

esercitabile da chiunque, indipendentemente da una posizione differenziata giuridicamente.

Questo perché l'istituto dell'accesso non è teso ad un controllo generalizzato sull'attività amministrativa, dal momento che, correlativamente all'esercizio del diritto alla conoscenza degli atti, sussiste la legittima pretesa dell'Amministrazione a non subire intralci nella propria attività istituzionale, possibili in ragione della presentazione di istanze strumentali e/o dilatorie.

Nella fattispecie sottoposta all'attenzione di questo Ufficio, la richiesta di accesso respinta dall'Amministrazione Comunale e la successiva richiesta di riesame mancavano dei presupposti di ammissibilità e di legittimità previsti dal legislatore, essendosi l'istante limitato a richiedere l'estrazione di copia della documentazione relativa alle Ditte partecipanti alla trattativa privata ed alla ditta aggiudicataria al fine di comprendere i criteri di scelta senza, tuttavia, specificare né la documentazione di cui intendeva prendere visione né la propria posizione rispetto alla procedura di affidamento e, quindi, le ragioni che avessero potuto ricondurre l'interesse all'accesso alla tutela della propria situazione giuridica.

Né è risultata chiara la motivazione sottesa alla richiesta dal momento che i criteri di scelta del contraente avrebbero dovuto essere noti a tutti i soggetti cui l'indagine di mercato era rivolta in quanto

specificati nella stessa lettera d'invito inoltrata, dalla Stazione Appaltante, a tutti i concorrenti.

1.9.7 Costi esagerati per la riproduzione di documenti amministrativi in materia di accesso agli atti: interviene il Difensore Civico

Alcuni Consiglieri Comunali hanno richiesto l'intervento del Difensore Civico sollevando dubbi di legittimità relativamente ad una delibera mediante la quale un'Amministrazione Comunale aumentava, in maniera esponenziale, i costi di riproduzione e di ricerca dei documenti amministrativi, adducendo, quale improbabile motivazione, l'adeguamento di tali importi al costo della vita e citando alcuni pareri della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, il cui riferimento non sembrava essere così refruente da poter giustificare tale aggravio per il cittadino che desiderava esercitare il proprio diritto di accesso.

Sulla questione è intervenuto questo Ufficio precisando che, contrariamente a quanto asserito dal Comune, la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, nella seduta del 13.09.11, affrontando il tema dei costi di riproduzione copia, di ricerca e di visura, si era espressa in merito evidenziando che la corresponsione dei costi di riproduzione e dei diritti di ricerca e visura, può legittimamente essere richiesta dall'Ente Locale, ma l'importo deve essere equo e non esoso,

nel rispetto del principio di ragionevolezza e di contenuta misura del contributo, poiché la pretesa di un importo elevato costituirebbe un limite all'esercizio del diritto d'accesso.

Per la quantificazione di tali costi, questa Difesa Civica, nel ribadire la necessità che gli importi richiesti per ciascuna copia venissero stabiliti con criteri di uniformità e di praticità al fine di assicurare un pari trattamento a tutti i cittadini nell'esercizio del diritto di accesso alla documentazione, ha suggerito di prendere a riferimento (e comunque di non scostarsi più di tanto) le tariffe indicate nella direttiva della stessa Commissione del 19.03.93, ritenendo equo raccomandare la fissazione di un corrispettivo omnicomprensivo (costo della carta, spese funzionamento fotoriproduttore, ecc.).

1.9.8 Controllo di legittimità su delibera di Giunta Municipale e diniego accesso agli atti per documenti necessari all'espletamento del mandato istituzionale

Ha richiesto l'intervento dell'Ufficio un Consigliere Comunale il quale contestava il diniego opposto dal Comune ad una sua richiesta di accesso agli atti relativi al progetto di costruzione di una centrale eolica e contestualmente ha chiesto di sottoporre al controllo di legittimità una delibera di Giunta Comunale.

Questa Difesa Civica, pur rappresentando, relativamente alle due problematiche segnalate la propria incompetenza funzionale, con nota indirizzata oltre che al ricorrente anche al Comune, ha precisato che il richiesto controllo di legittimità era stato, con normativa costituzionale, sottratto agli Organi che lo esercitavano, senza essere stato attribuito ad altri - salvo il sindacato giurisdizionale - e, relativamente alla richiesta di accesso, ha significato che l'ordinamento aveva voluto evitare che il Difensore Civico potesse essere strumentalizzato dalle varie componenti Consiliari, attraverso decisioni formali sulla ostensibilità o meno degli atti amministrativi, decisioni previste, invece, per la generalità dei cittadini non qualificati da cariche politico-amministrative.

Nello specifico ha precisato che, in merito all'accesso agli atti, era importante evidenziare che tra l'accesso dei soggetti interessati di cui agli artt. 22 e ss. della L.241/90 e l'accesso del Consigliere Comunale di cui all'art. 43 cit. sussiste una profonda differenza in quanto il primo è un istituto che consente ai singoli soggetti di conoscere atti e documenti, al fine di poter predisporre la tutela delle proprie posizioni soggettive eventualmente lese, mentre il secondo è un istituto giuridico posto al fine di consentire al Consigliere Comunale di poter esercitare il proprio mandato, verificando e controllando il comportamento degli organi istituzionali decisionali del Comune.

Il diritto di accesso di cui il Consigliere Comunale e Provinciale è titolare oltre che dalla Legge 241/90, continuava questa Difesa Civica, è assicurato e rinforzato dalla norma speciale di cui all'art. 43 c. 2 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 che testualmente recita: *"I consiglieri Comunali e Provinciali hanno diritto di ottenere dagli Uffici, rispettivamente, del Comune e della Provincia, nonché dalle loro Aziende ed Enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato."*

La norma accorda al Consigliere Comunale e Provinciale un diritto pieno e non comprimibile atteso che la speciale normativa, che detta il diritto di accesso dei Consiglieri Comunali non prevede alcun limite nemmeno a tutela di esigenze di riservatezza, fermo restando, tuttavia, il dovere per i consiglieri medesimi di mantenere il segreto *"nei casi specificamente determinati dalla legge"* (così TAR SARDEGNA, SEZ. II - sentenza 30 novembre 2004, n. 1782).

Il diritto dei Consiglieri ad ottenere copia di atti in possesso dell'ente, per quanto precede, è tutelato anche in presenza della necessità di salvaguardare la riservatezza dei terzi; infatti, poiché i detti Consiglieri sono tenuti al segreto d'ufficio è del tutto evidente che non sussiste alcuna ragione logica perché possa essere loro inibito l'accesso ad atti riguardanti dati riservati.

Del resto non va sottaciuto che il Consigliere Comunale o Provinciale esercita un diritto, riconosciuto dalla legge, che ha natura di diritto “soggettivo pubblico funzionalizzato” e la P.A. non ha nemmeno la possibilità di sindacarne l’istanza di accesso, asserendo la mancanza di collegamento con l’espletamento del mandato consiliare.

Non è nemmeno possibile sindacare il nesso intercorrente tra l’oggetto della richiesta di informazioni avanzata dal Consigliere e le modalità di esercizio del potere da questi espletato; concetto quest’ultimo ribadito dalla sentenza del 16/01/2008, n. 32 - T.A.R. Sardegna. “L’obbligo di una Pubblica Amministrazione di permettere l’accesso agli atti ex artt. 22 e segg. L. n. 241/1990 e s.m.i., permane per tutto il tempo durante il quale essa continua a possedere i documenti richiesti in ostensione.

L’ampia latitudine oggettiva dell’art. 43, comma 2, del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (secondo cui i Consiglieri Comunali e Provinciali *“hanno diritto di ottenere dagli uffici ... tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all’espletamento del proprio mandato”*), e la specificità del titolo che abilita i Consiglieri all’esercizio del diritto di accesso, rispetto a quello generale di cui all’art. 22, comma 1, lett. b), L. n. 241/1990, non consentono di apporre alla predetta facoltà conoscitiva limitazioni che non siano espressamente contemplate dalla pertinente disciplina legislativa.

L'intervento si è concluso ribadendo l'obbligo dell'Amministrazione, non suscettibile di valutazioni di merito, di accogliere la richiesta di accesso ad atti per fini precipui al mandato istituzionale, presentata dal Consigliere Comunale.

1.9.9 E' legittimo l'accesso agli atti da parte di un Circolo politico in quanto espressione diretta di un movimento politico nazionale e locale che si identifica pienamente tra i soggetti privati portatori di interessi diffusi

Si è rivolto a questo Ufficio il legale rappresentante di un circolo politico per richiedere, ai sensi e per gli effetti dell'art. 25, comma 4, della legge 07.08.1990, n. 241 e s.m.i., il riesame del diniego opposto da un'Amministrazione Comunale alla propria richiesta di accesso agli atti di un procedimento finalizzata alla verifica della fattibilità degli interventi previsti in un progetto esecutivo predisposto dal Comune ed avente ad oggetto la manutenzione straordinaria su una strada comunale e su alcuni bagni pubblici.

In particolare nella richiesta di accesso l'istante aveva richiesto la visione ed estrazione copia del suddetto Progetto esecutivo oltre alla relazione tecnica, quadro economico, computo metrico, elenco prezzi, delibere di Giunta e determinazioni dirigenziali collegate al

procedimento, motivando la propria istanza con il fatto che da una prima verifica delle procedure e degli atti approvati sarebbero emerse delle incongruenze di carattere urbanistico e delle presunte illegittimità derivanti dalla mancata disponibilità della proprietà di aree appartenenti al Demanio Pubblico; in particolare tali interventi sarebbero stati in contrasto con le previsioni del Piano Particolareggiato del Centro Storico, che destinava dette aree alla realizzazione di "attrezzature per lo spettacolo" ed al prolungamento del "belvedere".

L'Amministrazione Comunale aveva, tuttavia, negato l'accesso agli atti rilevando la volontà, in capo all'istante, di esercitare un controllo generalizzato dell'operato dell'Ente, espressamente vietato dal comma 3 dell'art. 24 della L.241/1990 e s.m.i."

Dinanzi alla rituale richiesta di chiarimenti, inoltrata da questo Ufficio, in ordine ai motivi ostativi all'accesso, l'Ente in questione ha confermato il menzionato atto di reiezione dell'iniziale istanza di accesso per le medesime motivazioni specificate.

Al riguardo il Difensore Civico ha ritenuto di dover accogliere l'istanza di riesame rilevando che il Circolo di cui l'istante era rappresentante è espressione diretta di un movimento politico nazionale e locale che si identifica pienamente tra i soggetti privati portatori di interessi diffusi di cui all'art. 22, comma 1, lett. b) della legge n. 241/90. L'elaborazione giurisprudenziale della precisata norma (ex multis C.d.S. Sez. VI, del

27.10.2006, n. 6440), considera che, *"la nozione di situazione giuridicamente rilevante ex art. 22, L. n. 241 del 1990, per la cui tutela è attribuito il diritto di accesso, si configura come nozione diversa e più ampia rispetto all'interesse all'impugnativa, e non presuppone necessariamente una posizione soggettiva qualificabile in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo. La legittimazione all'accesso, conseguentemente, va riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti procedurali oggetto dell'accesso abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l'autonomia del diritto d'accesso, inteso come interesse ad un bene della vita distinto rispetto alla situazione legittimante alla impugnativa all'atto"*.

Il diritto di accesso ai documenti amministrativi, introdotto dalla legge 7 agosto 1990 n. 241, a norma dell'art. 22, co. 2 della stessa legge (come sostituito dall'art. 15 della legge 11 febbraio 2005 n. 15) costituisce un principio generale dell'ordinamento giuridico, il quale si colloca in un sistema ispirato al contemperamento delle esigenze di celerità ed efficienza dell'azione amministrativa con i principi di partecipazione e di concreta conoscibilità della funzione pubblica da parte dell'amministrato, basato sul riconoscimento del principio di pubblicità dei documenti amministrativi. In quest'ottica, il "collegamento" tra l'interesse giuridicamente rilevante del soggetto che

richiede l'accesso e la documentazione oggetto della relativa istanza, di cui al cit. art. 22. co. 1, lett. b), non può che essere inteso in senso ampio, posto che la documentazione richiesta deve essere, genericamente, mezzo utile per la difesa dell'interesse giuridicamente rilevante, e non strumento di prova diretta della lesione di tale interesse (cfr. Cons. Stato Sez. V, 25 maggio 2010 n. 3309, 10 gennaio 2007 n. 55 e 7 settembre 2004 n. 5873);

Tra le varie finalità di un movimento politico è insita certamente anche quella di svolgere azioni dirette a verificare la corretta attività sia degli Organi statali che locali allo scopo di portare all'attenzione dei propri associati e, più in generale della pubblica opinione, le relative considerazioni ed i rispettivi punti vista in merito;

Nella fattispecie la richiesta avanzata dall'istante non poteva essere considerata come volontà di esercitare un controllo generalizzato dell'operato dall'Ente, dal momento che la stessa conteneva, non una miriade ed indefinita qualità e quantità di atti e documenti amministrativi, bensì solo quelli riguardanti specifici interventi, con particolare riferimento alla realizzazione dei bagni pubblici.

La richiesta di riesame ha, dunque, trovato accoglimento in quanto nella stessa il Difensore Civico ha ritenuto sussistere tutti gli elementi ed i presupposti previsti dall'art. 10 del D. Lgs. n. 267/2000 e dell'art. 22 della Legge n. 241/90, per quanto concerne l'esistenza di un

interesse generale e concreto all'acquisizione degli atti, nei quali era insita la finalità del Circolo politico (portatore di interessi diffusi) di svolgere azioni a favore dei propri associati;

Del resto si è fatto rilevare che l'art. 10 del D. Lgs. n. 267/2000, secondo una dottrina autorevole consente un accesso agli atti molto più ampio rispetto alla L. 241/90 e che, quindi, la stessa norma si collocherebbe come "legge speciale di settore rafforzata" e perciò prevalente rispetto alle leggi ordinarie, stante il chiaro disposto di cui all'art. 1, comma 4, del richiamato TUEL, il quale sancisce che "*ai sensi dell'art. 128 della Costituzione le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe al presente testo unico se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni*"; tesi questa rafforzata anche dal successivo art. 43 del citato D. Lgs. n. 267/2000, che detta particolari disposizioni pure per l'accesso alle informazioni ed agli atti da parte dei Consiglieri Comunali;

Inoltre, con specifico riferimento all'interesse ambientale, precise disposizioni di legge, consentono a chiunque l'accesso agli atti riguardanti l'impatto ambientale al quale la realizzazione dei bagni pubblici sembra essere riconducibile.

Quanto, infine, al principio di trasparenza dell'azione pubblica il Difensore Civico ha fatto notare come la pubblicità degli atti degli enti locali, prescritta nell'art. 10 del testo unico per gli enti locali, "*non*

attiene alla fase di perfezionamento dell'efficacia dell'atto e non direttamente finalizzata alle esigenze di trasparenza e di partecipazione al procedimento", in quanto parrebbe, invece, che, sia la pubblicità, sia l'accesso costituiscono strumenti, sia pure differenti, rivolti ad attuare, nell'ordinamento, quelle esigenze di trasparenza e partecipazione che da tempo la comunità europea aveva sollecitato e alle quali l'originaria legge del 1985 (da cui deriva, poi, la disposizione di cui alla legge del 1990, prima, e quella del testo unico successivamente) ha dato, infine, una prima attuazione (C.d.S. n. 6789/2004 e n. 1772/2011).

1.10 VARIE - AFFARI GENERALI - RAPPORTI ISTITUZIONALI

1.10.1 L'affidamento in house di un servizio può essere disposto solo in presenza dei requisiti previsti dal legislatore

Particolarmente interessante oltre che complesso sotto il profilo istruttorio è il caso, sottoposto all'attenzione di questo Ufficio da un gruppo di consiglieri di minoranza ed avente ad oggetto la presunta illegittimità della delibera di consiglio con la quale era stato disposto l'affidamento provvisorio e sperimentale, in favore di un società controllata dall'Amministrazione Comunale, del servizio di raccolta, trasporto, trattamento e conferimento dei rifiuti in discarica.

In particolare gli istanti avevano sostenuto l'illegittimità dell'operato dell'organo consigliere in quanto il suddetto provvedimento sarebbe stato adottato in carenza della copertura economica e del requisito del controllo analogo previsto nella fattispecie esaminata.

La questione ha richiesto una preliminare riflessione circa la natura giuridica dell'affidamento in house frutto di elaborazione da parte della giurisprudenza comunitaria.

L'in house providing deroga alla normativa che impone il ricorso alla procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente negli appalti di pubblici servizi e richiede la sussistenza di tre condizioni fondamentali:

- la natura essenzialmente pubblica del capitale della società affidataria;
- il controllo analogo, sulla società affidataria, da parte dell'ente, o degli enti pubblici, titolari del capitale sociale;
- la destinazione prevalente dell'attività.

In particolare, secondo la più acclarata giurisprudenza in materia, sussiste il controllo analogo allorquando l'ingerenza dell'ente controllante sull'ente controllato si realizza, non tanto sotto il profilo formale, quanto sotto quello sostanziale nel senso che la società controllante esercita un potere di direzione, coordinamento e supervisione sui più importanti atti di gestione della società controllata tale da impedire, in concreto, l'attuazione delle politiche aziendali che di fatto incidono sulla concorrenza.

Per quando concerne l'ulteriore requisito della "*destinazione prevalente dell'attività*", la stessa giurisprudenza ritiene soddisfatto il criterio della prevalenza quando l'affidatario diretto non fornisce la propria attività ed i propri servizi a soggetti diversi dall'ente o enti pubblici che la controllano, ovvero li fornisca in misura

quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali ed, in ogni caso, fuori dalla competenza territoriale dell'ente controllante.

Per poter inquadrare la fattispecie nell'ambito *dell'in house providing* e, quindi, legittimare l'affidamento eseguito dall'Amministrazione Comunale in favore della Società X il Difensore Civico ha fatto dunque rilevare che occorreva preliminarmente accertare la sussistenza degli elementi costitutivi dell'istituto in mancanza dei quali l'ente controllato avrebbe dovuto ritenersi soggetto terzo rispetto all'amministrazione controllante.

Dalla disamina della documentazione in atti è emerso che, con deliberazione consiliare, l'Amministrazione Comunale in questione aveva proceduto all'affidamento, provvisorio e sperimentale, in house del servizio di raccolta, trasporto, trattamento e conferimento dei rifiuti di discarica in favore della Società X, dopo aver aderito, con successiva delibera, alla trasformazione della predetta Società da S.r.l. in S.p.a.

L'esame condotto sugli Statuti societari ha portato questo Ufficio ad escludere la presenza degli elementi costitutivi dell'affidamento in house nell'atto costitutivo della Società X S.r.l. ma non in quello della Società X S.p.a.

Infatti, la partecipazione pubblica totalitaria emersa nello Statuto della S.r.l. appariva sì un elemento necessario ma non sufficiente ad

integrare il requisito del “*controllo analogo*” che richiede, a giudizio della Corte di Giustizia Europea, la sussistenza di ulteriori presupposti quali:

- la mancanza di rilevanti poteri gestionali da parte del Consiglio di Amministrazione della Società in house;
- l'esercizio, da parte dell'ente pubblico, di maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale;
- la mancanza, da parte dell'impresa, di una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell'ente pubblico;
- il vaglio preventivo dell'ente affidante sulle decisioni più importanti della società.

Il Difensore Civico ha fatto notare come lo Statuto della Società X S.r.l. avesse previsto la competenza dell'Amministratore Unico e del Consiglio di Amministrazione, in ordine all'ordinaria e straordinaria amministrazione della società, e, in particolare, la facoltà di compiere tutti gli atti opportuni per il conseguimento dell'oggetto sociale, esclusi quelli che la legge e lo statuto riservano all'assemblea, attribuendo a tali organi ampi poteri in tal senso.

Questa clausola, sebbene piuttosto ricorrente negli statuti delle società di capitali a prevalente partecipazione pubblica ed in linea con le disposizioni civilistiche, ha rappresentato la prova inconfutabile e certa