idonee per competenza, requisiti tecnici ed esperienza nel settore.

La ditta YogiTech non è stata compresa tra i destinatari dell'invito, come da nota del 11/4/2001 del Direttore della Sezione di Bologna, confermata dal Presidente dell'Istituto con nota del 30/5/2001.

Successivamente in data 13/7/2001 il Direttore della Sezione di Bologna comunicò al Presidente dell'Istituto la sopravvenienza di circostanze tecnico-scientifiche che comportavano il venir meno dell'interesse alla progettazione e realizzazione dei prototipi dell'ASIC analogico, e quindi alla prosecuzione della procedura di scelta del contraente intrapresa dalla Commissione.

Sulla base di tali circostanze il Presidente dell'INFN motivò, in data 6/9/2001, il diniego di accesso agli atti per difetto di interesse attuale e concreto che consentisse l'accoglimento della formulata istanza.

In effetti difetterebbe, secondo l'amministrazione appellante, qualsiasi situazione giuridicamente rilevante per

giustificare l'interesse ad accedere agli atti in questione, posto che, il venir meno dell'interesse alla progettazione aveva indotto l'amministrazione a soprassedere definitivamente dal portare a conclusione il procedimento contrattuale de quo.

### **DIRITTO**

L'appello è infondato e merita il rigetto.

Il rimedio giurisdizionale offerto dall'art.25 l. 7 agosto 1990 n.241, è caratterizzato dal fine di assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa e favorirne lo svolgimento imparziale, a prescindere dall'esistenza di una lesione della posizione giuridica del richiedente e quindi, a fortiori, della sua attualità, ferma la necessità della sussistenza, in capo al ricorrente, di quella «situazione giuridicamente rilevante» che l'art.22 della stessa legge richiede per l'accesso ai documenti (C. Stato, sez.V, 9.12.1997, n.1489).

In particolare l'impugnata nota di diniego afferma che è venuto meno, in occasione di un riesame tecnico-scientifico del progetto, l'interesse alla progettazione e realizzazione dei prototipi dell'ASIC analogico.

Aggiunge poi l'impugnata nota che si è deciso pertanto di non proseguire ulteriormente nella trattativa privata per l'affidamento del relativo studio di fattibilità, e che pertanto non sussisterebbe in capo alla ditta appellata un interesse

attuale e concreto che consenta l'accoglimento della formulata istanza di accesso.

L'istanza ha ad oggetto poi "tutte le informazioni detenute ed i relativi documenti per conoscere i nominativi dei componenti la commissione e prendere visione degli atti relativi allo studio di fattibilità, ai destinatari del bando ed ogni informazione inerente tale studio."

Orbene, dall'interpretazione dell'istanza secondo legge, l'accesso deve intendersi relativo ai documenti (non potendo l'accesso prevedere alcun obbligo informativo relativo a circostanze non documentate) ed in particolare deve intendersi avere ad oggetto i documenti e gli atti relativi allo studio di fattibilità, ai destinatari del bando ed ai componenti della commissione.

Così delimitato l'interesse dell'istante e definito l'oggetto dell'accesso è evidente l'interesse concreto ed attuale della ditta YogiTech, quale ditta coinvolta, per quanto affermato dalla stessa amministrazione nell'atto di diniego, in una trattativa privata per l'affidamento del servizio poi messo a gara.

Infatti proprio il venir meno dell'interesse dell'amministrazione alla realizzazione del prototipo tramite l'opera della ditta appellata così come l'indizione di una gara per l'affidamento dell'incarico relativo allo studio di fattibilità

fa sorgere l'interesse della ditta fino a qual momento coinvolta in "contatti" con esponenti dell'amministrazione (documentati dalla corrispondenza e non smentiti dall'amministrazione, salva la verifica della loro valenza giuridica e liceità) all'accesso alla documentazione indicata (progetto messo a gara, ditte invitate, componenti la

commissione).

Ciò per quanto affermato nello stesso atto di diniego dell'accesso che comunica la decisione di non proseguire ulteriormente nella trattativa privata per l'affidamento del relativo studio di fattibilità.

E' necessario, infatti, per avere un interesse qualificato ed una legittimazione ad accedere alla documentazione amministrativa, 1) trovarsi in una posizione differenziata - come avviene nel caso di un soggetto, operatore del settore, prima contattato per un'eventuale trattativa privata e poi non invitato alla procedura di gara - ed avere 2) una titolarità di posizione giuridicamente rilevante, che significa non titolarità di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo (ossia posizioni giuridiche soggettive piene e fondate) ma di una posizione giuridica soggettiva allo stato anche meramente potenziale (come è quella del soggetto escluso da una procedura di gara alla quale avrebbe interesse a partecipare, o del soggetto che si vede escluso da una trattativa privata dopo alcuni iniziali contatti avuti con l'amministrazione e ciò indipendentemente dalla legittimità del mancato invito alla gara o della piena liceità della decisione di non proseguire oltre nei contatti finalizzati alla trattativa privata o dall'effettivo svolgimento di detti contatti e dagli affidamenti creati).

Il limite è dato dalla necessità di evitare che l'accesso si

trasformi in azione popolare: per questo C. Stato, sez.VI, 1.3.2000, n.1122, ha ritenuto che il diritto di accesso ai documenti della p.a. non può essere trasformato in uno strumento di «ispezione popolare» sull'efficienza di un servizio pubblico, in quanto, ai sensi dell'art.22 l. 7 agosto 1990 n.241, per esercitare tale diritto occorre una situazione giuridicamente legittimante, la quale, anche se non deve necessariamente assumere la consistenza di diritto soggettivo o di interesse legittimo, deve però essere giuridicamente tutelata non potendosi identificare con il generico e indistinto interesse di ogni cittadino al buon andamento dell'attività amministrativa (nella specie, è stato riconosciuto legittimo il provvedimento che aveva negato al Codacons l'accesso a tutti gli atti posti in essere dall'amministrazione postale con riguardo allo smarrimento degli oggetti inviati a mezzo posta).

Nel caso di specie è evidente che sono intercorsi contatti che radicano nella YogiTech tale posizione differenziata e che sussiste, astrattamente, una situazione giuridicamente rilevante.

L'accesso poi non essendo strumentale all'esercizio di un'azione giurisdizionale prescinde dalla possibilità di proporla e ciò comporta che, nella specie, è indifferente se la ditta appellata abbia intenzione di proporre un'impugnativa degli atti di gara, un'azione per tutelare il lavoro svolto, una

[www.reform.it](http://www.reform.it) - Rete per l'assistenza all'informazione, all'attività tecnico - amministrativa ed alla Formazione dell'Amministrazione pubblica locale

richiesta di danni per responsabilità precontrattuale o altra

forma di tutela amministrativa o giurisdizionale.

In ultimo occorre ricordare che non sussistono ragioni specifiche per negare l'accesso relative alla tutela dei beni protetti dall'art.24 della legge n.241/1990.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge il ricorso in appello indicato in epigrafe.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 27 agosto 2002, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giorgio GIOVANNINI	Presidente
Pietro FALCONE	Consigliere
Lanfranco BALUCANI	Consigliere
Rosanna DE NICTOLIS	Consigliere
Giancarlo MONTEODORO	Consigliere Est.

**Presidente**

**Consigliere**

**Segretario**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....  
(Art.55, L.27/4/1982, n.186)  
Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO  
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa  
al Ministero.....  
a norma dell'art.87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria