

Il caso ha avuto origine dalla richiesta, da parte di un cittadino, di accesso agli atti di un procedimento amministrativo, avviato da una pubblica amministrazione su un immobile di proprietà di un terzo, al fine di tutelare i propri interessi in un procedimento civile.

A detta istanza, l'amministrazione aveva dato, però, negativo riscontro comunicando il diniego di accesso agli atti in ragione della necessità di assicurare protezione dei dati sensibili del terzo.

Con provvedimento decisorio, il Difensore Civico Regionale ha accolto il ricorso, evidenziando come, dal combinato disposto degli artt. 24, comma 7 della legge 241 del 1990 e 60 del decreto legislativo 196 del 2003, si desume che quando il diritto di accesso ai documenti è preordinato all'esercizio della difesa in giudizio dei propri diritti e interessi legittimi, siffatto diritto deve poter essere esercitato anche quando si tratta di accedere a dati relativi a terzi.

In particolare, per il Difensore Civico, in questo senso depono la natura del diritto di difesa in giudizio il quale, essendo protetto al più alto livello delle fonti normative (art. 24 Cost), costituisce posizione giuridica riconducibile al catalogo dei diritti di pari rango rispetto alla riservatezza, per assicurare i quali la tutela della cd privacy può soffrire limitazioni non trattandosi di valore incompressibile in senso assoluto.

1.11 VARIE – AFFARI GENERALI – RAPPORTI ISTITUZIONALI

1.11.1 E' illegittima la clausola che esclude la produzione di copia conforme di un atto o di un documento in luogo dell'originale

Due cittadine si sono rivolte a questo Ufficio per segnalare l'esclusione, disposta nei loro confronti da un Ente pubblico, dalla selezione avente ad oggetto l'erogazione del finanziamento di voucher per la formazione universitaria e per l'alta formazione.

In particolare, le istanti sarebbero state escluse dal suddetto finanziamento per aver prodotto la documentazione giustificativa della spesa in copia conforme all'originale anziché in originale, come richiesto dal bando di partecipazione.

All'esito dell'istruttoria condotta sugli atti, il Difensore Civico Regionale ha evidenziato l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione rilevando come la disciplina della *lex specialis*, in modo assolutamente restrittivo, avesse escluso la possibilità, per i partecipanti alla procedura selettiva, di produrre, in copia conforme all'originale, la documentazione attestante le spese sostenute per l'iscrizione e la frequenza dei percorsi formativi in palese violazione dell'art. 18 del D.R.P. 445/2000.

Per espressa previsione di legge, infatti, la copia autentica (o copia conforme) di un atto o di un documento può essere validamente prodotta in luogo dell'originale dal momento che l'autenticazione da parte del pubblico ufficiale, garantisce, fino a querela di falso, la riproduzione fedele e duratura dell'atto o del documento.

Altresì infondata è stata ritenuta l'interpretazione resa dall'Ufficio competente, in seguito ai chiarimenti richiesti da questa difesa civica, in ordine alla ratio normativa dell'art. 60, lett. b) del Regolamento CE n. 103/2006 che attribuisce all'Autorità di Gestione il potere di effettuare verifiche volte ad accertare che le spese dichiarate dai beneficiari siano reali al fine di evitare doppi finanziamenti delle stesse; la citata disposizione normativa, infatti, a giudizio di questo Ufficio, pur prescrivendo all'Autorità di Gestione controlli sulla effettività delle spese, tuttavia non obbliga l'Amministrazione precedente, in sede di erogazione dei relativi finanziamenti, ad acquisire i documenti di spesa esclusivamente in originale derogando alla previsione di cui al richiamato art. 18.

Nella fattispecie, dunque, il Difensore Civico, ritenendo fondata la pretesa delle istanti, ha invitato l'amministrazione ad attivarsi per l'annullamento, in autotutela, della determinazione di esclusione delle

ricorrenti rappresentando, in ogni caso, a quest'ultime, la possibilità di tutelare i loro interessi attraverso le opportune sedi giudiziarie.

1.11.2 Il bando di gara è immediatamente impugnabile se contiene clausole escludenti che impediscono la presentazione dell'offerta

E' stato richiesto a questo Ufficio un parere in ordine alla legittimità della clausola contenuta in un bando di gara avente ad oggetto l'affidamento del servizio di raccolta di rifiuti urbani con la quale un'amministrazione comunale avrebbe richiesto, tra i requisiti di partecipazione, l'aver prestato servizio, nell'ultimo triennio, in un comune riconosciuto ad economia prevalentemente turistica ai sensi dell'art. 12, comma 3, Dlgs 114/98.

La richiesta d'intervento, in particolare, sarebbe stata motivata dalla circostanza che detta clausola avrebbe, di fatto, limitato la possibilità di partecipazione alle imprese che avevano prestato tale servizio nel territorio regionale a causa dell'abrogazione, nell'anno 2006, della L.R. n. 22/1999 avente ad oggetto *"Individuazione dei comuni a prevalente economia turistica, città d'arte e comuni di interesse storico-artistico-culturale"*.

Questa difesa civica, esaminati gli atti di gara, ha fatto rilevare come, per consolidata giurisprudenza, la stazione appaltante, nell'ambito della

propria discrezionalità, possa legittimamente fissare requisiti di partecipazione alla singola gara anche superiori rispetto a quelli previsti dalla legge, essendo coesistente il potere-dovere di apprestare, attraverso la specifica individuazione dei requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara, gli strumenti e le misure più adeguati, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare.

Tale scelta, rientrando nell'ambito della discrezionalità amministrativa, è insindacabile, salvo il caso in cui la stessa risulti manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica e contraddittoria, nonché lesiva della concorrenza, dovendosi valutare la ragionevolezza dei requisiti non in astratto, ma in correlazione all'oggetto dell'appalto.

In sostanza, è necessario che la discrezionalità della stazione appaltante nella fissazione dei requisiti sia esercitata in modo tale da non correre il rischio di restringere in modo ingiustificato lo spettro dei potenziali concorrenti o di realizzare effetti discriminatori tra gli stessi, in linea con quanto stabilito dall'art. 44, par. 2 della direttiva 2004/18/CE secondo il quale i livelli minimi di capacità richiesti per un determinato appalto devono essere connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto stesso. (*Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 3083; Cons. Stato, Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655*).

Con riferimento alle gare pubbliche sono individuabili due interessi sostanziali in capo alle singole imprese: quello relativo alla partecipazione alla gara e quello relativo all'aggiudicazione della stessa.

Se appare incontestabile che la presenza nella *lex specialis* di una disciplina, favorevole per alcuni concorrenti e penalizzante per altri, possa ritenersi astrattamente in grado di pregiudicare l'interesse di quest'ultimi a conseguire l'aggiudicazione, tuttavia, la sussistenza di una tale astratta possibilità non può di per sé giustificare la proposizione di un gravame avverso il bando, in assenza di un provvedimento di aggiudicazione ad altro concorrente, che viene ad attualizzare e rendere effettiva e concreta la lesione dell'interesse sostanziale dell'impresa penalizzata a conseguire l'aggiudicazione.

In sostanza, non si può escludere a priori che la previsione di una disciplina di gara penalizzante per un'impresa partecipante possa dimostrarsi irrilevante al fine dell'espletamento della procedura concorsuale, in quanto non può essere aprioristicamente escluso che, nonostante tale disciplina, l'impresa penalizzata riesca comunque a conseguire l'appalto.

In altre parole, occorre distinguere tra clausole discriminatorie che impediscono ad un'impresa di formulare un'offerta valida e clausole

discriminatorie che precludono la possibilità di formulare un'offerta competitiva rispetto a quelle di altri potenziali concorrenti.

Nella fattispecie, la richiesta in ordine alla dimostrazione, da parte del concorrente, *“di aver svolto nell'ultimo triennio, il servizio di raccolta e trasporto di rifiuti urbani in almeno un Comune costiero riconosciuto per legge come “Comune ad economia prevalentemente turistica e/o città d'arte” (con riferimento all'art. 12, comma 3, del Dlgs. 114/98)”*, è apparsa potenzialmente lesiva della concorrenza in quanto avrebbe impedito, di fatto, la partecipazione alla gara degli operatori attivi sul mercato abruzzese stante la mancata individuazione, da parte della Regione Abruzzo, dei Comuni a prevalente vocazione turistica.

A giudizio di questa difesa civica, il bando in questione, così come formulato, avrebbe potuto essere oggetto di immediata ed autonoma impugnazione, considerato che la domanda di partecipazione si sarebbe risolta in un adempimento formale cui sarebbe seguito, inevitabilmente, un atto di esclusione con un risultato analogo a quello di un'originaria preclusione e, perciò, privo di un'effettiva utilità pratica. (*TAR Lazio, Roma, Sez. II, sentenza 20.2.2013, n. 1884*).

Del tutto incomprensibile è apparsa, inoltre, la ragione per la quale la Stazione Appaltante aveva richiesto, ai fini della dimostrazione della capacità

tecnica, l'aver svolto un servizio identico a quello oggetto dell'appalto, atteso che tale requisito non rispondeva ad uno specifico interesse pubblico.

Infatti, se con la *lex specialis* di gara è possibile richiedere di dimostrare il pregresso svolgimento di servizi analoghi, tuttavia, non è consentito alla stazione appaltante di escludere i concorrenti che non hanno svolto tutte le attività rientranti nell'oggetto dell'appalto, né di assimilare impropriamente il concetto di servizi analoghi con quello di servizi identici considerato che la ratio delle clausole restrittive è proprio quella di perseguire un opportuno contemperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche (*A.V.C.P. parere 19.11.2009 n. 135*) che, nella fattispecie, è stata totalmente disatteso.

1.11.3 Il provvedimento amministrativo non è annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto dello stesso non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato

Si è rivolto a questo Ufficio un cittadino per segnalare la presunta illegittimità di un provvedimento amministrativo comunale avente ad oggetto il rilascio di una concessione edilizia in sanatoria realizzata su un terreno confinante con quello dell'istante.

In particolare il ricorrente aveva eccepito, da un lato, l'illegittimità del provvedimento per mancato rispetto delle norme urbanistiche, dall'altro per mancata comunicazione dell'avvio del relativo procedimento nei propri confronti ai sensi dell'art. 7 della L. 241/90 s.m.i..

A seguito della rituale richiesta di chiarimenti in ordine alla questione sottoposta alla propria attenzione e preso atto delle deduzioni formulate dall'amministrazione interessata, il Difensore Civico Regionale, sotto il primo profilo, ha comunicato l'improcedibilità dell'istanza in quanto la questione era risultata essere stata oggetto d'indagine da parte della Procura della Repubblica che, effettuati gli opportuni controlli, ne aveva disposto l'archiviazione.

Tale circostanza, considerato soprattutto il ruolo e la funzione del Difensore Civico, avrebbe fatto venir meno la possibilità di ogni valutazione, nel merito, da parte di questo Ufficio.

Quanto all'ulteriore questione sollevata dall'istante, in ordine alla presunta illegittimità del provvedimento di condono edilizio, per mancata preventiva comunicazione dell'avvio del procedimento da parte dell'Amministrazione Comunale, questo Ufficio ha osservato che sebbene il suddetto obbligo, ai sensi dell'art. 7 della legge 241/90, sia strumentale ad esigenze di conoscenza effettiva di partecipazione all'azione amministrativa

da parte del cittadino nella cui sfera giuridica l'atto conclusivo del procedimento è destinato ad incidere, l'omissione di tale formalità non vizia, tuttavia, il provvedimento quando il contenuto di quest'ultimo sia interamente vincolato, pure con riferimento ai presupposti di fatto.

L'art. 21 octies della Legge 241/90 stabilisce, infatti, la non annullabilità del provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La richiamata disposizione normativa precisa, inoltre, che il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto dello stesso non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

La disposizione citata è inserita nel capo IV bis della legge sul procedimento amministrativo, introdotto dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, che ha messo a punto, per la prima volta, una esaustiva disciplina della patologia del provvedimento amministrativo.

Oltre a positivizzare l'istituto della nullità, la novella del 2005 ha previsto, con l'art. 21 octies, ipotesi di illegittimità formali o procedurali cui non segue necessariamente l'annullamento dell'atto.

La suddetta previsione ha suscitato un vivace dibattito dottrinario e giurisprudenziale in ordine alla *ratio* sottesa all'istituto ed alla natura, sostanziale o processuale, della norma in commento. Secondo un primo orientamento, infatti, i vizi di cui all'art. 21 octies, L. 241/1990, integrerebbero mere irregolarità dei provvedimenti amministrativi, inidonee, come tali, a giustificare la sanzione dell'annullamento dell'atto.

A tale tesi si obietta, tuttavia, che, mentre la irregolarità, in quanto vizio che inficia la validità del provvedimento, consegue ad un giudizio *ex ante* ed in astratto, il meccanismo descritto dall'art. 21 octies comporta la non annullabilità dell'atto, all'esito di una valutazione condotta dal giudice *ex post* ed in concreto, ferma restando l'attitudine del vizio, di volta in volta considerato, a determinare, astrattamente, la illegittimità del provvedimento dal medesimo inficiato.

Altri ritengono che l'art. 21 octies, L. 241/1990, costituisca applicazione del principio del raggiungimento dello scopo, codificato nell'art. 156, comma 3, c.p.c., norma che esclude la possibilità di pronunciare la nullità di un atto processuale, allorquando lo stesso abbia raggiunto lo scopo cui è preordinato.

Senonché, la richiamata disposizione normativa, prescinderebbe dalla valutazione (del raggiungimento) dello scopo della disposizione formale o

procedurale violata avendo riguardo esclusivamente al contenuto del provvedimento viziato (*cf. Cons. Stato, sez. VI, n. 5260/2006*).

L'interpretazione prevalente ritiene, dunque, che la previsione in parola risponda alla diversa *ratio* del raggiungimento del risultato: l'annullamento dell'atto è precluso in quanto il privato destinatario non potrebbe ricavarne alcuna utilità, essendo il provvedimento, contenutisticamente corretto, destinato ad essere riprodotto nei medesimi termini.

Nella fattispecie, pertanto, essendo stata la questione sottoposta al vaglio della Procura, che non ha ritenuto di adottare alcun provvedimento nei confronti dell'Amministrazione Comunale in relazione al contenuto del provvedimento in questione, questo Ufficio, a prescindere dal merito tecnico, non ha ritenuto sussistere gli estremi per ottenere una pronuncia di illegittimità da parte del competente Tribunale.

1.11.4 Ritardo nella conclusione di procedimenti amministrativi

Ha richiesto l'intervento del Difensore Civico Regionale un cittadino lamentando un ingiustificato ritardo nella conclusione del procedimento relativo all'alienazione di un bene comunale che lo stesso si era aggiudicato mediante procedura di evidenza pubblica.

A seguito di reiterati solleciti, l'Amministrazione Comunale ha rappresentato che il provvedimento di aggiudicazione avrebbe dovuto essere sottoposto al vaglio del Consiglio Comunale.

Il Difensore Civico, nell'esprimere perplessità circa l'irritalità del passaggio in Consiglio Comunale di provvedimenti di natura gestionale quali quelli relativi al procedimento di aggiudicazione di un bene comunale, ha richiesto all'Ente di esprimersi circa la conclusione del procedimento, ricordando che la Legge 241/90, così come novellata dalla L.69/09 stabilisce, all'art. 2 cpv, che i procedimenti amministrativi di competenza delle P.A. debbano concludersi entro 30 giorni dall'avvio, fatta salva la possibilità dell'Amministrazione di autoregolamentarsi, secondo i propri ordinamenti, stabilendo termini non superiori a 90 giorni, e ribadendo che in nessun caso tali termini possano protrarsi entro i 180 giorni.

Un ingiustificato e prolungato ritardo nella conclusione del procedimento, avrebbe potuto ingenerare, nel ricorrente, una richiesta di ristoro economico, anche ai sensi del Decreto Legge 21.06.13 n. 69 "*Decreto del Fare*", nonché responsabilità di tipo erariale in capo all'Amministrazione, per ritardata riscossione dei proventi derivanti dall'alienazione del bene.

Dinanzi alle osservazioni espresse da questo Ufficio, l'Amministrazione Comunale ha provveduto a concludere il procedimento in questione, adottando il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore dell'istante.

1.11.5 Non vi è l'obbligo di iscrizione AIRE per i cittadini trasferitisi temporaneamente all'estero

Si è rivolta all'Ufficio del Difensore Civico un'insegnante statale di ruolo del MIUR, in posizione di comando presso il Ministero degli Affari Esteri ed in servizio c/o un Istituto statale in una Nazione non UE.

L'interessata aveva segnalato che la rappresentanza diplomatica italiana presente nello Stato Estero nel quale la stessa si trovava, aveva reso noto che avrebbe provveduto a richiedere alle amministrazioni comunali di residenza del personale scolastico di ruolo in servizio presso le loro Scuole, l'iscrizione d'ufficio all'AIRE, sulla base della previsione di cui all'art. 1, comma 8, L. 27.10.1988 n. 470.

Tale iscrizione avrebbe comportato la perdita di diversi benefici fiscali da parte dell'istante all'interessata quali, ad esempio, l'agevolazione ai fini dell'IMU, il beneficio del tasso agevolato sul mutuo prima casa e indetraibilità fiscale dei relativi interessi passivi, l'assistenza medico-generica, specialistica e farmaceutica da parte del SSN, ecc.

Con proprio autorevole parere, il Difensore Civico Regionale ha rappresentato che la cittadina non sarebbe rientrata nella categoria dei soggetti che, in base alla legge menzionata (artt. 1 e 2), sono iscrivibili all'AIRE, poiché l'attività lavorativa dalla stessa svolta presso la Nazione Estera, su incarico del Ministero degli Affari Esteri, sarebbe stata di natura temporanea, essendo previsto il suo rientro nei ruoli metropolitani, a far data dall'01.09.2015.

Di conseguenza, non trattandosi di trasferimento permanente all'estero, la cittadina sarebbe dovuta rimanere iscritta all'anagrafe della popolazione del Comune italiano di residenza.

La *ratio* di tale affermazione trova conferma nella lettura del combinato disposto degli artt. 1, comma 2, e 2 comma 1, lett. a) della L. 27.10.1988 n. 470 che prevedono espressamente che *"Le anagrafi dei comuni sono costituite da schedari che raccolgono le schede individuali e le schede di famiglia eliminate dall'Anagrafe della popolazione residente in dipendenza del **trasferimento permanente** all'estero delle persone cui esse si riferiscono ..."* e *"l'iscrizione nelle anagrafi degli italiani residenti all'estero viene effettuata: **per trasferimento della residenza** da un comune italiano all'estero, dichiarato o accertato a norma del regolamento di esecuzione*

della L. 24.12.1954 n° 1228, sull'ordinamento delle anagrafi della popolazione residente ...".

Dalle richiamate disposizioni si evince, in modo chiaro e non equivoco, che l'iscrizione all'AIRE è subordinata al trasferimento permanente all'estero, dei cittadini italiani con conseguente trasferimento della residenza.

La fattispecie in esame non sarebbe rientrata, pertanto, nella predetta disposizione normativa, in quanto la cittadina aveva fissato la propria residenza nel territorio del Comune abruzzese e, pur avendo segnalato alla relativa Anagrafe il suo trasferimento temporaneo all'estero per ragioni di lavoro, aveva mantenuto, com'era in suo diritto, la residenza presso il proprio Comune.

Ai sensi dell'art. 3, comma 2, DPR 30.5.1989 n. 223, riguardante l'iscrizione in anagrafe del cittadino che si trova all'estero, successiva alle disposizioni di cui alla L. 470/1988, "*Non cessano di appartenere alla popolazione residente le persone temporaneamente dimoranti in altri comuni o all'estero per l'esercizio di occupazioni stagionali o per causa di durata limitata*".

La norma, ha precisato il Difensore, statuisce chiaramente che la persona dimorante temporaneamente all'estero per *causa di durata limitata* continua ad essere iscritta nell'anagrafe del Comune italiano, nel quale ha