



CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO AMMINISTRATIVO

CICLO XXIX

ANAC: un nuovo modello di Autorità Indipendente?

Dottorando: Vincenzo Volpe

Tutor: Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli

Coordinatore: Prof. Giuseppe Grisi

INDICE

I. Introduzione

II. Origini e caratteri delle Autorità Amministrative Indipendenti

III. Evoluzione normativa dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

3.1 AVCP

3.2 CIVIT

3.3 Il decreto legge n. 90 del 2014, la soppressione dell’AVCP, il rafforzamento dei poteri della nuova ANAC

IV. Novità introdotte dal d.lgs 18 aprile 2016 n. 50

4.1 Attribuzione indiscriminata di nuovi poteri

V. Le linee Guida

5.1 Fonti e Tipologie di linee guida individuate dal d.lgs. n. 50/2016

5.2 Qualificazione giuridica delle linee guida

5.2.1 Le linee guida approvate con decreto ministeriale

5.2.2 Le linee guida “vincolanti” e “non vincolanti”

5.2.3 Problemi applicativi e criticità sistemiche

VI. Il Precontenzioso

6.1 Il parere di precontenzioso

6.1.1 Ambito oggettivo di applicazione dell’articolo 211, comma 1

6.1.2 Natura giuridica ed effetti del parere

6.1.3 Criticità e problemi applicativi

6.1.4 Regolamento sui pareri di precontenzioso

6.1.5 Prime applicazioni dell’articolo 211, comma 1

6.2 Potere di raccomandazione (art. 211, comma 2)

6.2.1 Autotutela amministrativa

6.3 Questioni inerenti l'impugnazione dei pareri di precontenzioso e delle raccomandazioni dell'ANAC

6.4 Differenze e similitudini tra l'art. 21 bis della legge n. 287/1990 e l'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016

VII. Il Potere sanzionatorio

7.1 Il potere sanzionatorio amministrativo pecuniario in materia di contratti pubblici

7.2 I Poteri sanzionatori in materia di vigilanza (d.lgs 97 del 25 maggio 2016)

VIII. Conclusioni: Differenze tra nuova e vecchia disciplina, criticità e prospettive.

I. INTRODUZIONE

La trattazione che segue ha lo scopo di esaminare gli amplissimi poteri e funzioni attribuiti all'Autorità nazionale anticorruzione dal nuovo codice dei contratti pubblici.

In particolare si concentrerà l'attenzione su quegli aspetti più problematici che in questi primi mesi di applicazione del nuovo codice (ma a dire il vero già nella fase antecedente alla sua entrata in vigore) hanno sollevato le maggiori discussioni in dottrina.

Dalla disamina dei poteri attribuiti all'ANAC dal nuovo codice dei contratti pubblici, ne emergerà una figura di Autorità di settore *sui generis* che non conosce eguali nell'esperienza nazionale.

In particolare, come si vedrà, mentre l'elaborazione tradizionale in tema di *Authorities* solitamente distingue da un lato un modello di Autorità di regolazione dei mercati (con funzione principalmente regolatoria), e dall'altro un modello regolativo-giustiziale (con funzioni di vigilanza e di *adjudication*), al contrario il modello che emerge dal nuovo 'Codice' accorpa di fatto le due tipologie di funzioni.

Ulteriore aspetto che lascerà propendere per una figura di assoluta novità rispetto al modello che ha sinora caratterizzato l'esperienza nazionale in tema di Autorità amministrative indipendenti riguarda il requisito dell'indipendenza. Come si avrà modo di vedere, infatti, uno degli elementi "tipici" delle *Authorities* è la particolare posizione di autonomia e indipendenza (*in primis*: rispetto all'Esecutivo) allo scopo di garantire una maggiore imparzialità e neutralità nei confronti degli interessi coinvolti.

Ebbene in riferimento all'Autorità Nazionale Anticorruzione è prevista una particolarissima forma di sostanziale cogestione della funzione regolatoria con il Governo (ci si riferisce, in particolare, alle «linee guida di carattere generale

proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti» di cui all'articolo 1, comma 5 della legge di delega, in più punti ripreso nell'ambito del nuovo "Codice").

Un'ulteriore peculiarità del modello di Autorità che emerge dal testo del nuovo Codice è rappresentata dal diffuso riconoscimento all'ANAC di compiti di vera e propria amministrazione attiva, come quelli relativi alla tenuta di Albi e registri, non sempre coesenziali all'esercizio dei richiamati poteri di vigilanza e controllo (basti pensare alla tenuta e all'aggiornamento dell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle Commissioni giudicatrici di cui all'articolo 78, nonché alla tenuta dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti e dell'elenco dei soggetti aggregatori).

Ci si soffermerà quindi sulla disciplina del precontenzioso, che rappresenta senza dubbio uno degli aspetti più peculiari e problematici dei nuovi poteri attribuiti all'ANAC.

La legge delega ha infatti tentato di raggiungere un punto di equilibrio tra il rafforzamento dei poteri decisorii dell'ANAC nella fase precontenziosa e l'esigenza di non istituire un modello paragiurisdizionale foriero di possibili sovrapposizioni e incertezze¹.

Tuttavia, nella stesura del Codice si è introdotto nel sistema una disposizione (si tratta dell'articolo 211, comma 2) il cui effetto è quello di rendere di fatto vincolate il contenuto del parere di precontenzioso e addirittura sanzionabile il comportamento del dirigente che non si conformi al relativo contenuto.

La disposizione in questione suscita perplessità sia in relazione all'effettiva compatibilità con il generale principio di legalità che opera anche nella materia sanzionatoria amministrativa (si osserva al riguardo che la previsione dell'articolo 211 non rinviene apparentemente un fondamento puntuale nell'ambito della legge di delega) sia per avere introdotto una sorta di presunzione legale di correttezza e legittimità dei pareri di precontenzioso resi dall'ANAC, secondo un

¹ Non a caso il criterio *t*) della legge di delega ha chiarito la volontà del legislatore di escludere qualunque forma di attribuzione di poteri paragiurisdizionali all'Autorità, chiarendo che «[resta sempre] salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa».

modello che rappresenta un *unicum* nell'ambito del panorama giuridico nazionale.

In conclusione si tenterà di rispondere all'interrogativo se alla luce delle novità introdotte sia ancora corretto riferirsi all'ANAC come una autorità amministrativa indipendente oppure se si sia introdotto un nuovo modello di (super) Autorità.

II. Origini e caratteri delle Autorità Amministrative Indipendenti

Preliminarmente all'analisi sul ruolo dell'ANAC e sui poteri e funzioni attribuite dal nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) appare opportuno ripercorrere brevemente il panorama delle Autorità amministrative indipendenti, le ragioni della loro ascesa, la natura giuridica, il ruolo e in generale le funzioni.

La genesi del fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti trova le sue radici nello sviluppo dell'organizzazione dell'apparato amministrativo statale e nel riparto delle competenze da questo operato.

Secondo il modello di Stato elaborato dal filosofo francese Montesquieu la competenza amministrativa veniva concepita come un apparato centrale ed uno periferico, di tipo piramidale, con il vertice occupato dai singoli ministeri. Con l'aumento delle funzioni e dei compiti dello Stato la struttura elaborata dal filosofo francese iniziò a subire alcune trasformazioni. Divenne necessaria la creazione di strutture amministrative, gli enti pubblici, che si adattassero maggiormente allo svolgimento dei nuovi compiti e che non fossero vincolate alle burocrazie tipiche dei ministeri.

Con il tempo e con lo sviluppo del principio di sussidiarietà si è assistito ad una progressiva privatizzazione al fine di incrementare il potere e l'autonomia amministrativa di quegli enti collocati in posizione più vicina rispetto ai cittadini ed alle loro esigenze. Il naturale sviluppo di questa esigenza è stata l'affermazione di un nuovo modello di entità amministrativa caratterizzato da un'alta imparzialità dal potere politico e dall'apparato ministeriale, in grado quindi di operare in settori pubblici particolarmente delicati definiti sensibili.

Riassumendo è possibile ritenere che la genesi delle autorità indipendenti, pur nella eterogeneità delle singole situazioni, sia dovuta al fallimento dell'organizzazione amministrativa classica e del potere giudiziario nella gestione

e regolazione di settori sensibili. L'organizzazione amministrativa è infatti apparsa incapace di controllare e gestire le problematiche afferenti materie caratterizzate da un notevole tasso di tecnicismo.

Altra ragione va poi ricondotta ad una esigenza di autonomia e imparzialità degli enti e degli organi amministrativi nei confronti del potere politico, che si atteggia diversamente a seconda del momento politico e delle caratteristiche operative necessarie.

Nel panorama legislativo nazionale non esiste una legge che disciplini gli aspetti comuni dell'autorità indipendenti o che le definisca come tali. Per questa ragione risulta difficoltoso indicare in modo puntuale le caratteristiche comuni in senso assoluto a tutte le autorità indipendenti.

E' possibile tuttavia individuare alcune peculiarità e funzioni tipiche:

- a) **funzioni amministrative classiche**: le autorità amministrative indipendenti, anche se in posizione di indipendenza rispetto all'apparato amministrativo centrale, possono senz'altro esercitare funzioni autoritative o di amministrazione attiva tipiche delle pubbliche amministrazioni, rimanendo comunque condizionate dalla necessaria coerenza con le manifestazioni amministrative di altri organi dell'amministrazione;
- b) **funzioni giurisdicenti**: le autorità svolgono una funzione di garanzia dell'applicazione della legge nel settore di riferimento, risolvendo i conflitti, vigilando sugli operatori e sanzionando le inosservanze. Sono riconducibili alle funzioni giurisdicenti i poteri normativi (ove le autorità siano investite di un potere di adottare regolamenti con valenza esterna in attuazione del dettato legislativo primario), regolatori (che si concretizzano nell'adozione di prescrizioni che disciplinano il settore prive di spessore regolamentare), di controllo e monitoraggio, di accertamento, di risoluzione dei conflitti e sanzionatori;

- c) **funzioni arbitrali**: le autorità possono svolgere attività di arbitro, integrando le tradizionali funzioni giurisdizionali e giustiziali. Rileva in questo senso il concetto di neutralità che le contraddistingue. Esse infatti sono tenute all'imparzialità come ogni pubblica amministrazione (devono cioè perseguire l'interesse pubblico senza arbitrio verso i destinatari degli atti e comparando equitativamente gli interessi coinvolti), e, appunto, alla neutralità, ossia all'indifferenza verso gli interessi delle parti in conflitto, potendo così dirimere controversie insorte tra soggetti terzi, non essendo condizionate da alcun vincolo di preferenza nella regolamentazione degli interessi in gioco.

Sempre in via generale, all'interno del *genus* autorità amministrative indipendenti, si è soliti distinguere due *species*: autorità di settore e autorità trasversali. Mentre le prime agiscono nell'ambito di un comparto limitato, le seconde invece intervengono all'interno di dimensioni operative più ampie (questo è il caso dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato).

Un'altra dicotomia generale è quella tra autorità di regolazione e autorità di controllo: le une titolari di un potere regolatorio o addirittura regolamentare del settore, le altre tenute a verificare il rispetto delle regole disponendo spesso di poteri sanzionatori.

Le due dicotomie sono suscettibili di tendenziale sovrapposizione dal momento che le autorità di settore sono solitamente competenti a regolare le attività dell'ambito di riferimento, mentre quelle di vigilanza svolgono il proprio ruolo in assenza di confini settoriali, in una logica appunto trasversale.

III. Evoluzione normativa dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

Questa premessa generica sul fenomeno delle Autorità indipendenti consente di passare alla trattazione in particolare dell’Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito anche ANAC o Autorità).

Come si avrà modo di spiegare la suddetta Autorità ha avuto negli ultimi anni un ruolo sempre più centrale (anche sotto il punto di vista mediatico) nella scena pubblica del Paese.

Tale centralità è stata da ultimo confermata nel nuovo Codice dei contratti pubblici nel quale il termine “ANAC” compare ben 86 volte.

3.1 AVCP

Per comprendere tuttavia il fenomeno e lo sviluppo dell’Anac occorre ripercorrerne l’evoluzione partendo da quelle che sono state le sue antesignane, vale a dire l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l’integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT).

L’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, (AVCP), era un organismo che esisteva ed operava, sia pure con nome e normative di riferimento diverse, fin dalla metà degli anni 90. Essa era stata istituita con la legge n. 109 del 11 febbraio 1994 (c.d. Legge Merloni) che aveva istituito per la prima volta in Italia una autorità competente nel settore dei lavori pubblici con l’obiettivo di garantire l’osservanza dei criteri di efficienza ed efficacia nello svolgimento delle procedure di gara e di vigilare sulla libera concorrenza tra gli operatori della materia.

Sebbene non ci fosse alcun riferimento esplicito alla prevenzione della corruzione, l'Autorità era stata costituita nel periodo storico successivo alle inchieste c.d. "Mani Pulite" e voleva rappresentare un primo tentativo del legislatore e della politica di fornire una risposta ai cittadini dimostrando il proprio impegno nella lotta alla corruzione e nel ripristino della legalità ponendo in essere un presidio preventivo teso a garantire la legalità nel settore degli appalti pubblici.

Con il D.p.r. 25 gennaio 2000, n. 34, istitutivo delle Società organismi di attestazione (SOA), all'Autorità venne attribuito anche il potere di vigilanza su questi nuovi organismi deputati alla qualificazione delle imprese.

Con l'approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, il d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 (che aveva recepito le direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE), la struttura dell'Autorità venne completamente riorganizzata per ampliare le sue funzioni, non più limitate ai lavori, ma estese anche alle forniture di beni e di servizi, includendo, in pratica, qualunque tipo di appalto effettuato da parte di una pubblica amministrazione².

In particolare l'articolo 6 del d.lgs. n. 163/2006 attribuiva una serie di poteri all'Autorità tra cui in particolare poteri di vigilanza sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare vigente e sui contratti di lavori, servizi e forniture; di segnalazione al Governo e al Parlamento di fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa; di formulazione di proposte al Governo; di predisposizione della relazione annuale alle Camere; di svolgimento di accertamenti ispettivi, di irrogazione di sanzioni pecuniarie ed interdittive.

L'AVCP sovrintendeva, inoltre, all'attività dell'Osservatorio dei contratti pubblici e svolgeva una fondamentale funzione di precontenzioso, consistente nell'esprimere pareri sulle procedure di gara su richiesta delle stazioni appaltanti o di uno o più concorrenti.

² Il mutamento fu anche nel *nomen*, infatti l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (AVLP) divenne L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, (AVCP).

All'AVCP erano attribuite quindi funzioni e compiti di particolare importanza nel sistema di controllo degli appalti, che andavano dalla possibilità di risoluzione non vincolante delle controversie (c.d. attività di precontenzioso, di cui all'art. 6 comma 7 del Codice Appalti) all'attività di vigilanza sugli appalti di lavori, servizi e forniture (di cui all'art. 6, comma 9, che consentiva di richiedere alle stazioni appaltanti e agli operatori economici documenti ed informazioni nonché di effettuare ispezioni, avvalendosi della collaborazione della Guardia di Finanza) allo svolgimento di un'attività di regolazione del mercato dei lavori pubblici.

Inoltre ad essa veniva concessa la possibilità di irrogare sanzioni pecuniarie particolarmente elevate anche nei casi in cui gli operatori economici, ai quali era richiesto di fornire informazioni o documenti, rifiutassero o omettessero di farlo senza giustificato motivo.

Una delle principali carenze dell'AVCP riguardava, tuttavia, il potere di intervento. Infatti, una volta accertata l'illiceità delle condotte, poteva unicamente denunciare le eventuali irregolarità riscontrate agli organi amministrativi e giurisdizionali competenti senza poter intervenire direttamente sulle stesse.

3.2 CIVIT

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), alla quale il nuovo Codice appalti (d.lgs. 50 del 2016) ha recentemente conferito nuovi e più incisivi poteri, è un organismo indipendente, istituito dall'art. 1 della l. 6.11.2012, n. 190, recante Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, incaricato di svolgere attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella p.a..

L'ANAC tuttavia non rappresenta un'assoluta innovazione, ma è il frutto di una trasformazione di un altro organismo, vale a dire la Commissione per la

valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT), creata nel 2009 con l'obiettivo di controllo sull'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e sull'efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

Nonostante il conseguimento di risultati non incoraggianti, la Legge n. 190 del 6 novembre 2012, affidò alla medesima Commissione, in collaborazione con il Dipartimento della funzione pubblica, il compito di monitorare il rispetto delle disposizioni in tema di prevenzione della corruzione e della trasparenza.

In questo modo anche l'Italia, in seguito alla spinta delle raccomandazioni provenienti dalle convenzioni internazionali, si dotava di un organismo, seppur non pienamente indipendente al potere politico, che si sarebbe dovuto occupare di prevenzione della corruzione.

Alla mancanza di indipendenza ed autonomia dagli organi politici, peraltro richiesta sia dalla Convenzione penale sulla corruzione del 1999 sia da quella delle Nazioni Unite adottata nel 2003, diede una risposta la l. n. 190/2012 che, nel quadro di una disciplina organica per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella p.a., istituì l'ANAC, creando per la prima volta una struttura indipendente dall'apparato amministrativo e dai vertici politici, sebbene ancora priva di poteri efficaci di intervento.

A tale Autorità erano inizialmente attribuite due principali tipologie di strumenti:

- da un lato, compiti di tipo ispettivo e di indagine, da svolgersi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle p.a.;
- dall'altro compiti di misurazione e valutazione delle performance e di controllo della trasparenza.

La suddetta Autorità, inoltre, poteva esprimere pareri facoltativi presso gli organi dello Stato e le altre p.a., senza tuttavia avere alcun potere di regolazione del sistema.

La Legge n. 190/2012 non individuò una nuova struttura organizzativa alla quale affidare i compiti innanzi richiamati di prevenzione e contrasto della corruzione e

dell'illegalità nella p.a., ma individuò nella Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, già istituita dall'art. 13 del d.lgs. 27.10.2009, n. 150, l'organismo indipendente incaricato di svolgere gli stessi.

Con l'entrata in vigore del decreto legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito con modifiche dalla l. 30 ottobre 2013, n. 125, è stata poi cambiata la denominazione della CIVIT in Autorità Nazionale Anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche – A.N.A.C. e ne è stata modificata parzialmente anche la compagine organizzativa.

3.3 Il decreto legge n. 90 del 2014, la soppressione dell'AVCP, il rafforzamento dei poteri della nuova ANAC

Il decreto legge n. 90 del 24 giugno 2014, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, ed intitolato "*misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*" ha riformato in modo profondo l'Autorità Nazionale Anticorruzione, aumentandone competenze e poteri e dimostrando di voler intervenire in modo più efficace nella prevenzione dei fenomeni corruttivi nella pubblica amministrazione e nel sistema degli appalti.

La norma più rilevante per quanto qui interessa è certamente l'articolo 19 del decreto n. 90/2014 che prevede la soppressione dell'AVCP implementando i poteri dell'ANAC ed eliminando alcune ambiguità che avevano reso meno incisiva la precedente normativa. Un'ulteriore rilevante novità nel panorama delle autorità indipendenti, riguarda la previsione in capo al Presidente dell'autorità di poteri monocratici autonomi che si aggiungono a quelli tipici di *primus inter pares* nell'ambito dell'organo collegiale.

Nei primi due commi la disposizione si limita a prevedere la soppressione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, servizi e forniture e la decadenza dei suoi organi nonché il trasferimento dei relativi compiti, funzioni e risorse all'Autorità Nazionale anticorruzione, che viene ridenominata con l'eliminazione di ogni riferimento alla valutazione e alla trasparenza.

L'ANAC quindi incorpora le funzioni di entrambe le sopresse autorità (CIVIT e AVCP), oltre a poteri di nuova attribuzione che la rendono il *dominus* nella strategia di prevenzione della corruzione negli appalti pubblici.

Tra questi spiccano senza dubbio i poteri di contrasto alla corruzione che consentono di incidere direttamente sugli appalti pubblici nel caso di scoperta di condotte illecite da parte degli operatori, andando a colmare così una delle principali lacune dell'AVCP.

In caso di accertate condotte illecite, infatti, l'AVCP poteva unicamente denunciare le eventuali irregolarità riscontrate agli organi amministrativi e giurisdizionali competenti.

Con l'art. 32 del d.l. n. 90/2014, il legislatore ha introdotto uno strumento del tutto innovativo che si propone di colmare proprio questa lacuna: si tratta del potere di disporre il commissariamento delle imprese in funzione di anticorruzione, nei casi in cui l'autorità giudiziaria "proceda" per l'accertamento di alcuni delitti contro la p.a. (concussione, corruzione per l'esercizio della funzione, corruzione semplice e aggravata per atto contrario ai doveri di ufficio, corruzione in atti giudiziari, corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio, istigazione alla corruzione, peculato, induzione indebita, corruzione e istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale o degli organi o dei funzionari delle Comunità europee, traffico di influenze illecite, turbata libertà degli incanti, turbata libertà del procedimento di scelta del contraente) o qualora si abbia contezza di *"rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto, per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture"* (art. 32, comma 1, d.l. n. 90/2014).

Dal quadro normativo descritto emerge dunque il nuovo ruolo attribuito ad ANAC la quale coniuga in un'unica super Autorità dai poteri di controllo e vigilanza nel settore dei contratti pubblici alla prevenzione e successiva sanzione dei casi di corruzione.

IV. Novità introdotte dal d.lgs 18 aprile 2016 n. 50

Nel precedente paragrafo si è visto come il decreto legge n. 90/2014, convertito con legge n. 114/2014, aveva attribuito nuovi poteri, funzioni e competenze all'Autorità Nazionale Anticorruzione, molti dei quali rappresentavano un'importante novità rispetto al quadro delle competenze dell'AVCP la cui principale carenza era quella di non essere dotata di poteri capaci di incidere direttamente sugli appalti pubblici in caso di accertate condotte illecite, avendo al riguardo un mero potere di segnalazione.

All'interno di questo quadro il nuovo codice dei contratti pubblici³, adottato con d.lgs 18 aprile 2016 n. 50 ha accentuato ancor di più il ruolo dell'ANAC nel settore degli appalti pubblici attribuendole ulteriori funzioni e poteri indirizzati principalmente all'indirizzo, gestione e controllo preventivo del mercato dei contratti pubblici.

A ben vedere il rafforzamento del ruolo e delle funzioni dell'ANAC rappresenta uno dei tratti caratterizzanti del nuovo Codice.

Tuttavia il carattere ampio e indiscriminato dei compiti e delle funzioni attribuite all'ANAC ha generato e genera tuttora (considerata la recente entrata in vigore del Codice) alcune perplessità e criticità sulle quali appare opportuno soffermarsi.

In particolare:

- a) L'attribuzione quasi indiscriminata di compiti e funzioni connotate da un interesse pubblico sembrano fare dell'ANAC un *unicum* nell'ambito delle Autorità amministrative indipendenti;

³ Può essere opportuno evidenziare che nell'epigrafe del decreto legislativo n. 50/2016, pubblicato nella Gazzetta ufficiale, manca l'espressione "codice", ma si utilizza la formula "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture".

- b) Lo strumento delle linee guida, attraverso le quali l’Autorità interviene nella definizione della disciplina normativa secondaria, pongono dei rilevanti problemi di qualificazione giuridica e di inquadramento nel sistema delle fonti;
- c) La disciplina del precontenzioso sembra porsi in contrasto con i principi e con la normativa dell’autotutela amministrativa (vedi pg 12 “dalla legge delega al nuovo codice”).

4.1 Attribuzione indiscriminata di nuovi poteri

Il nuovo codice dei contratti pubblici, contenuto nel d.lgs. n. 50 del 2016, rappresenta il risultato di quanto previsto dalla legge 28 gennaio 2016, n.11 la quale, come noto, ha delegato il Governo a recepire nell’ordinamento interno le direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni⁴.

Tra le previsioni di maggior interesse della legge delega assume rilievo il criterio contenuto alla lettera *t*) dalla quale emerge chiaramente la volontà del legislatore di voler ampliare il raggio di azione dell’Autorità.

Tale disposizione infatti attribuisce all’ANAC importanti funzioni finalizzate alla:

- a) promozione dell’efficienza e sostegno allo sviluppo di migliori pratiche da parte delle stazioni appaltanti;
- b) agevolazione dello scambio di informazioni tra le amministrazioni e gli enti pubblici;
- c) vigilanza, nell’intero settore degli appalti pubblici e delle concessioni, con poteri di controllo, di raccomandazione, di intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatori;
- d) regolazione del mercato, attraverso l’adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di

⁴ Si tratta della Direttiva n. 2014/24/UE sugli appalti pubblici, della Direttiva n. 2014/23/UE sulle concessioni e della Direttiva n. 2014/25/UE sui cc.dd. ‘settori speciali’ (già ‘settori esclusi’).

regolamentazione flessibile, come i pareri resi in occasione delle procedure di gara, dotati anche di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'A.N.AC. innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa.

Tali criteri sono recepiti nell'articolo 213 del nuovo codice dei contratti pubblici che costituisce la norma di riferimento dei nuovi poteri dell'ANAC. L'articolo infatti stabilisce che l'Autorità:

- vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale di lavori servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali e sui contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza, nonché sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice;
- vigila affinché sia garantita l'economicità dell'esecuzione dei contratti e accerta che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario;
- segnala al Governo ed al Parlamento fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore;
- formula al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore e predisponde e invia al Governo e al Parlamento una relazione annuale sull'attività svolta evidenziando le disfunzioni riscontrate nell'esercizio delle proprie funzioni;
- vigila sul sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti pubblici di lavori ed esercita i correlati poteri sanzionatori;
- vigila sul divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure diverse rispetto a quelle ordinarie ed opera una corretta applicazione della specifica disciplina derogatoria prevista per i casi di somma urgenza e di protezione civile disciplinati dall'art. 163 dello stesso codice;
- svolge, con riferimento ad affidamenti di particolare interesse, attività di vigilanza collaborativa finalizzata a supportare le stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti e nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara;

- gestisce il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza.

Ulteriori poteri, in continuità con l'articolo 6 del d.lgs. n. 163/2016, sono quelli di:

- emanare «*linee-guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati*»;
- rivolgere atti di segnalazione e proposta al Governo, nonché di relazionare al Parlamento;
- gestire il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, nonché l'Anagrafe Unica delle stazioni appaltanti, l'elenco dei soggetti aggregatori e l'elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*;
- istituire e gestire il sistema del rating di impresa e delle relative penalità e premialità da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, collaborando, altresì, con l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato per la rilevazione di comportamenti aziendali meritevoli di valutazione al fine dell'attribuzione del rating di legalità;
- gestire la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, «*nella quale confluiscono tutte le informazioni contenute nelle banche dati esistenti, anche a livello territoriale, onde garantire accessibilità unificata, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi a essa prodromiche e successive*»;
- gestire il Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture istituito presso l'Osservatorio;
- gestire l'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle Commissioni giudicatrici di cui all'articolo 78 del codice dei contratti pubblici;
- irrogare sanzioni amministrative pecuniarie per la violazione delle disposizioni ricadenti nell'ambito disciplinato.

Dalla lettura della disposizione di cui all'articolo 213 sembrerebbe che il legislatore abbia delineato un nuovo modello di Autorità amministrativa indipendente.

L'ANAC infatti supera la tradizionale distinzione tra autorità di regolazione e autorità di vigilanza coniugando sia il potere di regolazione dei mercati (tipico delle Autorità di regolazione) sia il potere giustiziale che si esplica con le funzioni di vigilanza e *adjudication*.

In merito al potere regolatorio, inoltre, sembra delinarsi una peculiarità rispetto alle altre Autorità di regolazione.

Infatti, mentre gli atti di regolazione si concretizzano normalmente nell'adozione di regole di carattere tecnico quali tariffe, prezzi di accessi alla rete ecc., le linee guida dell'ANAC nella maggior parte dei casi, per la generalità e l'astrattezza dei contenuti che le connotano, sembrano delinarsi come veri e propri regolamenti in senso sostanziale, indipendentemente dal nome e dalla forma alle stesse attribuita.

Il richiamo al potere regolatorio dell'ANAC consente di introdurre un ulteriore elemento di peculiarità.

Tradizionalmente le autorità indipendenti, oltre al fatto di operare nell'ambito di settori sensibili e ad alto contenuto di tecnicità, si caratterizzano per la loro posizione di autonomia ed indipendenza al fine di garantire una maggiore imparzialità e neutralità rispetto agli interessi regolati.

Tale indipendenza, nella struttura dell'ordinamento italiano, non può che riferirsi *in primis* nei confronti del Governo e quindi del potere esecutivo.

Tuttavia questa indipendenza tipica del mondo delle autorità si delinea in modo del tutto peculiare rispetto ad ANAC, soprattutto con riferimento al sistema della regolazione.

Il codice infatti attribuisce all'ANAC rilevanti funzioni di regolazione del settore attraverso l'adozione delle linee guida la cui adozione, tuttavia, con riferimento

in particolare alle linee guida di carattere generale, introduce di fatto una co-gestione della funzione con il Governo⁵.

Al riguardo una autorevole dottrina⁶ ha sostenuto che questa sostanziale forma di cogestione fa sorgere interrogativi circa il tendenziale spostamento dell'ANAC dal modello delle *Independent Regulatory Agencies* di matrice anglosassone verso il diverso (e comunque rilevante) modello delle Agenzie governative di cui agli articoli 8 e seguenti del decreto legislativo n. 300 del 1999.

Il rapporto peculiare tra ANAC e Governo emerge anche dall'articolo 212 del Codice che istituisce presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri una "Cabina di regia" con funzioni di *governance* riconducibili all'articolo 83 della direttiva 2014/24/UE.

Un'ulteriore peculiarità del modello di Autorità delineato dal codice dei contratti pubblici è rappresentata dal riconoscimento all'ANAC di compiti di vera e propria amministrazione attiva come la gestione della Banca Dati nazionale dei contratti pubblici, la gestione dell'Albo Nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici, la gestione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali uniche di committenza.

Tuttavia spesso questi compiti non sono coessenziali all'esercizio dei poteri di vigilanza e controllo (si pensi alla tenuta e all'aggiornamento dell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle Commissioni giudicatrici di cui all'articolo 78, nonché alla tenuta dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti e dell'elenco dei soggetti aggregatori).

⁵ Nella specie l'articolo 1, comma 5, della Legge n. 11/2016 stabilisce che "*Sulla base del decreto di riordino sono, altresì, emanate linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere*".

⁶ C. Contessa, *Dalla legge delega al nuovo 'Codice': opportunità e profili di criticità*, in: www.giustizia-amministrativa.it.

V. Le Linee Guida

Tra le deleghe al Governo contenute nella Legge 28 gennaio 2016 n. 11, vi era quella di adottare *“un unico testo normativo con contenuti di disciplina adeguata anche per gli appalti di lavori, servizi e forniture denominato «codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione», recante le disposizioni legislative in materia di procedure di affidamento di gestione e di esecuzione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione disciplinate dalle tre direttive, che sostituisce il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”*.

Nelle intenzioni del legislatore il Codice doveva avere una struttura snella, in grado di *“assicurare una ricognizione e riordino del quadro normativo”* nonché *“una drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni”*, al fine di pervenire ad un *“più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti”* (art. 1, comma 1, lett. d).

Sul piano sostanziale, la stessa legge delega demandava al Governo di:

- recepire le direttive⁷ nel rispetto del divieto del *gold plating*⁸, ossia del divieto di *“introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive”* (art. 1, comma 1, lett. a), da interpretarsi in un’ottica di riduzione degli *“oneri non necessari”* e non

⁷ Le tre direttive recepite nel nuovo codice dei contratti pubblici sono: la direttiva 2014/23/UE (concessioni); la direttiva 2014/24/UE (appalti settori ordinari) e la direttiva 2014/25/UE (settori esclusi).

⁸ La Commissione europea definisce il recepimento *gold plating* come *«quella tecnica che va al di là di quanto richiesto dalla normativa europea pur mantenendosi entro la legalità. Gli Stati membri hanno ampia discrezionalità in sede di attuazione delle direttive comunitarie. Essi possono aumentare gli obblighi di comunicazione, aggiungere i requisiti procedurali, o applicare regimi sanzionatori più rigorosi. Se non è illegale, il gold plating è di solito presentata come una cattiva pratica, perché impone costi che avrebbero potuto essere evitati»*. Commissione Europea, *Smart regulation in the European Union*, COM(2010) 543 final, Bruxelles 8 ottobre 2010.

Sul divieto di *gold plating* in particolare si veda: MARTINI, *Divieto di gold plating e semplificazione normativa nel recepimento delle direttive su appalti e concessioni*. Il testo costituisce una parziale rielaborazione della relazione sul tema tenuta al convegno *«Le nuove direttive appalti e il loro recepimento»*, organizzato da Università Bocconi in collaborazione con Ance Milano, Lodi, Monza e Brianza e IGI, Milano, 14 maggio 2015.

- anche in una prospettiva di abbassamento del livello di delle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive;
- abrogare le disposizioni del regolamento di esecuzione ed attuazione del codice dei contratti pubblici di cui al D.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, anche attraverso l'individuazione di un apposito regime transitorio, assicurando l'ordinato passaggio tra la previgente e la nuova disciplina;
 - prevedere strumenti di regolamentazione flessibile, da adottarsi a loro volta nel rispetto del principio vincolante del *gold plating*;
 - attribuire all'ANAC più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo di *best practices* e correlati poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché poteri di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e atti assunte dall'Autorità innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa.

In virtù di quanto previsto dalla legge delega, una delle maggiori innovazioni introdotte dal nuovo testo riguarda la soppressione del regolamento di esecuzione e attuazione del previgente codice dei contratti pubblici, vale a dire il D.p.r. 5 ottobre 2010 n. 207, di fatto sostituito dalle cosiddette linee guida dell'ANAC e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Questa modalità di intervento normativo è stata definita come un'attività di "*soft regulation*"⁹.

Sebbene il richiamo alla *soft law* sia stata da molti ritenuta inappropriata¹⁰, l'utilizzo di questa tecnica appare finalizzato a creare un apparato regolatorio di

⁹ Sulla "*soft law*", DI STEFANO, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, in Lav. dir. 2003; CINI, *From soft law to Hard law?: Discretion and Rule-making in the Commission's State Aid Regime*, EUJ Working papers, RSC N°2000/35, 4; DUPUY, *The Protection of the Environment and International Law*, Leiden, 1975, 623-627.

attuazione della normativa primaria caratterizzato da un elevato grado di snellezza e soprattutto flessibilità applicativa, in grado di garantire un più rapido ed efficace adeguamento alle mutevoli esigenze della realtà operativa.

La filosofia ispiratrice del nuovo codice dei contratti pubblici, come emerge dai criteri di delega, e come sottolineato anche nel parere del Consiglio di Stato del 1 aprile 2016¹¹ reso in merito al testo normativo, è essenzialmente quella di dar vita ad un codice chiaro e sintetico, ancorché completo ed esaustivo sul livello primario, con conseguente affidamento del completamento della disciplina di dettaglio ad un sistema attuativo più snello e flessibile rispetto al modello tradizionale del regolamento unico di esecuzione ed attuazione.

Questo obiettivo di una regolamentazione sintetica ed unitaria, rischia, tuttavia, di perdersi alla luce della molteplicità degli atti attuativi contemplati dal codice, nonché della loro diversa tipologia, natura e conseguente regime giuridico.

Nello specifico la legge delega prevede un primo criterio direttivo per l'adozione dei suddetti atti attuativi all'art. 1, comma 1, lett. t), ponendo in capo all'ANAC, accanto a vari poteri *"di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio"*, quello di adozione di *"atti di indirizzo, quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile"*, eventualmente *"dotati di efficacia vincolante"*, comunque impugnabili in sede giurisdizionale amministrativa.

I successivi commi 4 e 5 aggiungono che sono, *"altresì, emanate linee guida di carattere generale proposte dall'A.N.AC. e approvate con decreto del Ministro"*

¹⁰ V. in tal senso C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto*, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui *"Mentre il fenomeno della soft law (generato nel diritto internazionale per risolvere questioni, transazioni, rapporti non soggetti ad alcuna normazione cogente) postula logicamente (come segnalato, peraltro, dall'uso dell'aggettivo "soft") l'assenza di vincolatività (viceversa prodotta solo dalla hard law) della regola di cui si tratta (proprio perché ascrivibile al novero delle tertiary rules), il cui rispetto viene sostanzialmente rimesso dall'adesione volontaria (anche per effetto della moral suasion o dissuasion operata, ad esempio, dalle autorità indipendenti) dei soggetti coinvolti nella sua sfera di operatività, le linee guida, al contrario, sono state pensate e previste (perlomeno in larga misura) come idonee a costituire diritti e obblighi in capo ai destinatari, tanto da sostituire, come si vedrà meglio nel paragrafo che segue, le disposizioni (sicuramente) regolamentari contestualmente abrogate."*

¹¹ Parere 1 aprile 2016, n. 855 reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato in www.giustizia-amministrativa.it.

delle infrastrutture e dei trasporti, che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere”.

Dal punto di vista sostanziale, la legge delega riconduce le linee guida e gli atti in questione al genere degli *“atti di indirizzo”* e li qualifica come strumenti di *“regolamentazione flessibile”*.

Dal punto di vista procedimentale, la stessa non reca, tuttavia, alcuna disciplina, né rinvia ad atti-fonte del Ministero o della stessa ANAC.

L'unica disposizione specifica al riguardo prevede la trasmissione alle Camere di apposite relazioni nei casi individuati dal codice, oltre a quella prevista dal citato comma 5 dell'art. 1 con riferimento per le linee guida approvate con decreto del Ministero.

L'istituto delle Linee guida tuttavia non rappresenta una novità assoluta introdotta dal nuovo Codice.

In ambito internazionale, infatti, numerose autorità, ministeri ed amministrazioni ricorrono a questo strumento per dettare criteri da seguire, per proporre o suggerire metodologie, per indicare obiettivi, per prescrivere decaloghi, e ciò in molteplici campi quali sanità, istruzione, ambiente, agricoltura, sicurezza pubblica, beni culturali e nei più svariati livelli dell'azione amministrativa.

Anche nel nostro ordinamento nazionale si è fatto spesso ricorso alle linee guida. Tali linee guida nella maggior parte dei casi sono formulate in maniera discorsiva attraverso l'utilizzo di raccomandazioni e consigli; non mancano tuttavia anche linee guida con carattere più stringente attraverso l'utilizzo di disposizioni imperative.

In questo senso anche il Codice dei contratti pubblici sotto il nome linee guida riconduce regolamenti ministeriali e interministeriali, misure vincolanti, misure di regolazione non vincolanti, misure di regolazione vincolanti e non vincolanti, e a loro volta quest'ultime declinabili in maniera variegata (esortativa, interpretativa, precettiva, etc.), misure di regolazione obbligatorie e misure di regolazione non obbligatorie, misure di regolazione non obbligatorie da declinare

per obiettivi, misure di regolazione non obbligatorie ma da declinare sulla base di criteri direttivi dati dalla legge.

Da qui deriva la difficoltà di inserire le linee guida in un'unica categoria giuridica potendo avere, come visto, contenuti ed efficacia molto diversa.

5.1 Fonti e Tipologie di linee guida individuate dal d.lgs. n. 50/2016

La fonte delle linee guida previste dal codice dei contratti pubblici va individuata nell'articolo 11, lett. t) della legge delega n. 11/2016, la quale prevede tra i principi da sviluppare in sede di decreto legislativo delegato che all'ANAC vengano attribuite più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatori, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante.

A sua volta l'art. 213 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 stabilisce che *"l'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche"*¹².

¹² L'art. 13 detta poi una serie di regole procedurali: A.N.A.C. (n.d.r.) *"trasmette alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione e gli altri atti di cui al precedente periodo ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti. Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa. L'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta*

Dalla lettura del Codice ed alla luce dei criteri individuati dalla legge delega, come sostenuto anche dal Consiglio di Stato nel citato parere del 1 aprile 2016, è possibile individuare tre diverse tipologie di linee guida:

- a) linee guida approvate con decreto ministeriale ai sensi dell'articolo 1, comma 5 della legge di delega (come nel caso dell'articolo 111, comma 1 del nuovo Codice, il quale demanda a un apposito decreto ministeriale l'adozione di linee guida volte a disciplinare nel dettaglio i compiti e gli atti del direttore dei lavori);
- b) linee guida che lo stesso legislatore qualifica come vincolanti, ovvero la cui vincolatività si desume dalla previsione espressa di una sorta di *riservato dominio disciplinare* da parte dello stesso Legislatore delegato (è il caso, ad esempio, dell'articolo 31, comma 5 del nuovo Codice che demanda alle linee guida dell'ANAC la disciplina di dettaglio sui compiti specifici del RUP);
- c) linee guida di carattere non vincolante (sia perché il Codice qualifica espressamente gli atti in questione come meramente finalizzati all'orientamento e alla *moral suasion*, sia perché si tratta di linee guida che non rispondono a un'espressa previsione codicistica, ma sono riferibili alla generale previsione abilitante di cui all'articolo 213, comma 2 del Codice)¹³.

Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente Codice".

¹³ Ai sensi di tale disposizione, infatti, "l'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche".

5.2 Qualificazione giuridica delle linee guida

5.2.1 Le linee guida approvate con decreto ministeriale

Alla stregua della classificazione elaborata dal Consiglio di Stato una delle principali questioni che ha occupato la dottrina riguarda la qualificazione giuridica delle linee guida.

In particolare la dottrina si è interrogata in ordine alla possibilità di considerare le linee guida una nuova fonte del diritto.

Al riguardo occorre però distinguere tra le varie tipologie di linee guida, proprio in virtù delle rilevanti differenze che intercorrono tra le stesse.

In merito alle linee guida del primo tipo (le quali possono assumere la forma di decreti ministeriali o interministeriali) non sembra dubitabile la natura di regolamenti in senso sostanziale.

In questo senso si è espresso anche il Consiglio di Stato nel citato parere ritenendo che tali linee guida abbiano una chiara efficacia innovativa nell'ordinamento, che si accompagna ai caratteri di generalità e astrattezza delle disposizioni ivi previste.

Pertanto, anche indipendentemente dal *nomen juris* fornito dalla delega e dallo stesso codice tali atti devono essere considerati quali regolamenti ministeriali ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con tutte le conseguenze in termini di:

- forza e valore dell'atto (tra cui: resistenza all'abrogazione da parte di fonti sotto ordinate; possibilità di disapplicazione entro i limiti fissati dalla giurisprudenza amministrativa in sede giurisdizionale);
- forma e disciplina procedimentale stabilite dallo stesso comma 3 (ad esempio: comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri prima della loro emanazione) e dal successivo comma 4 della legge da ultimo citata;

- implicazioni sulla potestà regolamentare costituzionalmente riconosciuta a favore delle Regioni (art. 117, sesto comma, Cost.), tenuto conto dell'esistenza nella materia dei contratti pubblici di titoli di competenza di queste ultime (cfr. Corte Cost., sentenza 23 novembre 2007, n. 401);
- rispetto alle regole codificate nell'art. 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988 per i regolamenti ministeriali, la legge delega "rafforza" il procedimento, prescrivendo in aggiunta nell'evidente considerazione dell'importanza e delicatezza della materia il parere delle competenti commissioni parlamentari.

Le principali questioni che pongono questa tipologie di linee guida riguardano:

i) la difficoltà di desumere il precetto normativo nell'ambito di atti che pur avendo valenza regolamentare presentano il carattere discorsivo tipico delle circolari amministrative;

ii) la difficile configurazione sistematica dei precetti desumibili da tali decreti, per le parti in cui non rinvencono una precisa fonte abilitante nell'ambito della norma primaria (con ogni evidente conseguenza in ordine al rispetto del principio di legalità in senso formale che deve comunque conseguire all'esercizio della potestà regolamentare in senso proprio).

5.2.2 Le linee guida "vincolanti" e "non vincolanti"

Più complesso è il discorso riguardo le altre linee guida dell'ANAC.

Mentre la categoria delle linee guida a carattere "non vincolante" appaiono pacificamente inquadrabili come ordinari atti amministrativi, qualche considerazione in più richiedono le linee guida a carattere "vincolante" (ad esempio: art. 83, comma 2, in materia di sistemi di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici; art. 84, comma 2, recente la disciplina degli organismi di attestazione SOA; art. 110, comma 5, lett. b), concernente i requisiti partecipativi in caso di fallimento; art. 197, comma 4, relativo ai requisiti

di qualificazione del contraente generale), e gli altri atti innominati aventi il medesimo carattere (art. 31, comma 5, relativo ai requisiti e ai compiti del r.u.p. per i lavori di maggiore complessità; art. 197, comma 3, di definizione delle classifiche di qualificazione del contraente generale) e comunque riconducibili all'espressione "altri atti di regolamentazione flessibile".

Il riconoscimento per tali provvedimenti di una vera e propria natura normativa *extra ordinem* suscita non poche perplessità di tipo sistematico e ordinamentale, soprattutto in assenza di un fondamento chiaro per una simile innovazione del sistema delle fonti.

La questione non è unicamente di carattere sistemico o definitorio, ma presenta numerose e rilevanti ricadute pratiche per gli operatori del settore.

In questo senso è sufficiente considerare che nel (solo) caso di linee guida dal contenuto sostanzialmente regolamentare risulteranno applicabili le acquisizioni giurisprudenziali in tema di disapplicazione enucleate per la figura dei c.d. regolamenti di volizione preliminare (acquisizioni che non sono viceversa riferibili al caso degli atti amministrativi generali)¹⁴.

La questione è stata esaminata in modo piuttosto approfondito nell'ambito dello schema di parere reso dal Consiglio di Stato sullo schema di nuovo Codice.

Nell'occasione, il Supremo Consesso amministrativo ha osservato che, pur dandosi atto dell'orientamento che individua nell'ambito delle linee guida vincolanti una fonte del diritto di nuovo genere, nondimeno tale riconoscimento suscita perplessità, stante l'assenza di un chiaro fondamento normativo a fronte di una così rilevante innovazione del sistema nazionale delle fonti.

Il Consiglio di Stato ha invece ritenuto preferibile la diversa (e, in certo senso, più tradizionale) opzione volta a combinare la valenza certamente generale degli atti in questione con la natura e i caratteri dell'Autorità emanante (l'ANAC), la quale presenta i caratteri tipici di un'Autorità amministrativa indipendente, con

¹⁴ C. BUONAURO, *La disapplicazione degli atti amministrativi fra prassi e dottrina*, Napoli, 2004, *passim*.

conseguente riconoscimento alla stessa delle funzioni (anche) di regolazione proprie delle autorità amministrative indipendenti in generale.

Pertanto il Consiglio di Stato ha ritenuto maggiormente plausibile la configurazione delle linee guida come tipici atti di regolazione di un'Autorità amministrativa indipendente.

Una siffatta configurazione, secondo il Collegio, consente di risolvere una serie di problemi applicativi.

In primo luogo, essa non pregiudica, ma anzi riconferma, gli effetti vincolanti ed *erga omnes* di tali atti dell'ANAC, come disposto dalla delega (in particolare dalla lett. t), che come si è detto fa riferimento a “strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante”.

In secondo luogo, tale assimilazione consente di assicurare anche per questi provvedimenti dell'ANAC tutte le garanzie procedurali e di qualità della regolazione già oggi pacificamente vigenti per le Autorità indipendenti, in considerazione della natura non politica, ma tecnica e amministrativa, di tali organismi, e della esigenza di compensare la maggiore flessibilità del principio di legalità sostanziale con un più forte rispetto di criteri di legalità procedimentale. Tra queste, ne vengono segnalate in particolare tre:

- l'obbligo di sottoporre le delibere di regolazione ad una preventiva fase di consultazione, che costituisce ormai una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al decision making process dei soggetti interessati e che ha anche l'ulteriore funzione di fornire ulteriori elementi istruttori/motivazionali rilevanti per la definizione finale dell'intervento regolatorio;
- l'esigenza di dotarsi, per gli interventi di impatto significativo, di strumenti quali l'analisi di impatto della regolazione-AIR e la verifica ex post dell'impatto della regolazione-VIR, strumenti per i quali occorrerà sviluppare modelli ad hoc per l'ANAC, sulla scorta di quanto già attualmente fanno le Autorità di regolazione (e secondo

quanto già prevedeva l'art. 8, comma 1, d.lgs. n. 163/2006 per l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici);

- la necessità di adottare tecniche di codificazione delle delibere di regolazione tramite la concentrazione in "testi unici integrati" di quelle sulla medesima materia (*best practice* ormai diffusa presso le principali Autorità di regolazione, in primis quella per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico): tale strumento appare significativamente necessario per il settore degli appalti allo scopo di evitare il rischio di proliferazione delle fonti che si volevano ridurre e di perdita di sistematicità ed organicità dell'ordinamento di settore, violando in sede attuativa il vincolo a una "drastica riduzione" dello stock normativo imposto dalla lett. d) della delega.

In terzo luogo, tale ricostruzione consente anche la realizzazione, per gli "atti di regolazione" dell'ANAC, di forme di adeguata pubblicità: certamente sul sito della stessa Autorità (che andrà appositamente strutturato), ma anche per una pubblicità sulla Gazzetta Ufficiale, non richiesta per le autorità amministrative indipendenti ma altamente opportuna, ad avviso di questo Consiglio di Stato, in ragione della trasversalità della materia dei contratti pubblici e della latitudine dell'ambito applicativo dei provvedimenti *de quibus*.

Una chiara previsione sulla pubblicità di tali delibere rende meno delicata (e comunque lascia impregiudicata) la questione se debba o meno essere disposta la successiva comunicazione alle Camere (come pure sarebbe preferibile ai fini della conoscibilità del quadro regolatorio da parte degli operatori del settore), che in base allo schema di decreto sussiste solo in virtù di un requisito sostanziale di tipo rinforzato (rilevante impatto regolatorio), ancorché privo di una definizione oggettiva.

In quarto luogo, pur in assenza del parere obbligatorio del Consiglio di Stato ex art. 17 della l. n. 400 del 1988, si rileva che tale sostegno consultivo

resta pur sempre possibile in via facoltativa, sotto forma di quesito, sia in ragione della generalità delle questioni e dell'impatto *erga omnes* dei provvedimenti, sia per analogia con l'art. 17, comma 25, della l. 15 maggio 1997, n. 127, che prevede il parere obbligatorio del Consiglio sugli schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni dei Ministeri.

Per ultimo, ma non da ultimo, resta confermata la piena giustiziabilità delle linee guida dell'ANAC di fronte al giudice amministrativo, peraltro affermata chiaramente già dalla legge delega (lett. t).

In conclusione, la esposta ricostruzione appare compatibile, oltre che con il dettato della delega e con il sistema delle fonti, anche con l'esigenza inderogabile di un riformato contesto di "qualità" e "certezza regolatoria", con valenza *erga omnes* (che le Authorities di regolazione già oggi garantiscono, nei loro settori, quando si attengono agli indicati principi di better regulation).

5.2.3 Problemi applicativi e criticità sistemiche

Le linee guida pongono alcuni problemi applicativi di carattere "pratico".

Uno di questi concerne il tema della conoscibilità e reperibilità delle nuove linee guida.

Al riguardo si osserva che il precedente sistema caratterizzato da un unico regolamento governativo (D.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207) presentava per gli operatori il vantaggio di consentire di reperire nell'ambito di un unico testo tutte le disposizioni di interesse.

Al contrario, il nuovo modello di regolazione sub-primaria è caratterizzato da disposizioni di diversa natura e contenuto, emanate in momenti diversi e pubblicate secondo modalità differenti.

Da qui potrebbe derivare una prima difficoltà di carattere preliminare per l'operatore, quella di individuare le linee guida di proprio interesse nell'ambito di numerosi e diversi sistemi di pubblicità.

In questa direzione è stata accolta una indicazione del Consiglio di Stato ed in sede di stesura del Codice è stato imposto all'ANAC di pubblicare gli strumenti di

regolazione flessibile di propria competenza *“con modalità tali da rendere immediatamente accessibile alle stazioni appaltanti e agli operatori economici la disciplina applicabile a ciascun procedimento”* (articolo 213, comma 16).

Un’ulteriore problematica riguarda poi il discernimento all’interno delle linee guida delle prescrizioni di carattere vincolante rispetto a quelle meramente indicative.

La difficoltà discende dal fatto che spesso le linee guida sono formulate con un carattere discorsivo tipico delle circolari amministrative.

Rientra infatti nelle prerogative dell’ANAC stabilire, anche all’interno dello stesso testo, laddove è da ritenersi indefettibile introdurre regole cogenti per materia o per natura delle cose, e laddove invece è preferibile limitarsi a proposte ed indicazioni¹⁵.

Si renderà quindi necessaria una analisi caso per caso delle linee guida che tra l’altro, perlomeno nelle prime versioni in consultazione, sono redatte in maniera articolata o comunque con tecniche propositive non omogenee, rendendo ancor più ardua l’individuazione dei contenuti precettivi delle linee guida.

Una autorevole dottrina¹⁶ ha osservato che laddove la linea guida si traduce in mere interpretazioni, non è da escludere che sia dotata di forza innovativa poiché interpretare significa chiarire il vero significato di un atto o fatto normativo, ma come è noto, ogni qual volta esiste un’alternativa di interpretazioni esiste una possibilità di compiere scelte che, talora, non sono qualitativamente molto diverse da quelle che occorrerebbe per porre le norme¹⁷.

Certamente la natura di mero indirizzo è evidente quando si usano espressioni come *“opportuno”*, *“consigliabile”*, ma non mancano casi dubbi, anche per la eventuale sovrapposizione tra parte motiva-discorsiva e parte precettiva, talché

¹⁵ Si veda in questo senso V. VALAGUZZA, 42, la quale osserva *“nulla esclude che ci si trovi di fronte, per esempio, a linee guida di cui sia affermato il carattere vincolante, che però, accanto a contenuti prescrittivi, forniscano anche indicazioni meramente suggestive”*.

¹⁶ G. Morbidelli, relazione a margine del convegno di Varenna 22 settembre 2016

¹⁷ A. PIZZORUSSO, *le fonti*, cit. 187; v. sul punto anche cfr. F. ANNUNZIATA, *Interpretare o “legiferare”?* Le comunicazioni persuasive delle Autorità di controllo sui mercati finanziari, in *Riv. soc.*, 1995, p. 908.

può essere difficile in caso di antinomia individuare l'esatto contenuto della seconda.

A ciò si aggiunga che la natura regolamentare non può essere esclusa neppure dove l'atto lascia più opzioni: la facoltà di scelta da parte del destinatario non esclude che si tratti di una disposizione a carattere normativo (v. ad es. art. 936, comma 1°, cod. civ. a proposito della scelta del proprietario di fronte ad opere fatte da un terzo nel suo fondo con materiale proprio).

Concludendo sul punto, il nuovo Codice dei contratti pubblici (in modo coerente rispetto alla legge di delega) prende le mosse dal condivisibile intento di semplificare e snellire l'ambito della regolazione sub-primaria nella cruciale materia degli appalti e delle concessioni.

Tuttavia, vi è il rischio che il superamento del pregresso modello regolamentare e la sua sostituzione con una pluralità di modelli (in alcuni casi di incerta configurazione giuridica) non fornisca agli operatori del settore i necessari elementi di chiarificazione.

Appare infine opportuno domandarsi se le nuove previsioni introdotte siano compatibili con i modelli classici di autorità indipendenti.

Si evidenzia infatti che la previsione secondo cui la regolazione di settore viene demandata a un atto dell'ANAC "*approvato*" dal Ministero di settore costituisca di fatto un *unicum* nell'ambito dell'ordinamento, nonché una circostanza di per sé idonea a suscitare dubbi circa l'effettivo grado di indipendenza che caratterizza l'operato dell'ANAC nel cruciale settore della regolazione di settore.

Come si è osservato in precedenza la nuova configurazione dei poteri di regolazione demandati all'ANAC sembra presentare caratteri di assoluta novità rispetto al modello che ha sino ad oggi caratterizzato l'esperienza nazionale in tema di disciplina delle Autorità amministrative indipendenti.

In particolare, la scelta legislativa di assoggettare il principale atto di esercizio dell'attività di regolazione ad un potere di sostanziale co-gestione da parte del Ministero di settore appare ben difficilmente conciliabile con l'effettivo

riconoscimento dei tipici caratteri di autonomia e indipendenza che il principale tratto peculiare delle autorità amministrative indipendenti.

E i dubbi in questione appaiono tanto più rilevanti laddove si consideri che il legislatore non si è limitato a stabilire che il Ministro esprima un qualunque atto volitivo sostanzialmente equiordinato rispetto a quello espresso dall'ANAC (come sarebbe avvenuto se si fosse richiamato, ad esempio, un atto di concerto), ma si è spinto sino a prevedere un vero e proprio atto di approvazione (il quale, nella sistematica amministrativa, è ascritto nel *genus* degli atti – di natura autorizzatoria - con cui l'Autorità sovraordinata esercita un controllo preventivo di merito rispetto agli atti adottati da quella sottordinata)¹⁸.

Ne consegue che il modello regolatorio delineato dal legislatore del 2016 appare ben difficilmente armonizzabile con il canone stesso di indipendenza dall'Esecutivo che tipicamente caratterizza il modello in esame e che fa sorgere interrogativi circa il tendenziale spostamento dell'ANAC dal modello delle Autorità amministrative indipendenti di matrice anglosassone verso il diverso (e comunque rilevante) modello delle Agenzie governative di cui agli articoli 8 e seguenti del decreto legislativo n. 300 del 1999¹⁹.

¹⁸ In tal senso A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, vol. I, p. 627, secondo cui “[mediante gli di approvazione] l'autorità competente a esercitare su certi provvedimenti amministrativi un controllo preventivo di merito basato su una valutazione della convenienza amministrativa (...) esprime il proprio consenso circa il contenuto di quei provvedimenti (...)”.

¹⁹ C. CONTESSA, op. loc. cit.

VI. Il Precontenzioso

Tra i principali obiettivi del nuovo codice dei contratti pubblici, al quale viene dedicato uno specifico corpo normativo, figura quello della riduzione dei contenziosi e della rapida definizione delle liti.

Questi obiettivi sono enucleati all'interno del considerando numero 122 della Direttiva 2014/24UE secondo il quale *“La direttiva 89/665/CEE prevede che determinate procedure di ricorso siano accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto. La presente direttiva non dovrebbe pregiudicare tali procedure di ricorso. Tuttavia, i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto. Dovrebbero pertanto avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all'autorità o alla struttura competente. Al fine di non creare duplicazioni di autorità o strutture esistenti, gli Stati membri dovrebbero essere in grado di prevedere il ricorso ad autorità o strutture di controllo generali, organi di vigilanza settoriali, autorità di vigilanza comunali, autorità competenti in materia di concorrenza, al Mediatore o ad autorità nazionali competenti in materia di audit”*.

Il suddetto considerando è stato fatto proprio dalla legge delega n. 11/2016 sotto il criterio *aaa)* *“razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del*

contratto, disciplinando il ricorso alle procedure arbitrali al fine di escludere il ricorso a procedure diverse da quelle amministrative, garantire la trasparenza, la celerità e l'economicità e assicurare il possesso dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri e degli eventuali ausiliari; al fine di garantire l'efficacia e la speditezza delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti relativi ad appalti pubblici di lavori, previsione, nel rispetto della pienezza della tutela giurisdizionale, che, già nella fase cautelare, il giudice debba tener conto del disposto dell'articolo 121, comma 1, del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, e, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 122 e nell'applicazione dei criteri ivi previsti, debba valutare se il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale possa influire sulla misura cautelare richiesta"

Gli obiettivi previsti dalla direttiva e dalla legge delega sono affidati, in via preventiva, alle buone regole e alla buona amministrazione, nonché ai nuovi criteri reputazionali di selezione degli operatori, volti a creare una nuova cultura e responsabilità etica dei partecipanti alle gare.

Nel testo del codice stati sono confermati alcuni istituti di definizione delle liti sulla fase esecutiva, alternativi alla giurisdizione (peraltro affidata, per i contratti sopra soglia, ai tribunali delle imprese, con una sensibile accelerazione rispetto al passato): accordo bonario, transazione, arbitrato.

Non è invece stato riproposto lo strumento dell'informativa preventiva da parte del concorrente alla stazione appaltante, in ordine all'intento di proporre ricorso avverso gli atti di gara.

Tale informativa aveva lo scopo di sollecitare l'autotutela dell'amministrazione. Pur venendo meno come onere, resta pur sempre la facoltà del concorrente di sollecitare l'amministrazione in tal senso.

Un nuovo istituto di prevenzione del contenzioso in fase di esecuzione è il collegio consultivo tecnico (CCT) (art. 207), a carattere facoltativo, e che viene costituito dalle parti prima dell'avvio dell'esecuzione del contratto, o comunque

non oltre novanta giorni da tale avvio, con funzioni di assistenza per la soluzione di dispute di qualsiasi natura che possano sorgere durante la fase di esecuzione.

Il compito del collegio è di favorire una soluzione transattiva, subordinata all'accettazione ad opera delle parti della soluzione proposta dal collegio.

Dunque la sola adesione alla costituzione del collegio non è già di per sé vincolante, perché per ogni singola questione le parti potranno aderire o meno alla proposta di soluzione transattiva (art. 207, commi 5 e 6).

Si tratta di un collegio a tre membri, di cui si descrivono requisiti e modalità di nomina, nonché compiti (art. 207, comma 2, 3, 4).

Se insorgono questioni che potrebbero sfociare in controversie il collegio opera in modo informale ascoltando le parti informalmente o con convocazione e contraddittorio formale (art. 207, comma 4).

In esito alla propria attività il CCT, formula la propria proposta di soluzione in forma scritta e con motivazione sintetica. La proposta non vincola le parti (art. 207, comma 5).

Se però le parti accettano la soluzione proposta, l'atto contenente la proposta viene sottoscritto dai contraenti alla presenza di almeno due componenti del collegio e costituisce prova dell'accordo e del suo contenuto; l'accordo sottoscritto vale, per espressa dichiarazione di legge, come transazione (art. 207 comma 6).

Se invece la composizione della lite non riesce, i componenti del CCT non possono essere chiamati quali testimoni nell'eventuale giudizio civile che abbia ad oggetto quella stessa controversia (art. 207 comma 7).

Il CCT cessa automaticamente al termine dell'esecuzione del contratto o in data anteriore sull'accordo delle parti (art. 207 comma 8).

Tuttavia, i principi contenuti nelle Direttive e nella delega legislativa, che come si è visto avevano un contenuto piuttosto ampio²⁰, si sono concretizzati

²⁰ *“razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto”.*

principalmente con l'adozione dell'articolo 211 del decreto legislativo n. 50/2016 il quale attribuisce all'ANAC uno specifico potere distinto in due ipotesi:

- a) da un lato viene sviluppata e perfezionata la disciplina vigente in materia dei precontenzioso dinanzi all'Autorità, sistematicamente ricondotta al concetto di ADR ("Alternative Dispute Resolution" -metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale);
- b) dall'altro si introduce una nuova forma di "controllo collaborativo" dell'Autorità, incentrato sul potere di adottare atti di "raccomandazione vincolante", finalizzati al ripristino della legalità violata, attraverso l'esercizio della autotutela obbligatoria delle stazioni appaltanti.

L'istituto del precontenzioso costituisce una delle competenze più sensibilmente rinnovate dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel recente D.lgs 18 aprile 2016, n. 50.

Sebbene esso si presenti all'apparenza come riproposizione di un istituto già in uso nel Codice del 2006, si tratta di un vero e proprio rilancio di uno strumento radicalmente rinnovato, a conferma della volontà del legislatore di offrire al mercato dei contratti pubblici una istanza di revisione dei procedimenti in funzione deflattiva del contenzioso.

Sotto il profilo sistematico per la prima volta, il precontenzioso compare in un autonomo articolo di legge, all'interno della parte VI, Capo II, rubricato "Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale" e, per la prima volta, l'istituto compare all'interno di una disposizione autonoma, rubricata "Pareri di precontenzioso", la quale supera la previsione del precedente Codice di "parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione" (art. 6, comma 7, lett. n).

Il precontenzioso odierno è, dunque, il frutto più maturo di un prudente, ma criticato e travagliato iter legislativo e amministrativo.

Dopo l'originaria previsione contenuta nell'art. 6, comma 7, lett.n) del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163, sull'impianto normativo sono intervenuti, ancorché con effetti indiretti, numerosi interventi di legge²¹; e il Regolamento di recente pubblicazione in Gazzetta Ufficiale - Nuovo Regolamento Anac sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie, d'ora in avanti Regolamento - rappresenta il quinto tentativo (il secondo nella nuova veste di Anac) dell'Autorità di predisporre la disciplina di dettaglio al fine di regolare le condizioni di accesso al procedimento, ammissibilità delle istanze, poteri istruttori, efficacia dei provvedimenti²².

I regolamenti dell'Autorità hanno inciso su aspetti molto delicati e controversi, che sono stati risolti nell'ottica di allargare quanto più possibile l'accessibilità all'istituto medesimo: tra questi, in particolare la legittimazione attiva alla istanza di parere, nonché la previsione del potere di pronunciarsi oltre la fase di gara. Sotto il primo profilo, l'indirizzo dei primi regolamenti dell'Autorità ha inteso estendere l'applicazione del precontenzioso all'iniziativa, anche disgiunta, delle parti, estendendo in via interpretativa la lettera della legge. In tal senso, il d.lgs 163/2006, ove prevedeva che l'iniziativa potesse essere "della stazione appaltante e di una o più delle altre parti" (art. 6, comma 7, lett. n), d.lgs 163/2006), è stato interpretato nel senso di voler dare accesso all'elenco dei soggetti interessati, sia la stazione appaltante sia una o più delle altre parti; inoltre, nella procedimentalizzazione della funzione, è stato chiarito che il potere della iniziativa non si arresta alla intervenuta aggiudicazione, ma potrebbe essere

²¹ Dal punto di vista legislativo, l'istituto non ha subito mutamenti diretti, tuttavia non si possono non considerare notevoli effetti indiretti sul precontenzioso di provvedimenti che hanno riguardato in via diretta la giurisdizione "speciale" in materia di appalti pubblici. Si pensi, a tal proposito, al recepimento della Direttiva 2007/66/Ce, cd direttiva ricorsi, recepita con d. lgs 20 marzo 2010 Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 n. 53 oppure alla riforma del processo amministrativo, che ha introdotto il codice del processo amministrativo, Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. Sul punto, cfr. gli spunti di L. Mascali, Brevi note a margine del recepimento della direttiva 2007/66/CE. Il precontenzioso davanti all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, in Rivista giuridica del Mezzogiorno, XXIV, 2010, n. 3, 1015- 1046.

²² Sul punto, il recente regolamento è Nuovo Regolamento Anac sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie del 13 ottobre 2016, pubblicato in G.U.R.I., Serie generale, 19 ottobre 2016, n. 245. Prima dell'attuale, si sono succeduti, nel corso del tempo, i seguenti regolamenti: Regolamento Avcp sul procedimento per la soluzione delle controversie del 10 gennaio 2008; Nuovo Regolamento Avcp sul procedimento per la soluzione delle controversie del 1 marzo 2012; Regolamento Avcp sul procedimento per la soluzione delle controversie del 24 aprile 2013; Nuovo Regolamento Anac sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie del 27 maggio 2015.

attivato anche durante la fase di esecuzione. Peraltro, nello stesso senso si deve osservare che l’Autorità non ha mai declinato nei propri regolamenti la possibilità offerta dalla seconda parte dell’articolo, che la abilitava a poter erogare il servizio anche a titolo oneroso (“si applica l’articolo 1, comma 67, terzo periodo della legge 23 dicembre 2005, n. 266”).

Con successivi regolamenti, il procedimento di precontenzioso è stato snellito nelle forme, con la possibilità degli uffici di optare per un parere con motivazione sintetica, e semplificato nelle procedure, con particolare riguardo alla digitalizzazione delle reciproche comunicazioni tra le parti e con l’Autorità, nella trasmissione delle memorie e dei documenti, al fine del contenimento dei tempi per la resa del parere.

Attraverso i pareri di precontenzioso l’Autorità ha, così, potuto marcare in modo sempre più diffuso la sua presenza nel mercato degli appalti, guadagnando autorevolezza e credibilità nelle pronunce, pur rimanendo sempre limitata ad un effetto di *moral suasion* idoneo a incidere sui provvedimenti delle stazioni appaltanti.

Di contro, la mancata espressa previsione della efficacia vincolante del parere ne frenava inesorabilmente l’affermazione.

In sede giurisdizionale, le pronunce amministrative affermavano infatti che i pareri resi dalla soppressa Avcp non contenevano *“alcun precetto volto a modificare autoritativamente la realtà giuridica su cui si innesta ... non è revocabile in dubbio che l’Autorità ... si è limitata a segnalare la circostanza all’amministrazione appaltante, senza annullare (non avendone il potere) i relativi atti, ma sollecitando eventualmente l’esercizio dei poteri di autotutela (tale deve essere il significato dell’invito a mettere in atto le necessarie azioni per garantire la conformità del suo operato alle vigenti disposizioni normative) e dunque rispettando pienamente l’autonomia dell’ente locale, senza imporgli alcun comportamento o attività necessitata”*²³.

²³ Consiglio di Stato, sez. IV sentenza 12 settembre 2006, n. 5317.

Peraltro, laddove veniva impugnato tale parere, la difesa dell’Autorità avanzava la mancanza di effetti lesivi del parere sulle posizioni giuridiche soggettive dei soggetti coinvolti. Emblematica appare a tal riguardo la pronuncia di un T.A.R., secondo cui *“è fondata l’eccezione pregiudiziale dell’ANAC di inammissibilità dell’impugnazione del suo parere che, avendo natura facoltativa e non vincolante per la stazione appaltante, è privo di carattere lesivo”*²⁴.

L’effetto paradossale che ne derivava attestava che ogni successo processuale, invece di difendere e rafforzare l’istituto stesso, rischiava invero di affossarlo.

6.1 Il parere di precontenzioso

Il primo rinnovato strumento di deflazione del contenzioso è dunque disciplinato dal comma 1 dell’articolo 211 il quale dispone *“Su iniziativa della stazione appaltante o di una o piu' delle altre parti, l'ANAC esprime parere relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante e' impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo”*.

Il parere dell’ANAC viene reso su iniziativa della stazione appaltante, o di uno o più delle altre parti, e riguarda questioni insorte durante la procedura di gara.

Rispetto alla disciplina sinora contenuta nel d.lgs. n. 163/2006, il parere ha portata *“vincolante”* per le parti che abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito.

²⁴ T.A.R. Bolzano, sent. 27 agosto 2015, n. 270.

Peraltro, la vincolatività non ne esclude l'impugnazione davanti al giudice amministrativo, con la precisazione che se il ricorso viene respinto, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente (che si era vincolata a rispettare il parere e poi lo ha impugnato) ai fini delle spese di lite e dei presupposti della lite temeraria (art. 26 del codice del processo amministrativo).

Il testo attualmente vigente dell'articolo 211 ha fatto propri i rilievi espressi dal Consiglio di Stato con il parere n. 855/2016 attraverso il quale aveva evidenziato che *“questo metodo alternativo di risoluzione delle controversie pone problemi e merita approfondimenti sul piano della compatibilità con la delega e sul versante dell'armonizzabilità con il principio di indisponibilità dell'interesse legittimo, da ultimo confermato dall'art. 12 del codice del processo (che limita alle posizioni aventi la consistenza di diritto soggettivo la compromettibilità in arbitri delle controversie devolute al giudice amministrativo)”*.

In tal senso, per assicurare la compatibilità con la Costituzione e con la delega, il Consiglio di Stato, consapevole della delicatezza della classificazione dell'istituto nella definizione di ADR, aveva suggerito la necessità di *“evitare la trasformazione di questa procedura in un rimedio alternativo alla giurisdizione amministrativa”* ed aveva auspicato la precisazione dell'impugnabilità del parere vincolante innanzi agli organi della giustizia amministrativa.

Il problema nasceva, secondo l'adunanza della Commissione speciale appositamente convocata per il parere, dalla compatibilità con il principio di indisponibilità dell'interesse legittimo, secondo cui solo le posizioni di diritto soggettivo possono formare oggetto di compromesso in arbitri e non certo quelle di interesse legittimo (e della corrispettiva posizione di potere della pubblica amministrazione).

Sulla base di questi rilievi sia il parere che la raccomandazione sono stati dichiarati impugnabili davanti al giudice amministrativo, con il rito dell'art. 120 c.p.a., e dunque sono atti che rientrano nel novero dei “connessi” provvedimenti dell'ANAC soggetti a tale rito.

6.1.1 Ambito oggettivo di applicazione dell'articolo 211, comma 1

La formulazione della norma sembrerebbe riferirsi ad un ambito oggettivo comprensivo di ogni "questione insorta", espressione quest'ultima idonea a ricomprendere sia i dubbi esegetici ed applicativi sul come decidere una concreta fattispecie, sia il caso in cui si faccia questione della legittimità di una decisione già adottata.

Da una prima analisi della disposizione può tuttavia escludersi che la norma possa avere ad oggetto anche la legittimità di atti.

In primo luogo in ragione della natura tendenzialmente preventiva del parere, ma anche perché un potere ricostruito in siffatti termini finirebbe per sovrapporsi, come si avrà modo di vedere, alla disciplina della "raccomandazione" ai fini dell'autotutela (secondo potere attribuito ad ANAC dall'art. 211).

Qualora si sostenesse il contrario, infatti, si tratterebbe di uno strumento consultivo non concretamente utilizzabile dall'amministrazione atteso che non è verosimile che quest'ultima, in luogo di chiedere un parere preventivo, emetta l'atto, per sottoporlo subito dopo ad una sorta di auto impugnativa dinanzi all'ANAC.

In ogni caso anche se a richiedere il parere fosse uno degli offerenti le criticità non mancherebbero.

La richiesta del parere "vincolante" su un atto amministrativo, avanzata dal privato, nient'altro sarebbe che un'impugnativa in sede amministrativa, o, più propriamente, un ricorso gerarchico improprio. Ne deriverebbe, sul versante interpretativo, l'esigenza di un richiamo alle disposizioni generali in tema di ricorsi amministrativi e di rapporto con il ricorso giurisdizionale, con conseguenti complicazioni di non poco momento, in un quadro già di suo complesso.

È opportuno quindi scartare questa opzione esegetica.

L'ipotesi sulla quale devono concentrarsi i primi sforzi esegetici è quindi la richiesta del parere su questione dubbia ma ancora non decisa.

6.1.2 Natura giuridica ed effetti del parere

Attraverso l'articolo 211 il legislatore sembra aver introdotto nell'ordinamento una nuova tipologia di parere: il parere facoltativo a carattere vincolante.

La dottrina tradizionalmente ha descritto il parere in relazione al profilo della doverosità della relativa richiesta, così distinguendo i pareri facoltativi da quelli obbligatori. All'interno dei pareri obbligatori ha poi distinto, avendo riguardo agli effetti sull'azione successiva e conseguente dell'amministrazione, tra pareri vincolanti cui l'amministrazione deve uniformarsi, e pareri non vincolanti dai quali l'amministrazione può discostarsi adeguatamente motivando²⁵.

Nella fattispecie disciplinata dall'articolo 211 si è invece dinanzi ad una ipotesi nuova: un parere facoltativo quanto alla richiesta, ma vincolante negli effetti.

Si tratta tuttavia di una vincolatività soggettivamente limitata. Tutti i soggetti, pubblici e privati, coinvolti nella gara possono chiedere parere ad ANAC, ma il parere vincola solo le parti che vi abbiano aderito.

Ad una prima lettura, tuttavia, la norma appare equivoca: sembra infatti trattare le parti come se esse fossero sullo stesso piano, trascurando che nell'ambito di un rapporto amministrativo la parte pubblica ha il potere/dovere di agire mentre la parte privata soggiace secondo lo schema dell'interesse legittimo, salva, ovviamente, l'azione di annullamento.

Ne consegue che se a chiedere il parere è l'amministrazione, e questa dovrebbe la casistica a maggior ricorrenza, essa dovrà inevitabilmente uniformarsi attraverso un atto amministrativo capace per sua natura di imporsi unilateralmente. All'offerente pretermesso non basterà opporre la mancata adesione al parere per svincolarsi, poiché il vincolo giungerà per il tramite

²⁵ Si veda, a titolo esemplificativo, nella manualistica più recente, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, 2011, p. 475, che distingue fra: pareri obbligatori "se la loro acquisizione è prescritta dalla legge; parere facoltativi se "non sono previsti dalla legge; l'amministrazione può di propria iniziativa richiederli, purché ciò non comporti un ingiustificato aggravamento del procedimento"; pareri semivincolanti se "possono essere disattesi mediante l'adozione del provvedimento da parte di un organo diverso da quello che di norma dovrebbe emanarlo, impegnandone la responsabilità politica o amministrativa" (così era per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica prima delle modifiche introdotte dalla L. 69/2009); pareri vincolanti se si tratta di "pareri obbligatori che non possono essere disattesi dall'amministrazione, salvo che li ritenga illegittimi"; pareri conformi che "lasciano all'amministrazione attiva la possibilità di decidere se provvedere o meno; se essa provvede, non può però disattenderli".

dell'azione amministrativa uniformata. Piuttosto, il privato, attesa la vincolatività del parere, sarà onerato, se vuol in qualche modo contrastare la futura azione dell'amministrazione, di impugnare immediatamente il parere e chiederne la sospensiva.

Occorre a questo punto domandarsi se anche l'amministrazione che dissente dal parere, dalla medesima richiesto o al quale abbia comunque aderito, possa impugnare.

Tale circostanza dovrebbe ragionevolmente escludersi alla luce del principio di leale collaborazione fra le istituzioni: la natura facoltativa del parere, dal lato della richiesta, combinato alla vincolatività negli effetti, rende inammissibile una "riserva" di impugnazione in caso di mancato gradimento.

La questione acquisisce ancora maggiore interesse nel caso in cui sia il privato a richiedere il parere.

In questo caso la principale novità della norma rispetto alle previsioni precedenti, che comunque consentivano la consulenza ANAC (vedi art. 6, comma 7, lett. n del codice previgente), è il carattere vincolante del parere.

Occorre tuttavia rilevare che la prevista vincolatività non è accompagnata da strumenti che ne garantiscano l'effettività, quando a chiedere il parere siano i privati.

Il privato non ha la disponibilità dell'oggetto del contendere, che è invece in mano al potere di azione della stazione appaltante. Di conseguenza se l'ANAC conferma la correttezza delle sue tesi, egli non ha comunque strumenti per sfruttare la valenza favorevole del parere. L'amministrazione che non ha aderito preventivamente alla richiesta di parere, non è, pertanto, giuste previsioni di legge, vincolata e può discostarsene; né ha l'onere di impugnarlo poiché il parere si può e si deve impugnare solo se è vincolante.

In conclusione, il parere chiesto dai privati continuerà ad avere gli effetti che ha sempre avuto in passato: una capacità di influenza in forza dell'autorevolezza dell'autorità dalla quale promana²⁶.

Un effetto di reale vincolo si produrrà solo se a chiedere sia l'amministrazione.

Questo valore aggiunto ha tuttavia un oggettivo ed inevitabile costo sul versante procedimentale e giurisdizionale.

Sotto il profilo procedimentale è chiaro che se l'amministrazione chiede un parere vincolante è ragionevole che essa si fermi ad attenderne il riscontro. Ma è altrettanto ragionevole che ciò avvenga anche se a chiedere il parere sia uno degli offerenti.

Inevitabilmente quindi si verificherà una dilatazione dei tempi delle gare.

La natura vincolante del parere introduce altresì complicazioni anche sul versante giurisdizionale. Il parere dev'essere impugnato, pena l'inammissibilità dell'impugnazione dell'atto amministrativo che lo recepisce, e dunque se la vicenda riguarda ad esempio una possibile esclusione, ancor prima che arrivi l'atto amministrativo conforme al parere l'offerente interessato, o l'offerente controinteressato (a seconda del tenore del parere), avrà un ulteriore atto da contestare con conseguente aggravio sul versante giurisdizionale.

6.1.3 Criticità e problemi applicativi

La nuova disciplina introdotta dal primo comma dell'articolo 211 del decreto legislativo n. 50/2016 pone alcune criticità di carattere pratico.

La prima questione riguarda l'ambito soggettivo della vincolatività del parere.

Il parere, infatti, per essere pienamente efficace, dovrebbe vincolare non solo il singolo operatore e la stazione appaltante, ma anche tutti i controinteressati.

²⁶ R. De Nicolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 5/2016, osserva che "tale meccanismo potrà essere efficace solo se l'ANAC saprà, nei suoi pareri, essere talmente autorevole da far rendere prevedibile che in un eventuale contenzioso giurisdizionale il giudice non potrebbe che aderire alla tesi del parere. Diversamente, il rischio è che il contenzioso si moltiplichi, aggiungendosi a quello sugli atti di gara quello sui pareri dell'ANAC".

In altri termini, il meccanismo dell'accordo delle parti, ben si adatta ai rapporti patrimoniali di carattere bilaterale, molto meno a rapporti amministrativi che nella maggior parte dei casi hanno carattere trilaterale (parte interessata, pubblica amministrazione, controinteressati).

E' ben difficile che parti interessate e controinteressate raggiungano una spontanea adesione preventiva al parere dell'ANAC.

Tanto più che, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria, il numero dei potenziali controinteressati di una procedura di gara, è potenzialmente pari al numero dei concorrenti.

Ne deriva che un parere ANAC vincolante per una o due parti, potrebbe essere contestato senza limiti da altri soggetti, specie quando al parere si attenga la stazione appaltante in favore della sua controparte diretta.

La seconda questione pratica, come si è già accennato, attiene alla portata del vincolo per i soggetti che vi abbiano preventivamente acconsentito.

Il tema va affrontato sotto due profili:

- a) nell'ottica della stazione appaltante: nel caso in cui l'ANAC ritiene che l'atto di gara sia illegittimo, il vincolo impone un dovere di intervenire in autotutela; con la relativa procedura, che comporterà l'avviso a tutti i soggetti interessati e controinteressati, ivi compresi terzi che non sono vincolati dall'atto ANAC, con quel che ne consegue sul piano della sua impugnazione;
- b) nell'ottica del privato concorrente: il vincolo implica, se l'ANAC ritiene che l'atto di gara sia legittimo, che il soggetto dovrebbe astenersi da contestazioni ulteriori dell'atto di gara. Ma non sembra sia così, sia considerando i tempi entro cui arriva il parere dell'ANAC, sia considerando la stessa previsione di legge che consente di impugnare il parere dell'ANAC.

La terza criticità attiene al termine di legge entro cui l'ANAC deve pronunciarsi sulla richiesta di parere, prevista in trenta giorni dalla richiesta.

Questo termine corrisponde numericamente a quello previsto per la proposizione del ricorso giurisdizionale, e quanto alla decorrenza addirittura lo supera.

Il rischio evidente è dunque quello di non sortire l'effetto deflattivo del contenzioso giurisdizionale, principio e obiettivo a fondamento dell'istituto del precontenzioso (oltre che criterio della legge delega).

Infatti il termine di trenta giorni decorre dalla richiesta delle parti, che ordinariamente sarà successiva alla data di conoscenza dell'atto e dunque al *dies a quo* per il decorso del termine, sempre di trenta giorni, per il ricorso giurisdizionale.

Le parti, per non decadere dal termine di impugnazione, saranno comunque quindi costrette a proporre ricorso giurisdizionale, con tutte le conseguenze in tema di contributo unificato.

Per tale ragione il Consiglio di Stato con il proprio parere auspicava che l'ANAC, con proprio regolamento interno, intervenisse disciplinando il precontenzioso e abbreviando significativamente tale termine. In alternativa, *“bisognerebbe riportare il termine del ricorso giurisdizionale da 30 a 60 giorni e, se del caso, trasformare la fase davanti all'ANAC in una condizione di procedibilità del ricorso giurisdizionale (legata a termini brevissimi per non ritardare la definizione della lite)”*.

La quarta questione pratica è se, una volta emanato il parere vincolante dell'ANAC, il contenzioso si sposti tutto su tale parere assorbendo i provvedimenti, almeno per l'operatore economico privato che ha consentito preventivamente a tale parere, o invece resti l'onere di impugnare anche i provvedimenti originari contestati.

A rigore di logica sembra preferibile tale seconda soluzione, perché l'atto dell'ANAC non incide direttamente su tali provvedimenti, ma si limita a dare un parere sulla loro legittimità.

Secondo la disciplina sinora vigente il parere dell'ANAC non era vincolante e dunque non era impugnabile, sicché anche dopo l'espressione del parere, il contenzioso aveva ad oggetto sempre e solo gli atti di gara. Nella nuova disciplina, invece, il parere vincolante è impugnabile, sicché oggetto del giudizio sono sia gli atti originari di gara e sia il parere ANAC, con il rischio di un aumento del contenzioso.

Infine, quanto alla legittimazione a impugnare il parere vincolante, sembra vada riconosciuta non solo al privato concorrente che non si reputa soddisfatto dal parere (e che impugnerà sia i provvedimenti originari di gara che il parere dell'ANAC), ma anche alla stazione appaltante che non condivida un parere ad essa sfavorevole e non intenda ad esso adeguarsi (verosimilmente con un atto di autotutela).

Resta poi piena la legittimazione ad impugnare il parere da parte di terzi controinteressati che ad esso non abbiano preventivamente aderito.

In conclusione, qualora il parere dell'ANAC non dovesse avere un'autorevolezza tale da scoraggiare eventuali impugnazioni, il rischio è che il contenzioso si moltiplichi, aggiungendosi a quello sugli atti di gara quello sui pareri dell'ANAC, vanificando quello che era l'obiettivo principale dell'istituto.

6.1.4 Regolamento sui pareri di precontenzioso

Con Regolamento pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 245 del 19 ottobre 2016, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha completato le previsioni codicistiche di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 disciplinando il procedimento per il rilascio dei pareri di precontenzioso.

Il provvedimento sostituisce i regolamenti già approvati ai sensi dell'art. 6, comma 6, lett. n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il vecchio

Codice dei contratti pubblici, secondo cui l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture – poi assorbita dall’ANAC – “su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione; si applica l’articolo 1, comma 67, terzo periodo, della legge 23 dicembre 2005, n. 266”.

Il procedimento di rilascio del parere sembra riconducibile al fenomeno delle ADR, ma con alcuni elementi di specialità.

La procedura, infatti, si fonda sulla volontà delle parti, *“in base ad un sistema binario”*, a seconda che vi sia o meno l’assenso all’efficacia vincolante del parere, e sfocia in un atto amministrativo che, quando ha efficacia vincolante, può essere impugnato in sede giurisdizionale.

È possibile ritenere che il consenso debba essere esplicito e non possa desumersi dalla formulazione dell’istanza di parere, che è un mero atto di impulso, di per sé privo di una manifestazione di volontà diretta ad assoggettarsi al parere.

Al contrario non è chiaro se il parere acquisti efficacia vincolante solo in presenza dell’assenso di tutte le parti interessate o anche solo nei confronti di quelle che hanno prestato il consenso.

Sulla base della formulazione letterale della disposizione primaria, secondo cui *“il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente consentito ad attenersi a quanto in esso stabilito”* sembra potersi propendere per la seconda soluzione e in tal senso dispone il regolamento.

È dunque possibile che il parere non sia vincolante nei confronti di tutte le parti tra cui sorge contenzioso.

Su tale profilo, il problema della giustificazione teorica dell’istituto all’interno del sistema amministrativo, nel quale vige il principio di indisponibilità dell’interesse legittimo e il conseguente divieto di arbitrato, si interseca con quello del modello ad efficacia soggettiva variabile scelto dal regolamento, ed ancor prima dalla legge, per cui il parere è vincolante solo nei confronti delle parti che hanno aderito alla procedura.

La Commissione speciale del Consiglio di Stato, incaricata di rendere il parere sullo schema di regolamento, ha osservato che l'ancoraggio della vincolatività del parere al consenso delle parti è necessario se si vuole mantenere la distanza dai mezzi processuali, essendo la caratteristica principale delle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie.

È ben vero che le ADR attengono a diritti disponibili, ma tale principio appare insuperabile solo nell'ambito dei mezzi non aggiudicativi, come la mediazione o la negoziazione assistita, che hanno una connotazione marcatamente privatistica, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale. Nell'ipotesi in esame, invece, la procedura è svolta e decisa da un organo pubblico, che appartiene al novero delle Autorità indipendenti di settore, come AGCM, cui sono riconosciute funzioni non lontane dalla giurisdizione. Il pericolo, allora, è proprio quello di una processualizzazione dell'istituto, contraria alla sua *ratio*, che la Commissione suggerisce di evitare indicando una serie di specifici correttivi.

La distinzione rispetto al processo tuttavia non può comportare una riduzione delle garanzie al di sotto dello standard minimo, che il Consiglio di Stato ha individuato nella legge sul procedimento amministrativo.

Poiché, però, il parere precontenzioso va reso, per legge, entro 30 giorni dalla richiesta, la disciplina regolamentare tende a ridurre al minimo l'istruttoria e le garanzie di partecipazione, rendendo l'iter molto veloce, con il rischio però di sfociare nel sommario e superficiale.

Rispetto alle versioni precedenti si è passati da un modello con audizione obbligatoria delle parti, dinanzi all'intero Consiglio, al modello odierno, di procedimento scritto, praticamente senza contraddittorio, e in cui fa praticamente tutto l'Ufficio del precontenzioso, mentre il consigliere relatore e il Consiglio di fatto ratificano l'operato dell'ufficio.

La Commissione del Consiglio di Stato individua tuttavia quattro aree di criticità della procedura costruita dal regolamento, in larga misura dipendenti dal modello previsto dalla fonte primaria.

In primo luogo, una volta sancita l'impugnabilità del parere, non sembra più necessario subordinare l'efficacia vincolante al previo consenso delle parti. Nell'ordinamento, quando è previsto il ricorso (facoltativo) ad una Autorità indipendente, l'efficacia vincolante della decisione non è subordinata al previo consenso delle parti (si pensi al ricorso al difensore civico o alla commissione per l'accesso), ma tale soluzione non è perseguibile *de iure condito*.

In secondo luogo, l'efficacia soggettiva variabile compromette, se non l'effetto di deflazione, la linearità del sistema. Si pensi al caso della stazione appaltante che, sottoposta all'efficacia vincolante del parere, decida di adeguarsi ad esso. La parte che non è sottoposta alla forza vincolante del parere potrà limitarsi a dedurre l'inefficacia nei suoi confronti, con la conseguenza che – se sfavorevole – non sarà tenuta per tutelarsi a impugnarlo o a partecipare al giudizio da altri instaurato. Tuttavia, resterà pur sempre pregiudicata dal provvedimento adottato sulla base di tale parere, ragion per cui dovrà impugnarlo, ciò dando luogo a un problematico rapporto tra i due giudizi.

In terzo luogo, il parallelismo con l'arbitrato non convince pienamente: in ambito civilistico, la struttura contrattuale del compromesso e dalla clausola compromissoria fa sì che non è revocabile l'assenso; nell'istituto in esame, invece, il carattere unilaterale del vincolo fa pensare alla possibilità di un ripensamento della parte stessa.

In quarto luogo, si pone il problema di individuare la disciplina applicabile al procedimento (termini, rapporti con la tutela giurisdizionale, inammissibilità e improcedibilità, revocazione, etc.) laddove non espressamente prevista.

Per tali ragioni lo stesso consiglio di Stato ha elaborato una serie di rilievi al fine di migliorare la procedura e garantire le parti interessate alla decisione.

In primo luogo è stato chiarito l'ambito di applicazione dell'istituto, che riguarda "questioni" e non "controversie" e si estende anche oltre la stipulazione del contratto, sempre che abbia ad oggetto situazioni relative alla procedura di gara, poiché in tal senso milita la lettera della legge e non può escludersi l'utilità di una soluzione precontenziosa anche in una fase avanzata dell'appalto.

In secondo luogo si è suggerito di precisare che l'istanza di parere precontenzioso, salva l'ipotesi in cui sia stata proposta contestualmente da tutti i soggetti coinvolti nella vicenda, venga comunicata a "tutti i soggetti interessati alla soluzione della questione oggetto della medesima", dovendosi intendere nell'ampia dizione di "interessati" anche quelli che nel processo amministrativo sarebbero controinteressati, coerentemente al significato che detto termine ha negli articoli in esame, allorquando si usa l'espressione "parti interessate" per designare tutti coloro la cui posizioni giuridiche sono toccate dal parere. Tale soluzione è apparsa preferibile, oltre che per ragioni di coerenza sistematica, anche sul piano strettamente lessicale: il termine controinteressato assume una diversa valenza secondo che si riferisca al procedimento o al processo, poiché nel primo il controinteressato è colui che, senza essere destinatario dell'atto, può riceverne pregiudizio (cfr. art. 7 della legge n. 241 del 1990) e perciò è legittimato ad impugnare il provvedimento finale, nel secondo il controinteressato è colui che vanta un interesse uguale e contrario a quello del ricorrente, quindi nella posizione di resistere al ricorso. Impiegare il termine "controinteressato" nel contesto della procedura di precontenzioso, dunque, darebbe adito a dubbi interpretativi.

In terzo luogo è apparso opportuno ripristinare l'audizione delle parti dinanzi all'Autorità, almeno per le controversie di maggior rilievo, collocandola dopo la scadenza del termine per prestare l'eventuale assenso al parere. La brevità del termine per concludere il procedimento non costituisce un impedimento assoluto, purchè si abbia l'accortezza di prevedere modalità di convocazione rapide, ad esempio in forma telematica, e un contraddittorio orale semplificato e senza formalità.

In quarto luogo è stata suggerita l'eliminazione della disposizione relativa al riesame del parere vincolante, foriera di ulteriori complicazioni, nell'ipotesi, invero piuttosto probabile, di un'interferenza tra il procedimento di riesame e il processo, attesa l'impugnabilità dei pareri vincolanti dinanzi al giudice amministrativo.

Da ultimo, è stata integralmente riformulata la disposizione relativa agli effetti del parere. La Commissione ha distinto tre ipotesi:

- a) la prima è l'obbligo di comunicazione all'ANAC della stazione appaltante che abbia manifestato la volontà di attenersi al parere, avente ad oggetto la eventuale proposizione di ricorso giurisdizionale avverso il parere ovvero le determinazioni adottate al fine di adeguarsi al parere stesso;
- b) la seconda è l'obbligo di comunicazione all'ANAC delle parti diverse dalla stazione appaltante che abbiano manifestato la volontà di attenersi al parere, avente ad oggetto la eventuale proposizione di ricorso giurisdizionale avverso il parere ovvero l'avvenuta acquiescenza al parere;
- c) la terza è l'obbligo di comunicazione all'ANAC delle parti che non hanno manifestato la volontà di attenersi al parere, avente ad oggetto le proprie determinazioni conseguenti al parere.

6.1.5 Prime applicazione dell'articolo 211, comma 1

Ad oggi l'Autorità ha fatto applicazione del nuovo articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 in tre occasioni.

Nei primi due casi, nonostante l'istanza fosse stata presentata in applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici, l'ANAC nel rilascio del parere fa applicazione del d.lgs. 163/2006, mentre nel terzo caso ricorre alla nuova disciplina.

a) In particolare nel caso trattato dalla Delibera n. 617 del 8 giugno 2016, l'Autorità ha dovuto decidere circa la legittimità dell'attivazione del soccorso istruttorio, con conseguente applicazione della relativa sanzione pecuniaria, all'ipotesi di omessa produzione della dichiarazione con cui l'operatore economico avrebbe dovuto autocertificare il possesso dei requisiti relativi alla progettazione, secondo le modalità previste dal disciplinare di gara.

L'Anac ha concluso per l'applicabilità del procedimento e della relativa sanzione, in quanto la dichiarazione circa il possesso dei requisiti di capacità progettuale, ai sensi dell'art.53, c.3 del d.lgs. 163/2006, è richiesta espressamente dalla legge.

Al contrario la sola allegazione dei curricula dei professionisti incaricati non può sostituire la dichiarazione a firma del legale rappresentante del concorrente circa il possesso, in proprio o attraverso le altre modalità consentite (in questo caso attraverso l'indicazione di progettisti incaricati), dei requisiti di capacità progettuale richiesti dalla *lex specialis*.

Si è pertanto di fronte ad una carenza da ritenersi essenziale, che pertanto giustifica la richiesta di pagamento di una sanzione.

b) Nel secondo caso viene sottoposto al vaglio dell'Autorità la legittimità o meno della richiesta avanzata dalla stazione appaltante nei confronti dell'impresa aggiudicataria, in sede di sottoscrizione del relativo contratto, di stipulare apposita polizza fidejussoria a garanzia del periodo di manutenzione delle opere oggetto di gara.

L'Autorità, dopo aver appurato che il d.lgs. 163 del 2006, applicabile alla procedura de qua, disegnava un peculiare e specifico sistema di garanzie distinguendo la cauzione provvisoria (ex art. 75), la cauzione definitiva (ex art. 113), la polizza di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento dell'attività di progettista (ex art. 111), la polizza assicurativa e per responsabilità verso i terzi per i danni da esecuzione (ex art. 129, comma 1), la polizza decennale per danni da rovina e responsabilità civile verso terzi (solo per lavori superiori ad un determinato importo, art. 129, comma 2) e la garanzia globale (solo per lavori superiori ad un determinato importo, art. 129, comma 3), osservava che la *lex specialis* di gara non riportava in nessun documento riferimenti o rinvii all'obbligo per l'aggiudicatario di prestare una garanzia ulteriore e diversa quale quella oggetto di contestazione.

L'Autorità quindi ritenendo che la società istante abbia dimostrato la serietà della propria offerta impegnandosi a garantire comunque un'affidabile

esecuzione contrattuale, ritiene che non è legittima la clausola contrattuale che imponga all'aggiudicatario l'obbligo di costituire una polizza assicurativa ulteriore a garanzia del periodo di manutenzione offerto in sede di gara, senza una corrispondente specifica previsione nella *lex specialis*.

c) Nell'ultimo caso esaminato le imprese istanti rappresentano che la Commissione di gara riservava una aliquota di punteggio alle offerte recanti migliorie non richieste dal disciplinare; chiedono quindi se tale condotta sia legittima e se la Commissione debba limitarsi a modificare i punteggi eliminando i punti attribuiti per le migliorie non contemplate, o se debba riesaminare nel merito le offerte tecniche, pur avendo già aperto le offerte economiche.

L'Autorità richiamando la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato Sez. V, 31 marzo 2016, n. 1270) secondo cui nelle gare pubbliche il punteggio numerico assegnato ai singoli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa integra una sufficiente motivazione a condizione che siano prefissati, con chiarezza e adeguato grado di dettaglio, i criteri di valutazione, prevedenti un minimo ed un massimo, e solo la presenza di criteri sufficientemente puntuali consente la verifica dell'operato dell'Amministrazione da parte del privato, nonché l'effettivo esercizio del sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo, ritiene che nel caso di specie, al momento della predisposizione dell'offerta i concorrenti non erano posti in condizione di sapere che una parte del punteggio sarebbe stata attribuita ad eventuali migliorie proposte.

L'ANAC quindi rilevando la possibilità di applicare l'articolo 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ritiene che è illegittima l'attribuzione del punteggio dell'offerta tecnica da parte della commissione di gara in quanto i concorrenti non erano posti in condizione di sapere che una parte del punteggio sarebbe stata attribuita ad eventuali migliorie proposte; appare pertanto legittimo eliminare il punteggio attribuito alle migliorie offerte e conseguentemente

effettuare una riparametrazione di tutte le offerte tecniche in maniera proporzionale.

6.2 Potere di raccomandazione (art. 211, comma 2)

Con il dettato normativo di cui all'articolo 211 comma 2 il codice ha attribuito all'ANAC un nuovo penetrante strumento di precontenzioso: la raccomandazione vincolante.

Siffatta previsione, come si avrà modo di vedere nel proseguo della trattazione, pone molteplici questioni di coerenza sistematica e di compatibilità con l'attuale ordinamento giuridico.

Appare però opportuno procedere con ordine.

Il secondo comma dell'articolo 211 stabilisce che "Qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250,00 e il limite massimo di euro 25.000,00, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente decreto. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo".

Il potere in questione trova fondamento nella lett. t) della legge delega, che prevede l'attribuzione all'ANAC di poteri di "raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché poteri di adozione di atti di

indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e atti assunte dall'Autorità innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa".

Il primo aspetto che salta all'attenzione è che la raccomandazione, nonostante il suo nome, è espressamente qualificata come "vincolante" ed è stabilito che il mancato adeguamento ad essa nel termine fissato è punito con sanzione amministrativa pecuniaria da 250 a 25.000 euro. Inoltre l'inosservanza della raccomandazione incide sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti ai fini della loro qualificazione (art. 37, anche se erroneamente l'art. 211 comma 2 fa rinvio all'art. 36, che riguarda gli appalti sotto soglia).

Il Consiglio di Stato aveva espresso un parere negativo su tale disposizione, ritenuta invasiva di prerogative delle stazioni appaltanti, e assai mal coordinata con la disciplina generale sull'autotutela (che non richiede solo l'esistenza di un vizio di legittimità, ma anche un interesse pubblico concreto e attuale, e il rispetto di termini massimi per il suo esercizio, scanditi nella l. n. 241/1990).

Il Consiglio di Stato aveva, in sintesi, osservato che:

- a) si introduce un potere di sospensione immediata e uno di annullamento mascherato che esorbitano dai meccanismi collaborativi ammessi dalla Corte cost. con la sentenza 14 febbraio 2013 20, pronunciatasi sull'art. 21 bis della legge n. 287/1990;
- b) sul crinale della ragionevolezza e della presunzione di legittimità degli atti amministrativi, la sanzione colpisce il rifiuto di autotutela, ossia un provvedimento amministrativo di cui è da presumere la legittimità fino a prova contraria. Si crea in questo modo una sorta di responsabilità da atto legittimo.

Il Consiglio di Stato aveva suggerito una riformulazione in chiave di controllo collaborativo, ispirata alla disciplina dettata dall'art. 21-bis della legge n. 287/1990, compatibile con i principi costituzionali e con i limiti della legge

delega, che parla di “controllo” al fine di giustificare il potere dell’ANAC, usando una locuzione coincidente con la qualificazione usata dalla Consulta con riguardo alla legittimazione processuale conferita dall’art. 21 bis cit. all’Autorità garante della concorrenza e del mercato²⁷.

Il Consiglio di Stato quindi evidenziava quello che da subito è apparso come uno dei principali problemi.

La norma, infatti, impone di fatto l’esercizio di un potere di autotutela che per definizione è discrezionale, e lo fa sotto minaccia di una sanzione pecuniaria a carico del funzionario, nonché di un sanzione “dequalificante” nei confronti della stazione appaltante.

Trattasi, quindi, non di “raccomandazione”, ma di un precetto corredato da sanzione.

È evidente che nessun funzionario potrebbe rifiutarsi di eseguire quello che è un vero e proprio ordine.

Il funzionario che volesse disobbedire dovrebbe, per evitare di esporsi ad una sanzione certa, impugnare l’ordine; e la stessa cosa dovrebbe fare la stazione appaltante per evitare ripercussioni sul suo *rating* reputazionale.

E’ chiaro però che entrambi i soggetti, il funzionario e l’amministrazione, potrebbero evitare tali conseguenze e quindi evitare di incorrere in responsabilità semplicemente annullando l’atto.

Quindi, la raccomandazione è, negli effetti, un vero e proprio ordine.

Ma vi è di più.

E’ un ordine che si pone in contrasto con l’intera disciplina dell’autotutela come delineata dalla L. n. 241 del 1990²⁸:

i) da un lato ne elimina il carattere discrezionale poiché lo àncora esclusivamente alla mera sussistenza di una illegittimità, obliterando l’esigenza di dimostrare

²⁷ In tal senso si veda Corte cost., 14 febbraio 2013 n. 20

²⁸ R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 5/2016, osserva che il sollecito all’autotutela, in virtù di una interpretazione restrittiva, dovrebbe implicare “una selezione preventiva, da parte dell’ANAC, dei casi più rilevanti, quali quelli stessi che secondo le direttive comunitarie giustificano la “risoluzione” che altro non è che un’autotutela per vizi originari di legittimità (v. artt. 108 e 176), o quelli in cui i vizi della gara acquisiscono anche una rilevanza penale”

l'esistenza di interessi pubblici ulteriori, nonché il vaglio dello spessore dell'affidamento *medio tempore* ingeneratosi in capo al privato;

ii) dall'altro ne elimina il carattere di *contrarius actus* poiché sostanzialmente ad annullare è ANAC.

6.2.1 Autotutela amministrativa

L'autotutela amministrativa è stata storicamente definita come la capacità dell'amministrazione di farsi ragione da sé, ovvero come la facoltà riconosciuta dall'ordinamento di rimuovere gli ostacoli alla realizzazione del risultato cui mira il provvedimento, con conseguente possibilità per la pubblica amministrazione di risolvere i conflitti, attuali o potenziali, eventualmente insorgenti con i destinatari degli atti amministrativi senza la necessità dell'intervento di un giudice.

In linea generale può ritenersi che lo *ius poenitendi* della p.a. individui il proprio fondamento ed il proprio maggiore limite nel principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione in virtù del quale l'amministrazione deve adottare atti il più possibile rispondenti alle finalità cui è preordinata l'attribuzione del potere.

Se, dunque, per un verso il principio di buon andamento legittima l'adozione di atti di riesame che abbiano l'effetto di conformare la situazione di fatto all'interesse pubblico, è per contro necessario che l'esercizio del potere risponda effettivamente all'esigenza di assicurare il perseguimento di un interesse generale. Ebbene, in questo contesto assumono rilievo anche le posizioni di soggetti privati che abbiano conseguito vantaggi, adottato scelte ed operato investimenti confidando incolpevolmente nell'assetto di interessi definito dal provvedimento illegittimo: affinché il travolgimento delle loro posizioni sia legittimo deve essere giustificato all'esito di un giudizio comparativo dal quale emerga la prevalenza dell'interesse pubblicistico alla rimozione dell'atto.

Dal tenore letterale dell'articolo 211 comma 2 del nuovo codice dei contratti pubblici è possibile ritenere che il potere di autotutela a cui fa riferimento il legislatore sia l'annullamento d'ufficio di cui all'articolo 21 *nonies* della Legge 7 agosto 1990, n. 241.

In particolare tale disposizione stabilisce che *“Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell' articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo”*.

Il testo attualmente vigente è stato oggetto di un'importantissima riforma avvenuta con l. 124 del 2015 che ha ridefinito l'istituto dell'autotutela amministrativa, con specifico riferimento anche al potere di annullamento.

Come emerge dal testo di legge, al fine dell'annullabilità in autotutela di un provvedimento amministrativo l'art. 21 *nonies* della l. 241/90 richiede la contestuale esistenza dei due presupposti consistenti nella illegittimità dell'atto ai sensi dell'art. 21 *octies* (dunque in relazione ai noti profili di violazione di legge, eccesso di potere ed incompetenza) e della sussistenza di ragioni di interesse pubblico connesse alla rimozione del provvedimento.

A fondamento della conformazione normativa del potere di autotutela vi è una considerazione di sistema: l'atto, ancorché illegittimo può essere idoneo a svolgere la sua funzione e conforme all'interesse pubblico. L'interesse all'annullamento, dunque, non coincide con il mero ripristino della legalità, ma deve trovare origine in esigenze di carattere sostanziale connesse al raggiungimento delle finalità pubblicistiche.

Nel senso esposto, la necessità di una ponderazione dell'interesse pubblico a base della rimozione del provvedimento trova conferma nell'attribuzione all'amministrazione non già di un obbligo giuridico bensì di un potere²⁹.

Si profila quindi un primo elemento di criticità.

Con la propria raccomandazione l'ANAC di fatto impone all'amministrazione di rimuovere il provvedimento, confermato dal fatto che al mancato adeguamento è ricollegata una sanzione amministrativa pecuniaria, oltre che un abbassamento del rating reputazionale.

Come è stato sottolineato dal Consiglio di Stato si tratta di una sorta di "annullamento mascherato" dal momento che il dirigente non appare in condizione di dissentire al giudizio dell'Autorità. L'unica possibilità rimane quindi l'impugnativa della raccomandazione.

Ebbene siffatta "imposizione" mal si concilia con il carattere discrezionale dell'autotutela.

Occorre tuttavia precisare che vi sono casi in cui l'intervento in autotutela dell'amministrazione diventa doveroso, quindi non rimesso ad una valutazione discrezionale della stessa.

La giurisprudenza ha infatti più volte avuto modo di chiarire che se è vero che, di regola, il potere di autotutela ha natura discrezionale, occorrendo, che accanto all'illegittimità del provvedimento di primo grado, sussista anche un interesse pubblico al ritiro da comparare con quello del privato al mantenimento dell'atto, fanno eccezione alla regola le ipotesi in cui, essendo l'interesse pubblico *in re ipsa*, l'amministrazione non è chiamata a compiere alcuna valutazione al fine di poter disporre l'annullamento d'ufficio, essendo sufficiente, al riguardo, il mero riscontro dell'illegittimità dell'atto da annullare.

In tali casi, la natura vincolata del potere, esclude che vi siano spazi per poter apprezzare profili di imparzialità.

Tale situazione ricorre principalmente nei casi di contrasto con la normativa comunitaria, di giudicato che accerti in via incidentale l'illegittimità del

²⁹ In questo senso si veda *ex multis*: Consiglio di Stato 25 febbraio 2016, n. 771; T.A.R. Lazio (Roma) 6 settembre 2016, n. 9563

provvedimento, di atti produttivi di un illegittimo esborso di denaro da parte della pubblica amministrazione e nei casi permesso di costruire il legittimo³⁰.

Nel caso disciplinato dall'articolo 211 comma 2, oltre a non figurarsi gli elementi elaborati dalla giurisprudenza a giustificazione di un intervento doveroso, non vi è alcun riferimento alla valutazione dell'interesse pubblico.

L'ANAC, infatti, prescindendo da valutazioni in ordine all'interesse pubblico ed agli interessi dei destinatari e dei controinteressati, ordina all'amministrazione di rimuovere il provvedimento ritenuto affetto da un vizio di legittimità.

In altri termini da quanto disposto dall'articolo 211 comma 2, i destinatari del provvedimento che l'ANAC "invita" a rimuovere non sarebbero considerati soggetti che possono vantare affidamenti tutelabili al mantenimento dell'atto di primo grado. Tale ragione farebbe scattare in capo all'amministrazione un dovere di intervenire in autotutela.

³⁰ Per una rassegna dei casi di cd. annullamento doveroso, cfr., ex multis, A. CASSATELLA, Una nuova ipotesi di annullamento doveroso? in *Foro amm.*, TAR, 3/2010, pp. 810 ss.; G. MANFREDI, Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 316 ss.; V. CERULLI IRELLI, Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2014, pp. 657 ss. E G. MASSARI, L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3/2014, pp. 643 ss. e E. ZAMPETTI, Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio, in *Riv. Giur. Ed.*, 4/2015, pp. 730 ss., nonché il lavoro monografico di S. D'ANCONA, L'annullamento d'ufficio, cit. Sulla doverosità dell'annullamento nelle fattispecie connotate dalla presenza di interessi considerati prevalenti in re ipsa, in giurisprudenza, tra le pronunce più recenti, possono vedersi: Cons. St., sez. V, 16 marzo 2016, n. 1056, in www.giustizia-amministrativa.it, che si esprime in ordine alla doverosità dell'annullamento d'ufficio allorchè sia possibile eliminare "l'indebita o ingiustificata erogazione di somme, sussidi e benefici a carico delle finanze pubbliche" dovendo ritenersi in tal caso l'interesse pubblico in re ipsa, "senza che possa assumere rilievo in senso contrario neppure il decorso del tempo". Conformi anche Cons. St., sez. V, 12 novembre 2013, n. 5415; 23 ottobre 2014, n. 5267; sez. III, 11 novembre 2014, n. 5539; 22 dicembre 2014, n. 6310, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Sulle stesse motivazioni si appuntano le decisioni di: T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 01 settembre 2015, n. 10980, in www.giustiziainamministrativa.it, ove si legge che "la doverosità del potere di annullamento in autotutela assume caratteri particolarmente marcati allorchè l'atto illegittimo comporta l'erogazione di risorse pubbliche non dovute" o ancora, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 25 giugno 2015, n. 8698 in www.giustizia-amministrativa.it, che genericamente ribadisce come debbano ritenersi ad annullamento doveroso le fattispecie nelle quali "v'è la prevalenza di taluni interessi, considerati particolarmente rilevanti".

E' evidente che una simile interpretazione, oltre che asistemica, sarebbe del tutto irragionevole considerando che i soggetti destinatari del provvedimento annullato saranno verosimilmente coloro che hanno partecipato alla gara pubblica. Come sarebbe possibile considerare tali soggetti non portatori di interessi tutelabili?

La disciplina dell'annullamento d'ufficio ha inoltre subito un mutamento considerevole a fronte della modifica, ad opera della l. 124/2015, dell'art. 21 *nonies* della l. 241/1990.

Detto intervento, per la rilevanza del suo contenuto, ha una portata rivoluzionaria: si introduce un termine, pari a diciotto mesi, entro il quale può avvenire l'annullamento dei provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici decorso il quale deve considerarsi, secondo il tenore della norma, in ogni caso illegittimo ogni successivo atto di annullamento. Quanto alla natura dei provvedimenti coinvolti possono distinguersi gli atti di natura autorizzatoria e quelli genericamente attributivi di vantaggi economici, rispetto ai quali può farsi riferimento alla definizione contenuta nell'art. 12 l. 241/90. Ne deriva una sostanziale inversione dell'assetto preesistente: decorso diciotto mesi viene meno ogni potere valutativo in capo all'amministrazione con riguardo alla eventuale prevalenza dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto illegittimo su quello privato alla conservazione del proprio vantaggio. In buona sostanza ciò equivale ad affermare che, decorso il termine, l'interesse del privato alla conservazione del proprio vantaggio è sempre prevalente e altresì, da una diversa prospettiva, che il fattore tempo costituisce un limite invalicabile alla riedizione del potere amministrativo. L'intervento normativo muove nella evidente direzione di garantire la certezza dei rapporti giuridici ed economici, impedendo che assetti di interessi consolidati possano vedersi esposti *sine die* all'esercizio dell'autotutela amministrativa.

Il potere di autotutela ne esce notevolmente ridimensionato: l'amministrazione che ravveda la necessità di rimuovere l'atto amministrativo produttivo di vantaggi economici dovrà, come prima, continuare a dar conto delle ragioni

sottese all'annullamento e del bilanciamento di interessi operato; superato tuttavia il termine di sbarramento dei diciotto mesi l'assetto di interessi illegittimamente formatosi non potrà in nessun caso essere intaccato dalla valutazione amministrativa. In questo contesto, l'art. 21 nonies tiene ferme le conseguenze in punto di responsabilità per l'adozione e la mancata rimozione dell'atto illegittimo. Sembra dunque altrettanto notevole l'impatto applicativo che la nuova disciplina è destinata ad assumere sotto il diverso profilo della prassi amministrativa: in presenza di un atto illegittimo l'amministrazione dispone di un tempo limitato per attivarsi decorso il quale è destinata ad andare incontro alle conseguenze in punto di responsabilità per la propria inerzia.

Non può non riconoscersi nella nuova formulazione dell'art. 21 nonies un intento di responsabilizzare la p.a. e imprimere una nuova consapevolezza in ordine agli effetti dell'inerzia amministrativa sia in punto di certezza dei rapporti giuridici che di conseguenze della condotta individuale degli amministratori.

In altri termini, quindi, l'introduzione del termine di 18 mesi per l'esercizio del potere di annullamento risponde ad una duplice esigenza.

Da un lato rendere gli investimenti nel nostro Paese più affidabili rispetto al passato e dall'altro garantire certezza ai rapporti tra potere pubblico e privati. Certezza dei rapporti che in tale contesto equivale a immodificabilità dell'assetto consolidato nel tempo e prevalenza dell'affidamento.

L'unica ipotesi di deroga rispetto al termine di diciotto mesi è prevista esclusivamente in relazione alle falsità che siano state oggetto di accertamento attraverso sentenza passata in giudicato³¹.

Ebbene entrambe le esigenze a fondamento dell'istituto dell'annullamento d'ufficio vengono scardinate dalla disciplina introdotta dal nuovo codice dei contratti pubblici il quale consente all'ANAC di ordinare l'autotutela

³¹ Il comma 2 bis dell'articolo 21 *nonies* dispone infatti che *"I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonche' delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445"*.

prescindendo dal limite temporale di 18 mesi previsto dall'articolo 21 nonies della L. n. 241/1990.

In altri termini l'Autorità potrebbe ordinare l'intervento in autotutela in qualsiasi momento con delle evidenti ripercussioni sulla certezza dei rapporti giuridici e conseguentemente sugli investimenti in un settore strategico come quello dei contratti pubblici³².

6.3 Questioni inerenti l'impugnazione dei pareri di precontenzioso e delle raccomandazioni dell'ANAC

Merita infine alcune riflessioni il tema del contenzioso.

L'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016 assoggetta al rito speciale di cui all'art. 120 entrambi i tipi di controversie, concernenti l'impugnazione dei pareri di precontenzioso e delle raccomandazioni vincolanti dell'ANAC.

La struttura della disposizione appariva criticabile nella sua prima formulazione, poiché mancava una puntuale norma di coordinamento all'interno del codice del processo amministrativo, ancorché essa veniva individuata (come poi è stato) nella formulazione ampia del nuovo comma 1 dell'art. 120: infatti, anche le determinazioni in questione costituiscono "provvedimenti dell'Autorità nazionale anticorruzione" riferiti indiscutibilmente alle procedure di affidamento.

Anche in assenza della modifica che ha espressamente introdotto il richiamo all'articolo 120 del codice del processo amministrativo sembrava evidente che il rito applicabile fosse quello dell'art. 120 "ordinario" e non quello specialissimo previsto dall'art. 204 del nuovo codice degli appalti in tema di ammissioni e di esclusioni. Il dubbio nasceva dalla circostanza che le determinazioni dell'ANAC, e i conseguenti atti applicativi delle stazioni appaltanti potrebbero incidere proprio

³² La strategicità del settore risulta evidente dalla lettura dei dati forniti dall'Anac nella relazione annuale del 2016 inerente l'esercizio 2015, la quale quantifica il valore complessivo degli appalti di importo pari o superiore a 40.000 euro per entrambi i settori ordinari e speciali si è attestato attorno ai 117,3 miliardi di euro.

sul provvedimento di ammissione e di esclusione assoggettato al processo superspeciale.

Per altro verso, proprio in questo ambito emerge l'incongruenza della norma che elimina l'onere di proposizione dei motivi aggiunti per l'impugnazione dei provvedimenti connessi a quello che determina le esclusioni e le ammissioni.

Quanto al termine di proposizione del ricorso e sulla sua decorrenza dovrebbe trovare applicazione la regola di cui al comma 6 dell'art. 120: per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale, e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni e la disposizione di chiusura secondo la quale la decorrenza del termine è quella della piena conoscenza dell'atto

Ulteriore questione problematica riguarda l'interpretazione del concetto "*atti della procedura di gara*". Ci si chiede infatti nei confronti di quali atti in concreto sia possibile per l'ANAC esercitare il potere di controllo della legittimità e di rilascio del parere vincolante.

Il Consiglio di Stato, con il più volte citato parere, aveva proposto di circoscrivere l'operatività dell'istituto ai soli atti più importanti, quali i bandi, gli altri atti generali, nonché atti di gara per appalti di particolare rilevanza.

Da un lato, si potrebbe ritenere che solo con riferimento ad atti di portata generale, o in caso di appalti di importi particolarmente elevati, la lesione dei valori concorrenziali e delle regole di evidenza pubblica giustifichi l'intervento dell'Autorità di settore con una impugnativa giurisdizionale.

Tutto ciò anche in considerazione dei problemi organizzativi che può determinare un generalizzato potere di sollecito all'autotutela e la conseguente sistematica presenza dell'Autorità in giudizio.

Per contro, si potrebbe rilevare che la *mission* dell'ANAC è la generale vigilanza sui contratti pubblici (come confermato dalla lett. t) della delega), per cui si giustificerebbe la previsione di un generalizzato potere di sollecito

dell'autotutela in caso di atti di gara illegittimi, secondo il modello "generalista" già ora seguito dal codice.

Se invece si dovesse optare per un potere di impugnazione generalizzato, va comunque considerata la facoltà dell'ANAC di selezionare le procedure su cui intervenire.

Tale potere selettivo potrebbe essere, come consigliato dal Consiglio di Stato, ulteriormente definito in apposite linee guida dell'ANAC di individuazione ex ante, in via di autolimitazione, delle tipologie di casi in cui il potere di raccomandazione viene esercitato.

Ulteriore questione si pone nel caso di determinazione "negativa" con cui l'ANAC esclude la sussistenza di vizi della procedura.

In tale evenienza si pongono due interrogativi.

Il primo riguarda la possibilità di contestare (e con quale rito) l'eventuale determinazione con cui l'ANAC, avviato il procedimento di verifica della legittimità degli atti, ritenga insussistente il vizio denunciato.

In tale eventualità si dovrebbe ammettere la possibilità di impugnazione da parte del soggetto interessato. Ma non è chiaro se trovi applicazione il rito di cui all'art. 120, o, piuttosto, il rito di cui all'art. 119 del codice del processo amministrativo.

Altra ipotesi da considerare è quella in cui, a fronte della sollecitazione svolta da un soggetto terzo, l'ANAC rimanga totalmente inerte, o, comunque, non concluda il procedimento nel termine eventualmente prescritto.

Ci si dovrebbe chiedere se possa ipotizzarsi una inerzia censurabile con lo specifico procedimento in materia di silenzio.

Infine anche in relazione al potere di raccomandazione dell'ANAC si pongono questioni simili a quelle sollevate in materia di antitrust.

La prima questione riguarda l'individuazione delle azioni che potrebbe esercitare il terzo a fronte del persistente inadempimento della stazione appaltante che non si adegui al parere vincolante dell'ANAC divenuto inoppugnabile.

Una seconda criticità riguarda il regime di impugnabilità degli atti con cui l'amministrazione agisce in autotutela, in esecuzione del parere espresso dall'ANAC.

Sotto il profilo sostanziale, sussistono numerosi dubbi in ordine ai presupposti della determinazione adottata dall'ANAC: al riguardo riemergono molte delle questioni già poste in riferimento al ricorso proposto dall'Antitrust.

Non è chiaro, infatti, che tipo di autotutela debba esercitare l'amministrazione, in rapporto agli articoli 21-septies, 21-octies e 21-nonies della legge n. 241/1990, anche se verosimilmente, come si è detto in precedenza, sarà l'autotutela di cui all'articolo 21 nonies.

La versione finale del codice ha soppresso questo riferimento: ne deriva, quindi, che dovremmo essere in presenza di una forma di autotutela "doverosa", non riconducibile, in toto, alla disciplina generale della legge n. 241/1990.

In questa prospettiva, quindi, la determinazione dell'amministrazione dovrebbe configurarsi come meramente riproduttiva del parere dell'ANAC e impugnabile essenzialmente per vizi di illegittimità derivata.

Anche in questa ipotesi si tratta di chiarire se debba trovare applicazione, o meno, il rito speciale di cui all'art. 120, anche se in seguito alla espressa previsione codicistica il suddetto problema dovrebbe essere superato.

Altro delicato interrogativo riguarda le conseguenze della richiesta di intervento proposta dall'operatore economico che intenda contestare la procedura di gara e abbia lasciato trascorrere inutilmente il termine per la proposizione del ricorso principale o incidentale.

In assenza di puntuali indicazioni legislative, potrebbe essere l'ANAC a definire, con proprie linee guida una condotta omogenea di intervento, che possa valorizzare il principio di auto responsabilità delle parti e di stabilità delle operazioni di gara con l'esigenza di assicurare il rispetto della legalità della procedura.

Ulteriori questioni sull'applicazione dell'articolo 211 comma 2 si pongono, come ha rilevato un'attenta dottrina³³, anche in relazione a quanto la norma non dice espressamente.

Il potere d'ordine in capo ad ANAC è costruito a tutela oggettiva dell'ordinamento e sembra essere lo svolgimento (oltre che del criterio sub lett. t) della legge delega) del considerando 122 della direttiva 24/2014.

Il citato "considerando" se da un lato ricorda che *"la direttiva 89/665/CEE prevede che determinate procedure di ricorso siano accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto"*, dall'altro raccomanda che *"i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto e dovrebbero pertanto avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all'autorità o alla struttura competente..."*.

Tale previsione quindi considera già immanente nel sistema del diritto europeo la tutela del cittadino contribuente interessato alla legalità delle procedure di affidamento. Tutela che deve operare almeno attraverso il ricorso ad Autorità indipendenti.

Poiché la disposizione in esame presuppone che l'ANAC sia a conoscenza dell'illegittimità del provvedimento, implicitamente la stessa prevede che il cittadino possa presentare esposti diretti a segnalare i vizi della procedura di affidamento

³³ G. Veltri, "Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche", www.giustizia-amministrativa.it.

Dunque il potere di ordinare l'annullamento in autotutela è *in primis* funzionale alla tutela dei cittadini contribuenti, ma se così è bisognerà coerentemente ammettere che qualunque contribuente possa eccitare il potere ANAC, nonché dolersi davanti al Giudice amministrativo dell'eventuale rifiuto dell'esercizio di un tale potere.

Trattandosi di un potere vincolato legato alla mera sussistenza di una illegittimità, il giudice potrà conseguentemente conoscere della fondatezza della pretesa e dunque vi sarà sempre un giudizio ed un giudice capace di rimettere in discussione gli esiti della gara, anche ove i termini per qualsiasi impugnativa ordinaria siano scaduti.

È persino possibile che sia lo stesso offerente pretermesso a rivolgersi ad ANAC per chiedere l'esercizio del potere di raccomandazione, e ad agire in giudizio nel caso in cui ANAC rimanga silente o rifiuti espressamente di provvedere.

In altri termini si è di fronte ad una norma che in assenza di correttivi sembra potenzialmente idonea a scardinare il sistema degli appalti ed il principio di certezza delle posizioni giuridiche, caratterizzante l'ordinamento di settore come quello generale.

Sarebbe stata preferibile una previsione che consentisse ad ANAC di non processare denunce e segnalazioni provenienti da soggetti interessati, ma decaduti dai termini per impugnare, o comunque provenienti da qualunque "contribuente" oltre un termine ragionevole contestualmente fissato, in modo da costruire il potere come un potere straordinario.

O forse, come del resto suggerito dal Consiglio di Stato, sarebbe stato opportuno un diverso ed alternativo sistema basato sull'impugnativa dell'ANAC dinanzi al giudice amministrativo, secondo uno schema analogo a quello previsto per l'Antitrust dall'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990.

6.4 Differenze e similitudini tra l'art. 21 bis della legge n. 287/1990 e l'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016

All'indomani della nuova disciplina introdotta dall'articolo 211, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, una parte rilevante della dottrina, nonché il Consiglio di Stato con il parere n. 855 del 1 aprile 2016, avevano proposto una formulazione diversa della disposizione che si fondasse su una legittimazione dell'ANAC ad agire in giudizio avverso l'atto ritenuto illegittimo. Un sistema quindi che richiamasse quello già adottato per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con l'articolo 21 bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Appare quindi utile un breve parallelismo con la disciplina vigente in materia di antitrust al fine di evidenziarne le profonde differenze, soprattutto nella *ratio* legislativa.

In particolare l'articolo 21 bis, comma 2, della legge n. 287/1990 stabilisce che *“L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni”*.

L'art. 21 bis nasceva dall'esigenza di superare in qualche modo la prassi poco soddisfacente relativa ai poteri di segnalazione e consultivi attribuiti all'Autorità dai successivi artt. 21 e 22 che in molti casi rimanevano senza seguito concreto da parte delle amministrazioni destinatarie. Tuttavia, poiché l'attribuzione diretta all'Autorità di poteri di annullamento di atti di altre amministrazioni poteva sembrare troppo invasiva delle competenze altrui, la soluzione prescelta era stata quella di elevare il giudice amministrativo ad arbitro finale di questo tipo di conflitti.

La dottrina³⁴ con riferimento al parere richiamato dalla disposizione aveva correttamente sottolineato che si trattasse di un “parere-diffida”. Esso infatti, determinando un obbligo di conformazione in capo all'ente destinatario, andava ad incidere sul potere di autotutela, nel senso che rendeva vincolato l'annullamento d'ufficio anche in presenza di ragioni di interesse pubblico che suggerirebbero la conservazione della sua efficacia.

Fin qui dunque le simmetrie con il modello della raccomandazione dell'ANAC sembrano evidenti.

Anche in riferimento all'articolo 211, comma 2, del codice dei contratti pubblici si è detto che l'Autorità di fatto impone all'amministrazione un obbligo ad intervenire in autotutela allorquando rileva profili di illegittimità di un suo provvedimento.

Sono però le conseguenze della mancata conformazione, al parere nel caso dell'AGCM e alla raccomandazione nel caso dell'ANAC, a differenziare profondamente i due modelli.

Nel modello delineato dall'articolo 21 bis, comma 2, nel caso in cui l'amministrazione non ottemperi al parere-diffida incomberà sull'Autorità l'onere di impugnare il provvedimento rimettendo al giudice l'accertamento sulla legittimità del provvedimento. Nel caso in cui l'amministrazione impugni il parere-diffida, l'Autorità ben potrà impugnare in via incidentale il provvedimento dell'amministrazione in modo tale che nell'ipotesi in cui il giudice accerti l'esistenza di uno dei vizi contestati nel parere-diffida il giudizio si concluda con una sentenza che ad un tempo respinga il ricorso proposto dall'amministrazione e annulli il provvedimento emanato da quest'ultima.

Al contrario il modello introdotto da nuovo codice dei contratti pubblici inverte l'onere impugnatorio in caso di mancata conformazione alla raccomandazione. Sarà infatti l'amministrazione destinataria della raccomandazione a doverla

³⁴ CINTIOLI F, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art 21bis della legge n. 287/1990 e sulla legittimazione delle autorità indipendenti*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2/2012.

eventualmente impugnare qualora ritenga infondati i profili di illegittimità sollevati dall'Autorità.

Di fatto, quindi, si consente all'ANAC, almeno in prima battuta, di sostituirsi al giudice attraverso l'attribuzione di un potere di presunzione di illegittimità degli atti. Sarà poi onere dell'amministrazione impugnare e dimostrare in giudizio il contrario.

Ulteriore profilo di differenza riguarda l'ambito di intervento delle due Autorità indipendenti.

L'ambito di intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è circoscritto dal perimetro di interesse pubblico specifico di cui essa è custode e garante, cioè la concorrenza, sia pur intesa come inclusiva, non soltanto della "tutela" in senso stretto, ma anche della "promozione" della concorrenza (con riguardo alle regolazioni proconcorrenziali). Ne consegue che il potere di emettere il parere, e di ricorrere in caso di mancata conformazione, potrà avvenire solo avverso (presunte) illegittimità derivanti dalla violazione della normativa sulla concorrenza.

Analoghi limiti non sembrano esserci nella disciplina introdotta dal codice dei contratti pubblici.

L'articolo 211, comma 2, infatti, fa riferimento genericamente a *"un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara"*, attribuendo quindi all'ANAC un potere di rilievo di qualsiasi vizio nell'ambito degli atti di una procedura di gara (termine anche esso piuttosto generico).

Concludendo sul punto, appare evidente come anche questo nuovo potere introdotto dall'articolo 211, comma 2, del codice dei contratti pubblici concorra a far ritenere che l'Autorità Nazionale Anticorruzione si sia evoluta in qualcosa di più di una semplice autorità indipendente con poteri circoscritti al proprio settore di regolazione e controllo.

L'articolo 211, comma 2 del codice risponde positivamente all'esigenza di controlli esterni sull'operato delle amministrazioni, ma probabilmente pecca nella scelta dello strumento.

Probabilmente, sarebbe stato più corretto limitare tale forma di *“raccomandazione vincolante”* con riferimento alle attività di verifica e controllo preventivo (ad es. art. 213 lett. h) ossia con riferimento ai casi in cui l’atto non sia stato ancora formalmente adottato da parte della stazione.

Diversamente, nei casi in cui l’atto sia già stato adottato dall’amministrazione aggiudicatrice sarebbe stato più opportuno nonché efficace il riconoscimento in capo all’ANAC – in qualità di organismo preposto alla tutela dell’interesse generale alla trasparenza, alla legalità ed all’efficienza del mercato dei contratti pubblici - di una legittimazione processuale attiva, con funzione di tutela preventiva di siffatti interessi, così come attribuita all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dall’art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, che ha introdotto l’art. 21-*bis* alla l. n. 287 del 1990. La norma in questione riconosce all’Autorità un generalissimo potere di ricorrere dinanzi al giudice amministrativo *“contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato”*. L’ampia formulazione della norma, che attribuisce all’AGCM una legittimazione ad impugnare qualsiasi atto (anche a contenuto particolare) assunto da una pubblica amministrazione in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, le consente di incidere in via immediata su qualsiasi procedura concorsuale che, pur astrattamente rispettosa del sistema pro-concorrenziale, integri nel suo concreto espletamento una violazione delle sue regole formali e/o sostanziali, eludendone i principi informativi.

Il riconoscimento all’ANAC di un siffatto potere di legittimazione processuale attiva, avrebbe evitato il rischio di affidamenti disposti a seguito di illegittime procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, con il conseguente consolidarsi di situazioni giuridiche soggettive, che seppur successivamente annullate espongono le amministrazioni aggiudicatrici a possibili obblighi risarcitori. Il riconoscimento di un siffatto potere avrebbe rappresentato un ulteriore rafforzamento dell’obiettivo della tutela preventiva da attuarsi prima della

stipula del contratto perseguito con la direttiva ricorsi e l'emanato codice del processo amministrativo.

Dal riconoscimento all'ANAC di una legittimazione processuale attiva non sarebbe derivata alcuna eventuale sovrapposizione con altri organi o poteri statali, non implicando la stessa un potere coercitivo vero e proprio, e la decisione ultima in merito alla illegittimità rilevata sarebbe spettata comunque al giudice amministrativo.

Al contrario, il riconoscimento di una legittimazione processuale attiva in capo all'Autorità, finalizzato ad una tutela preventiva di interessi generali di particolare rilevanza costituzionale quali la concorrenza e la trasparenza delle procedure di affidamento, avrebbe comportato un rafforzamento delle sinergie istituzionali tra i diversi organi dello Stato.

VII. Il Potere sanzionatorio

7.1 Il potere sanzionatorio amministrativo pecuniario in materia contratti pubblici

Un ultimo argomento su cui appare utile soffermarsi seppur brevemente riguarda il potere sanzionatorio dell'ANAC.

Al riguardo appare rilevante non solo la disciplina delle sanzioni pecuniarie in tema di contratti pubblici, ma soprattutto le novità introdotte dal d.lgs. 25 maggio 2016 n. 97 in tema di vigilanza ed in particolare sulle sanzioni per violazione degli obblighi di trasparenza.

Ai sensi dell'art. 213 comma 13 del codice dei contratti pubblici l'ANAC ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, entro il limite minimo di euro 250,00 e il limite massimo di euro 25.000,00.

Nei confronti dei soggetti che a fronte della richiesta di informazioni o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri e nei confronti degli operatori economici che forniscono alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione, dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione, fatta salva l'eventuale sanzione penale, l'Autorità ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie entro il limite minimo di euro 500,00 e il limite massimo di euro 50.000,00.

L'esercizio dei poteri sanzionatori di cui al richiamato articolo è previsto anche in caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione all'ANAC delle varianti in corso d'opera ai sensi dell'art. 106 comma 14.

Lo stesso potere sanzionatorio è previsto, come già evidenziato, anche dall'art. 84 comma 10 nel caso di "violazione delle disposizioni delle linee guida" sul sistema di qualificazione.

In questo caso, viene specificato che non è ammesso il pagamento in misura ridotta. L'importo della sanzione è determinato dall'A.N.AC. con ordinanza-ingiunzione sulla base dei criteri generali di cui alla legge 689/1981, con particolare riferimento ai criteri di proporzionalità e adeguatezza alla gravità della fattispecie.

I relativi procedimenti sanzionatori devono essere disciplinati dall'A.N.AC. con propri atti.

7.2 I Poteri sanzionatori in materia di vigilanza (d.lgs 97 del 25 maggio 2016)

Come si è detto in precedenza il d.lgs. 25 maggio 2016 n. 97 è intervenuto sul testo dell'articolo 47 del d.lgs. 14 marzo 2013 n.33 ampliando i poteri dell'ANAC nell'irrogazione delle sanzioni.

La nuova disciplina in tema di sanzioni per violazione degli obblighi di trasparenza per determinate fattispecie è contenuta nell'articolo 47 del d.lgs. n. 33/2013 che estende in particolare la sanzione amministrativa pecuniaria prevista, che va da un minimo di 500 euro a un massimo di diecimila euro, alle violazioni degli obblighi di pubblicazione previsti all'articolo 4-bis, comma 2 e all'articolo 14 comma 1 -ter, ritenuti di particolare rilevanza per il conseguimento dell'obiettivo trasparenza.

Sulla base della nuova formulazione la disciplina sanzionatoria ora trova applicazione:

- in caso di mancata o incompleta comunicazione delle informazioni e dei dati concernenti la situazione patrimoniale complessiva del titolare dell'incarico al momento dell'assunzione in carica, la titolarità di imprese, le partecipazioni azionarie proprie, del coniuge e dei parenti entro il secondo grado, nonché tutti i compensi cui ha diritto all'assunzione della carica, sanzione posta a carico del responsabile della mancata comunicazione (il relativo provvedimento è pubblicato sul sito internet dell'amministrazione o organismo interessato – articolo 14, comma 1 e articolo 47, comma 19);
- in caso di mancata comunicazione dei dati relativi agli emolumenti complessivi percepiti a carico della finanza pubblica, sanzione prevista nei confronti del dirigente o del responsabile della mancata pubblicazione dei dati (articolo 14, comma 1 - ter e articolo 47, comma 1-bis);
- in caso di mancata pubblicazione dei dati sui pagamenti effettuati dall'amministrazione, a carico del responsabile della mancata pubblicazione dei dati (articolo 4-bis, comma 2 e articolo 47, comma 1-bis);
- in caso di mancata pubblicazione dei dati relativi agli enti e ai soggetti costituiti dalle amministrazioni; in particolare la ragione sociale, la misura dell'eventuale partecipazione dell'amministrazione, la durata dell'impegno, l'onere complessivo a qualsiasi titolo gravante per l'anno sul bilancio dell'amministrazione, il numero dei rappresentanti dell'amministrazione negli organi di governo, il trattamento economico complessivo a ciascuno di essi spettante, i risultati di bilancio degli ultimi tre esercizi finanziari, sanzione a carico del responsabile della violazione (articolo 22, comma 2, articolo 47, comma 2);
- in caso di mancata comunicazione da parte degli amministratori societari ai soci pubblici del proprio incarico e del relativo compenso entro trenta giorni dal conferimento ovvero, dalle indennità di risultato, entro trenta giorni del percepimento (articolo 22, comma 2 e articolo 47, comma 2).

Oltre all'estensione della previsione di una sanzione pecuniaria alle fattispecie sopra indicate, l'altra novità recata dall'articolo 47 risiede nell'aver attribuito espressamente all'Anac la competenza a irrogare le sopra menzionate sanzioni.

Il percorso che ha portato a questa scelta del legislatore è stato lungo e non certo privo di ostacoli.

Inoltre la conclusione cui si è pervenuti non può ritenersi completamente soddisfacente per le ragioni che a breve si evidenzieranno.

Appare opportuno ripercorrere brevemente le tappe che hanno condotto alla novella.

Come è noto, l'originaria formulazione dell'articolo 47, comma 3, del D.lgs. n. 33/2013 (ora sostituito a opera del D.lgs. n. 97/2016) prevedeva che le sanzioni dallo stesso previste (in origine solo riferite alla mancata pubblicazione dei dati riguardanti i titolari degli organi di indirizzo e dei dati riferiti agli enti costituiti dalle amministrazioni) dovessero essere *"....irrogate dall'autorità amministrativa competente in applicazione della disciplina recata dalla legge 689/1981"*.

La Civit (Commissione per la valutazione, l'integrità e trasparenza delle pubbliche amministrazioni) quale Autorità anticorruzione individuata dalla legge 190/2013 aveva operato una lettura della normativa incentrata sull'elaborazione da parte di ciascuna amministrazione di un regolamento con cui individuare, sulla base dei principi contenuti negli articoli 17 e 18 della legge 689/1981, i soggetti competenti all'istruttoria dei procedimenti sanzionatori e i soggetti competenti all'irrogazione delle sanzioni.

Ai sensi della delibera 66/2013, ciascuna amministrazione avrebbe dovuto provvedere, in regime di autonomia, a disciplinare con proprio regolamento il procedimento sanzionatorio, ripartendo tra i propri uffici le competenze, in conformità ad alcuni principi di base posti dal legislatore del 1981. Tra i più importanti, quello sui criteri di applicazione delle sanzioni, quello del contraddittorio con l'interessato, quello della separazione funzionale tra l'ufficio che compie l'istruttoria e quello al quale compete la decisione della sanzione.

Nelle more dell'adozione del regolamento, gli enti, nell'esercizio della loro autonomia, avrebbero dovuto indicare un soggetto cui competeva svolgere l'istruttoria e uno che avrebbe dovuto irrogare le sanzioni e in attesa di tale organizzazione avrebbero potuto demandare tali funzioni, rispettivamente, al responsabile della prevenzione della corruzione e al responsabile dell'ufficio disciplina.

L'articolo 19, comma 7, del Dl 90/2014, convertito dalla legge 114/2014, con riferimento specifico alle sanzioni di cui all'articolo 47 del Dlgs 33/2013, in ragione anche del livello "insoddisfacente" di applicazione della disciplina recata dal decreto trasparenza, ha attribuito al Presidente dell'Anac, il potere di segnalare *" all'Autorità amministrativa di cui all'articolo 47 c. 3 del dlgs n.33/2013 le violazioni in materia di comunicazione delle informazioni e dei dati e di obblighi di pubblicazione previsti nel citato articolo 47, ai fini dell'esercizio del potere sanzionatorio di cui al medesimo articolo"*.

Con la delibera n. 10 del 21 gennaio 2015 l'Anac ha, quindi, rivisto la posizione in precedente espressa con la delibera Civit n. 66/2013 ritenendo che detta delibera comportasse un'attuazione disomogenea del regime sanzionatorio sul territorio in ragione delle scelte autonomamente effettuate da ogni singolo ente o amministrazione, con possibili conseguenze sia di non effettività dell'applicazione delle sanzioni, che di violazione del principio di uguaglianza rispetto alla tutela dei livelli essenziali delle prestazioni.

Al fine di evitare un'applicazione disomogenea sul territorio nazionale del regime sanzionatorio in tema di trasparenza e considerando che la trasparenza che discende dalla legge 190/2012, dal d.lgs. 33/2013 e dal Dl. 90/2014 è materia di competenza statale, con la delibera n.10/2015 l'Autorità aveva ritenuto che, nell'esercizio delle funzioni di controllo e vigilanza in materia di trasparenza alla stessa attribuite, le spettasse il potere di avviare il procedimento sanzionatorio ai sensi della legge 689/1981, nell'ambito del quale rientrava la segnalazione del Presidente dell'Anac di cui al predetto articolo 19 comma 7.

Il procedimento sanzionatorio è stato, quindi, fino all'emanazione del decreto 97/2016 così delineato: l'Anac, nell'ambito delle proprie funzioni di vigilanza e di controllo, d'ufficio e su segnalazione, sul rispetto dell'obblighi di trasparenza, avviava il procedimento sanzionatorio per le violazioni di cui all'art.47, commi 1 e 2 , del Dlgs 33/2013, provvedendo all'accertamento, alle contestazioni e alle notificazioni ai sensi degli articoli 13 e 14 della legge 689/1981 ai fini del pagamento della sanzione in misura ridotta (articolo 16 della legge 689/1981).

Qualora non fosse stato effettuato il pagamento della sanzione in misura ridotta, il Presidente dell'Autorità ne dava comunicazione, con un apposito rapporto ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 689/1981, al Prefetto del luogo ove aveva sede l'ente presso il quale erano state riscontrate le violazioni per l'irrogazione della sanzione definitiva.

Il Prefetto comunicava al Presidente dell'Anac e all'amministrazione, all'ente o all'organismo interessato l'eventuale provvedimento sanzionatorio adottato anche ai fini della pubblicazione sul sito istituzionale ai sensi dell'articolo 47, comma 1, del D.lgs. 33/2013 nella sotto-sezione relativa agli organi di indirizzo politico.

Naturalmente la stessa Anac aveva auspicato, sempre con la delibera n. 10/2015, un intervento del legislatore per chiarire la disciplina applicabile e individuare il soggetto competente a irrogare le sanzioni.

Al fine di risolvere i problemi applicativi sopra delineati è giunto, quindi, l'articolo 7 della legge 124/2015, recante la delega in materia di trasparenza, che ha espressamente previsto l'individuazione di "soggetti competenti all'irrogazione delle sanzioni per la violazione degli obblighi di trasparenza."

E, finalmente, dopo tanta attività interpretativa l'auspicato intervento del legislatore è arrivato con il decreto legislativo n. 97 del 2016 a definire il quadro applicativo, intervento che allo stato non può dirsi completamente soddisfacente in quanto se risolve alcune problemi altri ne aggiunge.

Va infatti considerato che l'articolo 47, comma 3, dispone ora che " *Le sanzioni di cui al comma 1 sono irrogate dall'Autorità nazionale anticorruzione*". Come è

evidente, stante il tenore letterale della novella, dovrebbe rientrare nella competenza dell'Anac solo la possibilità di applicare la sanzione recata dal comma 1 (la mancanza dei dati richiesti per gli organi di indirizzo) e non anche quelle previste al comma 1-bis (a carico del dirigente che non fornisce i dati relativi agli emolumenti percepiti a carico della finanza pubblica ovvero del responsabile della mancata pubblicazione dei dati riferiti ai pagamenti dell'amministrazione) e quella di cui al comma 2 riguardante gli obblighi di pubblicazione riferiti agli enti costituiti o partecipati dalle amministrazioni.

E se per le sanzioni di cui al comma 1-bis potrebbe, in via interpretativa, ricavarsi una connessione con il richiamo al comma 1 che espressamente viene fatto nel corpo del testo del comma 1-bis, e quindi ritenere per queste fattispecie applicabile la norma sulla competenza dell'Anac, il problema si pone in modo più serio con riguardo al comma 2, vale a dire in caso di enti che non comunicazioni dati richiesti rispetto ai quali, a una lettura piana della norma, deve ritenersi mancante l'individuazione dell'Autorità competente a comminare la sanzione amministrativa prevista, risultando anche abrogato il precedente riferimento all'autorità amministrativa. E' chiaro che verosimilmente si è trattato di un mero rifiuto, tenuto conto dello spirito della riforma e che sarebbe bastato eliminare completamente il riferimento al comma 1 (nell'articolo 47, comma 3) per non avere le difficoltà applicative sopra segnalate, ma allo stato, per come è scritta la norma, il problema permane e potrà risolversi in sede di correttivo.

Oltre alle sanzioni amministrative pecunarie previste per la violazione degli obblighi di pubblicità di cui all'articolo 47 del "Codice Trasparenza", il decreto legislativo 97/2016 non ha previsto particolari e nuove conseguenze per le altre violazioni.

Per quanto concerne gli incarichi e le consulenze, le conseguenze derivanti dalla violazioni degli obblighi di pubblicità sono previste direttamente dall'articolo 15 che impone la pubblicazione dei dati, previsti dal comma 1 dalla stessa norma, prima del pagamento del corrispettivo, comportando la violazione della disciplina la responsabilità del dirigente che ne ha disposto il pagamento,

accertata all'esito del procedimento disciplinare, e il pagamento di una sanzione pari alla somma corrisposta, fatto salvo il risarcimento del danno del destinatario ove ne ricorrano le condizioni .

Allo stesso modo l'articolo 15-bis, che disciplina gli incarichi di collaborazione, di consulenza o gli incarichi professionali, inclusi quelli arbitrali conferiti nelle società controllate, prevede che la pubblicazione delle informazioni previste al comma 1, relativamente a incarichi per i quali è previsto un compenso, è condizione di efficacia per il pagamento stesso. In caso di omessa o parziale pubblicazione, il soggetto responsabile della pubblicazione il soggetto che ha effettuato il pagamento sono soggetti a una sanzione pari alla somma corrisposta.

In tema di vigilanza sull'attuazione delle disposizioni di cui al decreto 33/2013 il novellato articolo 45 dispone, ancora, che l'Autorità nazionale anticorruzione controlla l'esatto adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente, esercitando poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle amministrazioni pubbliche e ordinando di procedere, entro un termine non superiore a trenta giorni, alla pubblicazione di dati, documenti e informazioni, all'adozione di atti o provvedimenti richiesti dalla normativa vigente ovvero alla rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza.

Il mancato rispetto dell'obbligo di pubblicazione costituisce illecito disciplinare. L'Autorità nazionale anticorruzione segnala l'illecito all'ufficio competente dell'amministrazione interessata ai fini dell'attivazione del procedimento disciplinare a carico del responsabile della pubblicazione o del dirigente tenuto alla trasmissione delle informazioni.

L'art.46 dispone, infine, dopo la novella , che l'inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente e il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso civico, al di fuori delle ipotesi limitative costituiscono elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione e sono comunque

valutati ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili.

Il responsabile non risponde dell'inadempimento degli obblighi se prova che tale inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile.

VIII. Conclusioni: Differenze tra nuova e vecchia disciplina, criticità e prospettive.

All’Autorità Nazionale Anticorruzione come evidenziato nella parte introduttiva, sono stati attribuiti per effetto delle previsioni di cui all’art. 19 del dl 90/2014 convertito in legge n. 114/2014, i compiti e le funzioni della soppressa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici³⁵, di lavori, servizi e forniture, da esercitarsi in una nuova ottica di prevenzione e contrasto della illegalità e della corruzione. La soppressa AVCP era stata istituita, con la legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. Legge Merloni) al principale fine di garantire l’osservanza dei criteri di efficienza ed efficacia nello svolgimento delle procedure di gara e di vigilare sul rispetto della libera concorrenza tra gli operatori in materia di lavori pubblici. Alla stessa Autorità era stata, altresì, attribuita l’attività di vigilanza sul sistema di qualificazione SOA.

Con il successivo codice dei contratti (d.lgs. 163/2006), che ha recepito le direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE, le pregresse competenze e funzioni sono state ampliate anche al settore dei servizi e delle forniture.

In particolare, stando alle previsioni di cui all’art. 6 commi 5 e 7 del precedente codice, all’Autorità è attribuita la vigilanza sull’intero settore dei contratti pubblici finalizzata a garantire l’osservanza della disciplina legislativa e regolamentare di settore attraverso la verifica della regolarità delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, effettuata anche tramite indagini ispettive, e campionarie. Nello specifico l’Autorità vigilava sulla regolarità delle procedure di affidamento, sul rispetto dei principi di cui all’art. 2 del codice e di tutela delle piccole e medie imprese attraverso adeguata

³⁵ GIAMPAOLINO, *Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in CIRILLO – CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, Vol. XLI del *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da SANTANIELLO, Padova, 2010. GARRI, *Il mercato dei contratti pubblici; il ruolo dell’Autorità di vigilanza di settore e dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in SANDULLI, DE NICTOLIS, GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008.

suddivisione degli affidamenti in lotti funzionali, nonché sulla economicità di esecuzione dei contratti pubblici. La stessa accertava che nella esecuzione dei contratti non derivassero danni all'erario.

All'attività di vigilanza si affiancava, i sensi dell'art. 6 comma 7 lett. f) e g) del Codice un potere di segnalazione e proposta di modifiche normative al Governo ed al Parlamento.

Era, altresì, prevista un'importante *attività di regolazione* o meglio di standardizzazione del mercato, che si esplicava attraverso la:

- predisposizione dei bandi tipo (artt. 46 e 64 comma *bis* del Codice);
- individuazione dei costi standardizzati (art. 7 comma 4 lett. c) del codice;
- formazione degli archivi di settore;
- formulazione di tipologie e modelli unitari in materia contrattuale.

L'Autorità, inoltre, emanava pareri non vincolanti di precontenzioso su richiesta della stazione appaltante e degli operatori economici partecipanti alla procedura selettiva, al fine di comporre conflitti anche mediante la formulazione di una ipotesi di soluzione, secondo quanto previsto dall'art. 6, comma 7, lett. n) del precedente codice dei contratti.

Diverse erano, inoltre, le competenze dell'AVCP volte ad assicurare una gestione trasparente delle procedure di gara, in particolare:

- a) la tenuta del casellario informatico delle imprese qualificate (art. 7, comma 10, Codice e art. 8 d.P.R. n. 207/2010), istituito presso l'Osservatorio e nel quale confluiscono le segnalazioni delle stazioni appaltanti e delle SOA e che assolve, attraverso le relative annotazioni, ad una funzione di pubblicità consentendo alle stazioni appaltanti di acquisire notizie sulle imprese operanti nel mercato dei contratti pubblici e di effettuare le verifiche previste dalla normativa;

- b) la gestione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (art. 6 bis Codice), istituita presso l’Autorità, con l’articolo 20 del d.l. n. 5 del 2012, convertito dalla l. 4 aprile 2012, n. 35, a fare data dal 1° gennaio 2013. Lo stesso art. 6-bis del Codice prevedeva, inoltre, che *“l’Autorità stabilisce con propria deliberazione, i dati concernenti la partecipazione alle gare e la valutazione delle offerte in relazione ai quali è obbligatoria l’inclusione della documentazione nella Banca dati, nonché i termini e le regole tecniche per l’acquisizione, l’aggiornamento e la consultazione dei predetti dati contenuti nella Banca dati.”*In attuazione della predetta disposizione, l’Autorità aveva emanato la deliberazione n. 111 del 20 dicembre 2012, con cui ha istituito, per perseguire le finalità di semplificazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, un sistema per la verifica online dei requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento, denominato “AVCPASS” (Authority Virtual Company Passport);
- c) la pubblicazione da parte dell’Osservatorio dei contratti pubblici (art. 8 comma 1 del decreto legge 7 maggio 2012, n. 52), per finalità di trasparenza ed attraverso il proprio portale (Portale della trasparenza), dei dati e delle informazioni comunicati dalle stazioni appaltanti ai sensi dell’art. 7, comma 8, lettere a) e b), del d.lgs. 163/2006;
- d) la pubblicazione sul sito web delle informazioni trasmesse dalle stazioni appaltanti relative alle gare di appalto aggiudicate, all’esecuzione e agli importi liquidati (art. 1, comma 32, l. n. 190/2012 e art. 37 del d.lgs. 33/2013);
- e) la pubblicazione sul sito web delle informazioni trasmesse dalle stazioni appaltanti relative ai costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini (art. 1, comma 15, l. n. 190/2012);
- f) la gestione dell’Anagrafe unica delle stazioni appaltanti introdotta dall’art. 33-ter del d.l. 18 ottobre 2012 n. 179 (come convertito dalla l. 17

dicembre 2012, n. 221), secondo cui “è istituita presso l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture l’Anagrafe unica delle stazioni appaltanti. Le stazioni appaltanti di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture hanno l’obbligo di richiedere l’iscrizione all’Anagrafe unica presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici istituita ai sensi dell’articolo 62-bis del codice dell’amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. Esse hanno altresì l’obbligo di aggiornare annualmente i rispettivi dati identificativi. Dall’obbligo di iscrizione ed aggiornamento dei dati derivano, in caso di inadempimento, la nullità degli atti adottati e la responsabilità amministrativa e contabile dei funzionali responsabili”;

- g) la pubblicazione sul sito informatico presso l’Osservatorio delle dichiarazioni di avvalimento trasmesse dalle stazioni appaltanti (art. 49, comma 11, Codice);
- h) la pubblicazione sul sito informatico presso l’Osservatorio delle informazioni relative alle società autorizzate a svolgere attività di attestazione e degli operatori economici che hanno conseguito la qualificazione (art. 69 d.P.R. n. 207/2010).

Pertanto, in mancanza di poteri vincolanti/autoritativi, le deliberazioni dell’Autorità, sono state considerate, in forza del ruolo dell’organismo emanante, quali atti aventi essenzialmente un effetto di *moral suasion*. Come più volte ribadito dalla giurisprudenza amministrativa “*gli atti di natura non provvedimentale adottati dall’Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, rappresentano un contributo utile all’orientamento dei comportamenti degli operatori del settore, ma non sono idonei a recare alcun pregiudizio diretto ed immediato nei confronti dei destinatari e non sono, come tali, autonomamente impugnabili*”³⁶.

³⁶ Tra le tante pronunce in questo senso si veda ad es. Cons. St., Sez.VI, 3 maggio 2010, n.2503.

Nell'attuale formulazione l'ANAC risulta essere un'autorità essenzialmente deputata a regolare il settore dei contratti pubblici (con le linee guida e gli altri strumenti ad essa assegnati, quali bandi tipo, raccomandazioni, pareri, poteri cautelari), e a vigilare soprattutto in chiave preventiva (al fine di prevenire l'illegalità e la corruzione) anche attraverso pregnanti poteri ispettivi, istruttori, sanzionatori.

L'Autorità assolve anche ad un'importante funzione informativa e di trasparenza, atteso che le compete gestire la banca dati dei contratti pubblici e il sistema di pubblicità informatica dei bandi e degli atti di gara.

Alla stessa Autorità sono stati, inoltre, attribuiti compiti paragiurisdizionali (attraverso il parere vincolante sul contenzioso relativo alle gare).

E, infine, poteri gestionali che si possono definire di amministrazione attiva; tali possono definirsi quelli di tenuta di albi, quale quello delle SOA, dei commissari di gara (art. 77), degli arbitri (art. 213 co 11), e il compito della gestione della tenuta dell'elenco dei soggetti aggregatori (art. 213, c. 16); la tenuta dell'elenco delle stazioni appaltanti che fanno affidamenti in house (art. 213 c. 15). Compiti di amministrazione attiva sono anche: la qualificazione degli operatori economici (art. 83 ss.); la gestione del sistema SOA (art. 83 ss.); la qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza (art. 213, c. 4).

Poteri strumentali attribuiti dal codice all'Autorità per l'assolvimento di tali compiti sono: il potere ispettivo, anche avvalendosi di altri organi dello Stato, e segnatamente della Guardia di Finanza (art. 213, c. 5); quello di segnalazione agli organi di controllo e di denuncia all'Autorità giudiziaria penale (art. 213, c. 6); quello di collaborazione con l'AGCM per l'attribuzione del rating di legalità alle imprese (art. 213, c. 7); quello sanzionatorio (art. 213, c. 13).

In sostanza si è passati ad un modello di Autorità indipendente, ma interconnessa con Governo e Ministri (a cui fa proposte) e Parlamento (da cui riceve parere), e che cumula funzioni ordinariamente attribuite a distinti poteri

pubblici: normative/regolatorie, di vigilanza/controllo paragiurisdizionali e di amministrazione attiva, consultive, di vigilanza/controllo³⁷.

Tra le numerose criticità rilevate il nuovo codice dei contratti pubblici ha attribuito alle linee guida dell'Anac il compito strategico ed essenziale di dettare la disciplina normativa secondaria o meglio la disciplina attuativa e di dettaglio della normativa primaria, in conformità alle previsioni della legge delega.

Il Consiglio di Stato, come già evidenziato nelle precedenti pagine del presente lavoro, ne ha individuate, all'interno delle numerose disposizioni del codice che più volte le richiamano, tre diverse tipologie: a) quelle approvate con decreto ministeriale, b) quelle vincolanti adottate dall'Anac c) quelle non vincolanti (sempre adottate dall'Anac).

Con specifico riferimento alle linee guida di cui all'indicata lettera b), partendo dal presupposto che tali atti hanno natura vincolante, oltre che portata generale, astratta ed innovativa, il Consiglio di Stato ne ha esclusa la natura di atto amministrativo generale, anche in considerazione della loro preordinazione a sostituire il regime normativo contenuto nel regolamento di attuazione del previgente codice dei contratti pubblici. Dovendo poi aderire ad una delle due diverse tesi ipotizzate ossia: linee guida vincolanti come atti normativi atipici o come atti di regolazione del tipo di quelli adottati dalle autorità amministrative indipendenti, ha optato, per tale seconda natura giuridica.

La preferenza accordata allo schema provvedimento, ancorché ben argomentata e sorretta da specifiche garanzie procedurali (consultazione degli operatori, AIR e VIR, raccolta in testi unici, adozione di forme di adeguata pubblicità), resta, però, problematica e suscita talune perplessità.

La vocazione "*regolatoria*" che è tipica delle altre Autorità indipendenti di regolazione³⁸, nel caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione sembra, infatti,

³⁷ DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - Governance: A.N.AC. e Cabina di regia in Urbanistica e Appalti*, fascicolo n. 5/2016.

³⁸ FOA, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002; CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, II ed., Torino 2007; NICODEMI, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002; POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti*, in LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2004; MERUSI, *Il potere*

delinearsi in modo peculiare. In particolare, mentre gli atti di regolazione di altre Autorità di regolazione si estrinsecano, normalmente, nell'adozione di regole "tecniche" (quali tariffe, prezzi di accesso alla rete dell'*incumbent*)³⁹, le linee guida dell'Anac nella maggior parte dei casi, per la generalità e l'astrattezza dei contenuti che le connotano, sembrano assurgere a veri e propri regolamenti in senso sostanziale, indipendentemente dal nome e dalla forma alle stesse attribuito.

Si pensi ad esempio alle linee guida che dovranno definire, per gli appalti di lavori, il sistema di qualificazione delle imprese, i requisiti di partecipazione alle gare, le regole dell'avvalimento e il regime delle SOA (artt. 83 e 84 del Codice) e che sembrano rivestire quei caratteri di generalità e astrattezza che caratterizzano la produzione normativa regolamentare propriamente intesa.

E del resto, l'Anac partecipa anche alla funzione regolamentare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti attraverso un potere di proposta.

L'Anac ha anche una funzione consultiva, in quanto è previsto che venga sentita in molti procedimenti previsti dal codice. A sua volta l'Autorità si vale, per alcune linee guida, della consulenza qualificata delle commissioni parlamentari.

Concludendo sul punto il nuovo codice pur prendendo le mosse dall'intento di semplificare e snellire l'ambito della regolazione sub-primaria nel settore, incontra il rischio che il superamento del pregresso modello regolamentare nella sua sostituzione con una pluralità di modelli non fornisca agli operatori del settore i necessari elementi di chiarificazione.

Quanto alla nuova disciplina del precontenzioso con il dettato normativo di cui all'art. 211 comma 2 il codice ha previsto, come già rilevato in precedenza, la

normativo delle autorità indipendenti, in GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006; CLARICH, *Autorità indipendenti; bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.

³⁹ Sul punto: DEODATO, *Le linee guida A.N.AC.: una nuova fonte del diritto?* in www.giustamm.it n.4/2016, il quale sottolinea che "gli atti di regolazione rispondono all'esigenza di affidare a un'autorità indipendente dal Governo l'introduzione di regole perlopiù tecniche (tariffe, prezzi di accesso alla rete dell'*incumbent*, ripartizione di risorse scarse, determinazione tecnica dei contenuti delle transazioni commerciali) in segmenti di mercato circoscritti nei quali l'Esecutivo, per mezzo delle società partecipate, conserva un interesse (diretto o indiretto) che ne sconsiglia qualsivoglia intervento normativo, le linee guida dell'A.N.AC., al contrario, non presentano i caratteri della tecnicità e della settorialità, né intervengono in un mercato che esige una regolazione autonoma dal Governo".

particolare figura delle “raccomandazioni”, con le quali l’Autorità nel caso in cui accerta, nell’esercizio delle sue funzioni, violazioni che determinerebbero l’annullabilità d’ufficio di uno dei provvedimenti ricompresi nella procedura di gara, invita la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell’Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250,00 e il limite massimo di euro 25.000,00, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide, altresì, sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all’articolo 36 del presente decreto.

Diverse sono le criticità che sono state rilevate nei confronti di siffatta previsione tali da metterne in dubbio la coerenza sistematica con l’attuale ordinamento giuridico italiano.

Come primo elemento critico, si è, innanzitutto, osservato che nonostante la terminologia adottata “invito”, trattasi di un dispositivo vincolante corroborato da una sanzione che può essere tra l’altro particolarmente pesante.

Il contenuto della raccomandazione è un invito, rivolto al dirigente responsabile, ad annullare l’atto in autotutela nel caso in cui l’atto della procedura di gara presenti un vizio di legittimità che ne comporterebbe l’annullabilità d’ufficio e che sia stato, pertanto, adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza. Oggetto del possibile annullamento in autotutela sono i *provvedimenti ricompresi nella procedura di gara*, nozione nella quale sembrano doversi ricondurre tutti i provvedimenti riguardanti la procedura di affidamento bando o avviso o lettera di invito, disciplinare di gara, ammissioni ed esclusioni.

Circa le modalità di esercizio del suddetto potere di controllo dell’Anac, non vengono, però, indicati, dalla norma, i casi, le tipologie o gli importi in relazione ai quali procedere alla sua attivazione; sicché lo stesso si presenta come una forma di controllo generalizzato e casuale. L’attività di controllo non si conclude

con l'adozione di un vero e proprio provvedimento di annullamento o di sospensione dell'atto viziato, ma una "raccomandazione" che pur essendo "vincolante" non porta necessariamente alla rimozione dell'atto in questione. In caso di mancato annullamento in autotutela dell'atto viziato, è semplicemente prevista una sanzione diretta al dirigente responsabile, nei confronti del quale sembra configurarsi una sorta di responsabilità oggettiva per mancato adempimento alla "raccomandazione vincolante", dalla quale discende in via automatica l'applicazione della sanzione amministrativa. La stazione appaltante, nonostante l'illegittimità rilevata, può comunque pervenire alla aggiudicazione della procedura viziata e l'unico effetto negativo per la stessa è l'incidenza sul *rating reputazionale* della stessa.

Infine sul punto, oltre alle questioni di carattere processuale, si pone il problema del contrasto con la disciplina dell'autotutela delineata dalla legge sul procedimento amministrativo in quanto da un lato viene meno il carattere discrezionale di tale potere e dall'altro viene eliminato il carattere di *contrarius actus* poiché sostanzialmente ad annullare è l'Autorità.

In conclusione scorrendo il complesso di poteri che il d.lgs. 50/2016 attribuisce all'Anac ne emerge una figura di Autorità caratterizzata da un'ampiezza di poteri non confrontabili con i modelli tradizionali sinora presenti.

Per tale ragione non appare forzato ritenere che nell'attuale delineazione l'Autorità nazionale anticorruzione rappresenti un nuovo modello di super autorità indipendente.

Quanto poi all'impianto complessivo del nuovo codice appare ancora prematuro poter dare un giudizio.

Si tratta indubbiamente di un testo complesso e ambizioso che prende le mosse da premesse innovative cercando di coniugare la volontà di istituire un rigido sistema di controlli e sanzioni in un settore particolarmente delicato quale quello dei contratti pubblici con l'obiettivo al contempo di ampliare gli ambiti di discrezionalità dell'amministrazione pubblica.

A questo punto non resta che aspettare le prime applicazioni nonchè le imprescindibili pronunce giurisprudenziali.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPALE DI RIFERIMENTO

1. A. CASSATELLA, Una nuova ipotesi di annullamento doveroso? in Foro amm., TAR, 3/2010, pp. 810 ss.;
2. A. Pizzorusso, *Le fonti del diritto*, Zanichelli, 2011
3. A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, vol. I, p. 627, secondo cui “[mediante gli di approvazione] l’autorità competente a esercitare su certi provvedimenti amministrativi un controllo preventivo di merito basato su una valutazione della convenienza amministrativa (...) esprime il proprio consenso circa il contenuto di quei provvedimenti (...)”.
4. C. Deodato, *Le linee guida A.N.AC.: una nuova fonte del diritto?* in www.giustamm.it n.4/2016,
5. C. Buonauro, *La disapplicazione degli atti amministrativi fra prassi e dottrina*, Napoli, 2004, *passim*.
6. C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell’Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012.
7. C. Contessa, *Dalla legge delega al nuovo ‘Codice’: opportunità e profili di criticità*, in: www.giustizia-amministrativa.it
8. E G. MASSARI, *L’atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 3/2014, pp. 643 ss.
9. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, 2011, p. 475
10. E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell’annullamento d’ufficio*, in Riv. Giur. Ed., 4/2015, pp. 730 ss.,
11. F. Merusi, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in Gitti (a cura di), *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006;
12. F. Politi, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti*, in Longobardi (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2004;
13. F. Annunziata, *Interpretare o “legiferare”? Le comunicazioni persuasive delle Autorità di controllo sui mercati finanziari*, in Riv. soc., 1995, p. 908.

14. F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art 21bis della legge n. 287/1990 e sulla legittimazione delle autorità indipendenti*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2/2012.
15. F. Cintioli, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, II ed., Torino 2007;
16. F. Cintioli: *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Giuffrè, 2010
17. F. Garri, *Il mercato dei contratti pubblici; il ruolo dell'Autorità di vigilanza di settore e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in Sandulli, DE Nictolis, Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008.
18. G. Napolitano: *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè 2003
19. G. MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 316 ss.;
20. G. Morbidelli, relazione a margine del convegno di Varenna 22 settembre 2016
21. G. NAPOLITANO – A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi: per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, Il Mulino, 2009
22. G. Napolitano: *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2014
23. G. Veltri, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in giustizia-amministrativa.it
24. G.P. CIRILLO – R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova Cedam, 2010
25. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica italiana*, Giuffrè, Milano, 2006
26. L. Giampaolino , *Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in Cirillo – R. Chieppa (a cura di), *Le Autorità*

amministrative indipendenti, Vol. XLI del *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Santaniello, Padova, 2010.

27. L. Mascali, *Brevi note a margine del recepimento della direttiva 2007/66/CE. Il precontenzioso davanti all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, XXIV, 2010, n. 3, 1015- 1046.
28. M. Clarich, Marcello (2015). *I ricorsi dinanzi alla autorità amministrative indipendenti. In: Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Month 1, p. 125-131. Roma: Editoriale Scientifica. ISBN: 9788863428209.
29. M. Di Stefano, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, in *Lav. dir.* 2003;
30. M. Cini, *From soft law to Hard law?: Discretion and Rule-making in the Commission's State Aid Regime*, EUI Working papers, RSC N°2000/35, 4; Dupuy, *The Protection of the Environment and International Law*, Leiden, 1975, 623-627.
31. M. Clarich (2014). *Autorizzazioni e concessioni i presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato?*, in *ASTRID RASSEGNA*. Month 1, p. ---
32. M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, il Mulino 2005
33. M. D'ALBERTI – A. PAJNO, *Arbitri dei mercati: le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2010
34. M. Sanino, *La tutela giurisdizionale nei confronti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. Amm.*, 2007, 613ss
35. N. Longobardi: "Le autorità amministrative indipendenti laboratori di un nuovo diritto amministrativo", in *Dir. Proc. Amm.*
36. P. Mantini, *Divieto di gold plating e semplificazione normativa nel recepimento delle direttive su appalti e concessioni*, in osservatorioappalti.it

37. P. Rossi, *Le autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli 2005
38. R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 5/2016.
39. R. Titomanlio “Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria”, Milano, Giuffrè 2007
40. R. Titomanlio, “Autonomia e indipendenza delle Authorities: profili organizzativi”, Milano, Giuffrè 2000
41. R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2012.
42. S. Nicodemi, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002;
43. S. Cassese: *Istituzioni di diritto amministrativo* (a cura di Cassese), Giuffrè, 2004
44. S. D’ANCONA, L’annullamento d’ufficio, cit.
45. S. Foà, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002;
46. S. Valaguzza, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008
47. V. CERULLI IRELLI, *Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali*, in Riv. trim. dir. pubbl., 3/2014, pp. 657 ss.