

ACCESSO DEL CONSIGLIERE REGIONALE

c. a. Direttore Generale

.....

PEC:

OGGETTO: Accesso di un consigliere regionale ad atti di gara, durante lo svolgimento della procedura ad evidenza pubblica, prima dell'aggiudicazione.

E' pervenuta a questa Commissione richiesta di parere da parte della di avente ad oggetto – in primo luogo - la accessibilità, da parte del consigliere regionale, degli atti di gara durante lo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica prima che intervenga l'aggiudicazione. In secondo luogo l'amministrazione richiede alla Commissione se al consigliere regionale possa essere ostesa, ed eventualmente entro quali limiti, la proposta presentata nell'ambito di una procedura di partenariato pubblico privato, avviata su iniziativa privata ai sensi dell'art. 183, comma 15 del dlgs 50/2016. In particolare, nel caso di specie, si tratta dello “studio di fattibilità relativo alla realizzazione del nuovo ospedale di che allo stato è oggetto di valutazione finalizzata alla dichiarazione eventuale del pubblico interesse e dunque di fattibilità”.

Sulle richieste di parere così avanzate si osserva quanto segue.

La Commissione ha avuto modo di pronunciarsi numerose volte in merito all'ampiezza dei poteri di accesso dei consiglieri *comunali* in virtù dell'art. 43 del TUEL d. lgs. 267/2000 secondo il quale il consigliere comunale ha diritto di ottenere dagli uffici del comune, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, “tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato” e il diritto d'accesso loro riconosciuto non può essere compresso neppure per esigenze di tutela di riservatezza dei terzi con riferimento ai dati sensibili, eventualmente contenuti nei documenti oggetto di accesso, in quanto il consigliere stesso è tenuto al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge.

Analoghi poteri nel caso di specie, si precisa, sono espressamente attribuiti ai consiglieri regionali dall'art. 30 dello Statuto della Regione, che richiama il contenuto della predetta norma del TUEL.

In tema di appalti però, si rileva, la *lex specialis* è costituita, *ratione materiae*, dall' art. 53 D.lgs. 50/2016, (già art. 13 D.lgs. 163/2006) che reca una particolare disciplina per l'accesso agli atti afferenti alle procedure ad evidenza pubblica finalizzate alla stipulazione di appalti o concessioni di servizi.

In tal senso la Commissione richiama il chiarimento fornito dall'Anac nel parere n. 317 del 29 marzo 2017, con il quale è stato ribadito che la disciplina dettata dall'articolo 53 del d.lgs. 50/2016 in tema di accesso agli atti di gara, prevale, in quanto norma speciale, rispetto al diritto di accesso della legge

241/1990, nonché al diritto di accesso riconosciuto ai consiglieri comunali – e quindi per estensione anche ai consiglieri regionali - nei confronti degli atti della propria amministrazione.

Tale norma dispone che, salvo quanto espressamente previsto nello stesso codice dei contratti pubblici, “il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241”.

Il comma 2 del predetto articolo 53 dispone che: “Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:

- a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;
- b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;
- c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione;
- d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione.

A tal riguardo l'ANAC ha precisato che il differimento già riconosciuto dall'art. 13 del D.lgs. 163/2006 e ora previsto dall'art. 53 del D.lgs. 50/2016 fino al momento dell'aggiudicazione (definitiva) risponde all'esigenza 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”*. Proprio in ragione di tale tutela del regolare esercizio dell'azione amministrativa nonché della tutela del principio di libera concorrenza nel mercato delle gare pubbliche, unitamente al rapporto di specialità che caratterizza la materia dei contratti pubblici (e del connesso accesso agli atti) rispetto alla legge generale sull'accesso di cui alla L. 241/1990, appare legittimo – secondo l'orientamento dell'Autorità – differire, ma non certamente negare, l'accesso alla documentazione di gara (...) anche qualora lo stesso sia richiesto da consiglieri comunali per le finalità previste dall'art. 43 del TUEL.

Di conseguenza, prima dell'aggiudicazione, anche a fronte di un'istanza di accesso di consiglieri comunali, può essere fatto valere il limite del differimento.

Nel caso di specie, oggetto del presente parere, appare pertanto legittimo il comportamento tenuto dalla amministrazione adita la quale, lungi dal negare l'accesso ai richiedenti consiglieri regionali,

si è limitata a disporre il differimento fino alla aggiudicazione al fine di impedire turbative delle operazioni di gara.

Le riportate argomentazioni valgono, ad avviso della Commissione, anche con riguardo alla procedura di partenariato pubblico e privato (PPP) - di cui al secondo punto della richiesta di parere *de qua* - anche sulla considerazione che l'art. 179 del nuovo codice dei contratti pubblici individua tra le disposizioni applicabili alle procedure di affidamento tramite PPP quelle di cui alla parte I, III, V e VI, in quanto compatibili, e che il seguente art. 181 al comma 1 prescrive espressamente che nel PPP l'individuazione del partner avvenga mediante lo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica.

La Commissione, in merito, ritiene di aderire all'orientamento giurisprudenziale del Tar Veneto (Sez I) che con sentenza 1128 del 2011 - relativa ad una ipotesi di richiesta di accesso dei consiglieri comunali agli atti del PEF (piano economico finanziario) in una procedura di Project Financing - ha statuito che *“se è vero che i consiglieri comunali hanno diritto di accedere a tutti gli atti che possano essere di utilità all'espletamento del loro mandato, è altresì vero che tale diritto - che nel caso di specie non è stato negato, ma soltanto differito ad un momento successivo alla pubblicazione del bando di gara – non può estendersi fino al punto di pregiudicare gli interessi dell'Amministrazione e degli stessi partecipanti (e, in particolare, del promotore) alla successiva gara ad evidenza pubblica per la realizzazione del progetto dichiarato di pubblico interesse nell'ambito di un procedimento di project financing, ove il PEF costituisce il parametro fondamentale per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; che la divulgazione del PEF ai consiglieri comunali altererebbe certamente la “par condicio” tra i concorrenti, atteso che la segretezza delle offerte è elemento fondamentale per la trasparenza e per la regolarità della gara (...)”*

Alla luce di tutte le suesposte considerazioni la Commissione ritiene legittimo il differimento opposto dalla amministrazione all'accesso richiesto dai consiglieri regionali.

(Parere reso dalla Commissione per l'accesso nella seduta del 9 ottobre 2019)