



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

**DELIBERA N. 317 DEL 29 marzo 2017**

*Oggetto: Comune di Forlì – quesito giuridico acquisito al protocollo n. 86620 del 01.06.2016 - Procedura aperta per l'affidamento del servizio di manutenzione del verde pubblico – Istanza di accesso agli atti di gara presentata da consiglieri comunali ai sensi dell'art. 43, D.lgs 18 agosto 2000, n. 267, recante Testo unico sull'ordinamento degli enti locali - Differibilità dell'accesso agli atti di gara di verifica dell'anomalia dell'offerta nei riguardi di consiglieri comunali istanti – Accesso civico cd generalizzato di cui all'art. 5, comma 2, del D.lgs 14 marzo 2013, n. 33, smi - AG 01/2017/AP*

#### **Accesso agli atti di gara – Consigliere comunale – Procedimento ad evidenza pubblica – Anomalia dell'offerta – Fase di verifica - Differimento – Legittimo**

*La disciplina dettata dall'art. 13 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice degli appalti), in tema di accesso agli atti di gare pubbliche, è più restrittiva di quella generale di cui all'art. 24 L. 7 agosto 1990 n. 241, sia sotto il profilo soggettivo, atteso che nel primo caso l'accesso è consentito solo al concorrente che abbia partecipato alla selezione, che sul piano oggettivo, essendo l'accesso condizionato alla sola comprovata esigenza di una difesa in giudizio, laddove il citato art. 24 offre un ventaglio più ampio di possibilità, consentendo l'accesso ove necessario per la tutela della posizione giuridica del richiedente, senza alcuna restrizione sul piano processuale. Il diritto di accesso agli atti di gara è norma speciale rispetto al diritto di accesso della l. 241/90*

#### **Procedimento ad evidenza pubblica – Consigliere comunale – Diritto di accesso agli atti – Differimento – Legittimità**

*In ragione della tutela del regolare esercizio dell'azione amministrativa e della tutela del principio di segretezza delle offerte, che tutela il principio di libera concorrenza nel mercato delle gare pubbliche, ai consiglieri comunali non può essere opposto un diniego assoluto di accesso agli atti, ma può essere legittimamente riconosciuto un differimento dell'accesso ai sensi dell'art. 53, comma 2, lett. d) del D.lgs 50/2016.*

#### **Accesso civico cd generalizzato – Accesso agli atti di gara – Codice dei contratti pubblici - Esclusioni – Limiti**

*Le disposizioni del Codice dei contratti pubblici in materia di accesso agli atti delle procedure di affidamento rientrano nell'ambito dei limiti e delle condizioni alle quali è subordinato l'accesso civico generalizzato di cui agli artt. 5 e 5-bis del D.lgs 33/13. Con riguardo a tale disciplina, si deve ritenere che - prima dell'aggiudicazione - il diritto di accesso civico generalizzato possa essere legittimamente escluso in ragione dei divieti di accesso previsti dall'art. 53 del D.lgs*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*50/2016; successivamente all'aggiudicazione della gara, il diritto di accesso debba essere consentito a chiunque, ancorché nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 5-bis, commi 1 e 2, del D.lgs 33/2013*

**Art. 13, comma 2, lett. c-bis del D.lgs 12 aprile 2006, n. 163**

**Art. 53, comma 2, lett. d) del D.lgs 50/2016**

**Art. 43, D.lgs 18 agosto 2000, n. 267**

**Art. 5, comma 2, del D. lgs 14 marzo 2013, n. 33**

### **Il Consiglio**

Vista la nota del Comune di Forlì, 21 giugno 2016, prot. 86620;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267;

Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

Visto il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33;

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

Visto l'Appunto al Consiglio dell'Ufficio Precontenzioso e Affari giuridici del 23 novembre 2016;

Vista la delibera del Consiglio dell'Autorità del 14 dicembre 2016, del 21 dicembre 2016;

Visto l'appunto al Consiglio dell'Ufficio Regolazione in materia di anticorruzione, trasparenza e Piano nazionale anticorruzione del 20 dicembre 2016;

Vista la delibera del Consiglio dell'Autorità del 21 dicembre 2016;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

#### **Considerato in fatto**

Con istanza di parere del 01 giugno 2016, prot. 86620, il Segretario generale del Comune di Forlì, Dott.ssa Lia Piraccini, domanda se, nel corso dello svolgimento di una gara per l'affidamento del servizio di manutenzione del verde pubblico, nella fase di verifica dell'anomalia dell'offerta nei confronti dell'operatore economico primo in graduatoria provvisoria, sia legittimo opporre il differimento della istanza di accesso agli atti, ex art. 13, comma 2, lett. c-bis del D.lgs 163/2006 (attuale art. 53, comma 2, lett. d) del D.lgs 50/2016), anche a fronte di una istanza di accesso di Consiglieri comunali, i quali – ai sensi del Regolamento del Consiglio comunale – *“hanno diritto di accesso e di consultazione di tutti gli atti dell'amministrazione comunale, esclusi quelli riservati per legge o per regolamento”* (art. 80, Regolamento citato). Il Comune istante riferisce inoltre che i Consiglieri comunali hanno contestato il differimento dell'accesso ritenendo invece di averne diritto senza differimenti stante il loro status di consiglieri, in virtù dell'art. 43 del d.lgs 267/2000, Testo Unico degli Enti Locali (TUEL), che detta uno specifico potere dei consiglieri comunali e provinciali di accedere agli atti della propria amministrazione.

Pare opportuno premettere che l'Autorità non esprime il proprio parere in merito alla corretta interpretazione delle disposizioni del TUEL. Nondimeno, la questione proposta merita di essere valutata tanto alla luce dei limiti da riconoscere al diritto di accesso esercitato nei riguardi di atti di gara (art. 53, comma 2, lett. d) del D.lgs 50/2016, già art. 13, comma 2, lett. c-bis del D.lgs 163/2006), quanto alla luce del cd accesso civico generalizzato esercitabile da qualunque cittadino nei riguardi di tutti gli atti delle pubbliche amministrazioni, già oggetto di atto di regolazione dell'Autorità, volto a definire il regime delle esclusioni e dei limiti dettato dall'art. 5-bis del D.lgs 33/2013 (Determinazione n. 1309 del 28 dicembre 2016).

Nei limiti di quanto premesso, la funzione consultiva è svolta dall'Autorità nel rispetto delle previsioni del Regolamento del 20 luglio 2016, recante *«Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva svolta dall'Autorità nazionale anticorruzione ai sensi della Legge 6 novembre 2012, n. 190 e dei relativi decreti attuativi e ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al di fuori dei casi di cui all'art. 211 del decreto stesso»*, che ha sostituito il Regolamento del 14 gennaio 2015, consultabile sul sito istituzionale.

#### **Considerato in diritto**



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

Il quesito posto dall'istante domanda se sia opponibile il differimento della istanza di accesso agli atti, ex art. 13, comma 2, lett. c-bis del D.lgs 163/2006 alla istanza di accesso avanzata da consiglieri comunali ai sensi del D. lgs 18 agosto 2000, n. 267 (Testo Unico degli Enti Locali), con particolare riguardo alla fase di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'operatore economico primo in graduatoria provvisoria. La questione investe, in via diretta, il rapporto tra il diritto di accesso agli atti riconosciuto ai consiglieri comunali dal Testo Unico degli Enti Locali e il diritto di accesso agli atti di gara, di cui al Codice dei contratti pubblici, D.lgs 18 aprile 2016, n. 50 (che abroga e sostituisce il D.lgs 12 aprile 2006, n. 163); e in via indiretta, ma non meno conferente, il rapporto tra il diritto di accesso agli atti di gara con la disciplina generale del diritto di accesso di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241 e, in ultima analisi, con il diritto di accesso civico generalizzato, disciplinato dall'art. 5, D. lgs 14 marzo 2013, n. 33.

A tal riguardo, occorre osservare che - mentre la disciplina generale del diritto di accesso, ex l. 241/1990, contempla quali titolari del diritto i soli soggetti interessati, individuati sulla base della situazione giuridica soggettiva, qualificata e differenziata - con riguardo alla disciplina degli enti locali, la titolarità del diritto è riconosciuta ai consiglieri comunali nei riguardi di tutti gli atti della propria amministrazione. Il d. lgs 18 agosto 2000, n. 267, Testo Unico sugli enti locali, invocato dagli odierni istanti, dispone infatti che *“(i) consiglieri comunali e provinciali hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché delle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato. Essi sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge”* (art. 43 del d.lgs 267/2000, TUEL); analogamente, dispone il Regolamento comunale richiamato dagli istanti, a tenore del quale i consiglieri *“hanno diritto di accesso e di consultazione di tutti gli atti dell'amministrazione comunale, esclusi quelli riservati per legge o per regolamento”* (art. 80, Regolamento Comune di Forlì). Tale diritto appare riconosciuto in funzione dell'espletamento del mandato politico e si presenta, pertanto, quale espressione del generale potere di indirizzo riconosciuto all'assemblea dell'ente locale: esso, infatti, non è riconosciuto in funzione della tutela di posizioni soggettive individuali, bensì allo scopo di consentire il proficuo esercizio del mandato democratico di proposta, verifica e controllo dei componenti delle assemblee elettive (T.A.R. Puglia Lecce Sez. II, 18 febbraio 2016, n. 339). La *ratio* della norma risiede nel principio democratico dell'autonomia locale e della rappresentanza esponenziale, sicché tale diritto è direttamente funzionale alla cura dell'interesse pubblico connessa al mandato conferito, mediante il controllo del comportamento degli organi decisionali del Comune (Consiglio di stato, Sez. IV - Sentenza 12 febbraio 2013, n.846).



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

Di contro, la disciplina del diritto di accesso alle gare, già disciplinata dal d.lgs 163/2006, prevede che, salvo quanto espressamente previsto nel codice stesso, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento dei contratti pubblici è disciplinato dalla l. generale sull'accesso, salvo alcuni casi di esclusione e talune ipotesi di differimento. In particolare, con riguardo al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta il d.lgs 50/2016 dispone il differimento fino al momento dell'aggiudicazione. Lo scopo del differimento dell'accesso agli atti di gara è quello di impedire la conoscenza del contenuto delle offerte da parte dei concorrenti in un momento in cui non è ancora divenuta definitiva la scelta della migliore offerta, con il più precipuo fine di impedire turbative delle operazioni di gara e delle valutazioni di competenza della commissione aggiudicatrice.

#### 1. L'accesso agli atti di gara e la l. 241/90

Appare consolidato che *“la disciplina dettata dall'art. 13 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice degli appalti), in tema di accesso agli atti di gare pubbliche, è più restrittiva di quella generale di cui all'art. 24 L. 7 agosto 1990 n. 241, sia sotto il profilo soggettivo, atteso che nel primo caso l'accesso è consentito solo al concorrente che abbia partecipato alla selezione (la preclusione all'accesso è invece totale qualora la richiesta sia avanzata da un soggetto terzo, anche se dimostri di avere un interesse differenziato), che sul piano oggettivo, essendo l'accesso condizionato alla sola comprovata esigenza di una difesa in giudizio, laddove il citato art. 24 offre un ventaglio più ampio di possibilità, consentendo l'accesso ove necessario per la tutela della posizione giuridica del richiedente, senza alcuna restrizione sul piano processuale”* (Cons. Stato, 16 marzo 2016, n. 1056). Tale rapporto configura una specialità per la materia dei contratti pubblici rispetto alle legge generale sull'accesso agli atti, alla luce del quale la *lex specialis* impone limiti, oggettivi e soggettivi, di applicazione alla *lex generalis* nel caso concreto. In tal senso, le disposizioni della *lex specialis* prevalgono e si pongono in rapporto di specialità rispetto alle disposizioni dettate dalla *lex generalis*. Il diritto di accesso di cui al Codice dei contratti pubblici è, pertanto, da considerarsi speciale rispetto all'omologo diritto previsto, con carattere generale, dalla l. 241/90. Con riguardo all'accesso agli atti di gara, l'Autorità ha affermato che tale diritto non può consentire un controllo generalizzato dell'operato dell'Amministrazione (Parere di Precontenzioso n. 96 del 20/03/2008); e che può essere esercitato esclusivamente nelle forme e nei limiti previsti dall'art. 13, Codice dei contratti pubblici, che risulta prevalente rispetto ad altri interessi (Parere di Precontenzioso n. 19 del 23/02/2012).

#### 2. L'accesso agli atti di gara da parte di consiglieri comunali



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

Si deve ritenere che – in ragione della tutela del regolare esercizio dell'azione amministrativa e della tutela del principio di segretezza delle offerte, che tutela il principio di libera concorrenza nel mercato delle gare pubbliche - tale rapporto di specialità sussista altresì nei riguardi dell'accesso richiesto dai consiglieri comunali, ai quali – in virtù dell'interesse di cui sono titolari - non può certamente essere opposto un diniego, ma nei riguardi dei quali può essere fatto valere il limite del differimento.

\* \* \*

#### 3. L'accesso agli atti di gara e l'accesso civico generalizzato

La questione proposta merita di essere valutata anche alla luce del nuovo istituto dell'accesso civico generalizzato e delle recenti Linee guida dell'Autorità. Anche tale diritto, infatti, pur riconoscendo a chiunque il diritto di chiedere l'ostensione di dati, documenti e informazioni in possesso delle amministrazioni, prevede ipotesi di esclusione nei casi di divieto di accesso stabiliti da leggi, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato a specifici limiti e condizioni, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, della l. 241/1990 (art. 5-bis, comma 3); e casi in cui il diritto di accesso è riconosciuto con determinati limiti (art. 5-bis, commi 1 e 2)

Si ritiene che le disposizioni speciali contenute nel Codice dei contratti pubblici in materia di accesso agli atti delle procedure di affidamento rientrino nell'ambito di tali limiti e condizioni. Peraltro, si osservi che l'art. 53 del D.lgs 50/2016 dispone non un'esclusione assoluta, ma solo il differimento dell'accesso in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione (art. 53, comma 2, lett. d, Codice dei contratti). Alla luce di tale disciplina, si deve ritenere che - prima dell'aggiudicazione - il diritto di accesso civico generalizzato possa essere legittimamente escluso in ragione dei divieti di accesso previsti dall'art. 53 del D.lgs 50/2016; successivamente all'aggiudicazione della gara, il diritto di accesso debba essere consentito a chiunque, ancorché nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 5-bis del D.lgs 33/2013. Tra questi, si segnala – per la particolare frequenza con cui il caso può presentarsi nelle procedure di gara - il limite che deriva dalla tutela degli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, di cui al comma 2, lett. c) del citato articolo. Si ritiene, pertanto, che l'accesso civico generalizzato ove invocato ai sensi dell'art. 5, comma 2, del D.lgs 33/2013, incontri il limite previsto dall'art. 53 del Codice dei contratti pubblici, ma che possa comunque essere concesso, senza alcun obbligo di motivazione, alla scadenza del termine ivi previsto,



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

ovvero dopo l'aggiudicazione, nel rispetto della tutela dei dati personali e degli interessi economici e commerciali dei soggetti coinvolti, secondo quanto disposto all'art. 5-bis, comma 2, del D.lgs 33/2013.

In conclusione, il diritto di accesso agli atti di gara appare norma speciale rispetto al diritto di accesso della l. 241/90 e al diritto di accesso riconosciuto ai consiglieri comunali nei confronti degli atti della propria amministrazione. Le disposizioni del Codice dei contratti pubblici in materia di accesso agli atti delle procedure di affidamento rientrano, altresì, nell'ambito dei limiti e delle condizioni alle quali è subordinato l'accesso civico generalizzato di cui agli artt. 5 e 5-bis del D.lgs 33/13. Con riguardo a tale disciplina, si deve ritenere che - prima dell'aggiudicazione - il diritto di accesso civico generalizzato possa essere legittimamente escluso in ragione dei divieti di accesso previsti dall'art. 53 del D.lgs 50/2016; successivamente all'aggiudicazione della gara, il diritto di accesso debba essere consentito a chiunque, ancorché nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 5-bis del D.lgs 33/2013.

Il Presidente

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 aprile 2017

Il Segretario, Maria Esposito