

I poteri dell'ANAC dopo il correttivo¹

Sommario:

1. Quadro di sintesi. - 2. Le previsioni della legge delega sull'ANAC. - 3. Confronto con la disciplina previgente: i compiti nuovi. - 4. L'ANAC e il decreto correttivo. - 5. I compiti di regolazione e di partecipazione ai processi normativi. - 5.1. Compiti "normativi" in senso lato. - 5.2. La natura giuridica delle linee guida dell'ANAC. - 5.3. Il procedimento di formazione e pubblicità delle LG. - 5.4. La giustiziabilità. - 5.5. I comunicati del Presidente dell'ANAC. - 5.6. Le novità del correttivo in ordine alle LG ANAC. - 6. I poteri di organizzazione, di vigilanza e sanzionatori dell'ANAC. - 7. Dalle raccomandazioni vincolanti alla legittimazione straordinaria dell'ANAC. - 7.1. Introduzione. - 7.2. Le previgenti raccomandazioni vincolanti e le criticità. - 8. La nuova disciplina della vigilanza collaborativa. - 8.1. Fonti e profili generali. - 8.2. La legittimazione ad agire in giudizio dell'ANAC. - 8.2.a) Ambito oggettivo e soggettivo. - 8.2.b) Rapporto tra legittimazione attiva e impugnazione per gravi violazioni. - 9. Il parere motivato e il ricorso dell'ANAC per gravi violazioni. - 9.1. L'ambito. - 9.2. Il parere motivato. - 9.2.a) Profili generali. - 9.2.b) Il *dies a quo* per l'emissione del parere. - 9.2.c) La motivazione del parere: i vizi di legittimità, il merito amministrativo, la valutazione dell'interesse pubblico concreto e attuale. - 9.2.d) L'interlocuzione precedente l'emissione del parere. - 9.2.e) I destinatari del parere. - 9.3. Le attività della stazione appaltante destinataria del parere. - 9.4. Il ricorso dell'ANAC. - 9.4.a) Profili generali. - 9.4.b) Giurisdizione e competenza. - 9.4.c) Il termine per l'azione. - 9.4.d) Il rito. Le questioni. - 9.4.e) L'impugnazione principale o incidentale del parere dell'ANAC. - 9.4.f) L'intervento in giudizio. - 9.4.g) La riunione dei giudizi. - 9.4.h) Il ricorso dell'ANAC e il rito immediato contro ammissioni ed esclusioni. - 9.4.i) La tutela cautelare. - 9.4.l) Il contributo unificato, le spese di lite e la tutela risarcitoria. - 9.4.m) L'ambito della controversia davanti al g.a. - 9.5. Rapporto tra legittimazione straordinaria e parere precontenzioso. - 10. Conclusioni.

1. Quadro di sintesi

Nell'ANAC sono, già dal 2014, confluiti i compiti di due diverse Autorità, quella anticorruzione e quella per la vigilanza sui contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture².

¹ Palermo, 30 giugno 2017 - Incontro di studio sul correttivo al codice dei contratti pubblici

² Sull'ANAC v. AA. VV., *L'autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria* (a cura di I. NICOTRA), Giappichelli, Torino, 2016; R. CANTONE – F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire*,

Si tratta di una via italiana alla lotta alla corruzione, che si annida massimamente nel settore degli appalti pubblici.

Attraverso una lenta transizione, l'originaria *mission* di sola vigilanza, attribuita all'Autorità sui lavori pubblici all'epoca della sua istituzione, con l'art. 4 della legge Merloni nel 1994, e poi dal codice dei contratti pubblici del 2006, si è definitivamente arricchita con i compiti di regolazione.

L'ANAC, oggi, è autorità che regola (con le linee guida e tutti gli altri strumenti ad essa assegnati, quali bandi tipo, raccomandazioni, pareri e quant'altro), e vigila, con pregnanti poteri ispettivi e sanzionatori.

La vocazione "regolatoria" che è tipica delle Autorità indipendenti, nel caso dell'ANAC viene declinata in modo peculiare. Perché gli atti di regolazione, in alcune materie, per la generalità e astrattezza dei contenuti, assurgono a veri e propri regolamenti in senso sostanziale, anche se non ne hanno il nome.

E. del resto, l'ANAC partecipa alla funzione regolamentare del Ministro delle infrastrutture, con un potere di proposta (che è un tipico atto predeterminativo del contenuto dell'atto finale).

L'ANAC fa anche molto altro (si fa prima a dire ciò che non fa), perché ha anche compiti propriamente gestionali di amministrazione attiva (tali sono quelli di tenuta di albi, quale quello delle SOA, dei commissari di gara, degli arbitri, quello delle stazioni appaltanti con società *in house*, e il compito della gestione del sistema di qualificazione) e ha compiti che sono paragiurisdizionali (parere vincolante sul contenzioso relativo alle gare).

L'ANAC ha anche una funzione consultiva, in quanto è previsto che venga sentita in molti procedimenti previsti dal codice.

L'ANAC ha, non meno importante, una funzione informativa, atteso che le compete gestire la banca dati dei contratti pubblici e il sistema di pubblicità informatica dei bandi e degli atti di gara.

giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici, in *Giorn. dir. amm.* n. 4/2016, 499 ss.; N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, relazione al convegno "Codice 50: atto secondo", IGI – Roma, 14.6.2016; R. GRECO, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 29.12.2016. Sull'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici prima della sua soppressione v. L. GIAMPAOLINO, *Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, in AA. VV., *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di L. GIAMPAOLINO, M. A. SANDULLI, G. STANCANELLI, Giuffrè, Milano, 1999, 56 ss.; R. CARANTA, *L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, in AA. VV., *La nuova disciplina sui lavori pubblici*, a cura di (F CARINGELLA e G. DE MARZO), Ipsoa, Milano, 2003, 161 ss.; A. CARULLO, *Commento agli artt. 4 e 5, l. n. 109/1994*, in AA. VV., *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di A. CARULLO e A. CLARIZIA, Cedam, Padova, 2004, 325 ss.; F. SINISCALCHI, *La vigilanza nel settore dei lavori pubblici*, in *Urb. e app.*, 2005, 629 – 635; L. MICONI, *Nuovi ruoli e competenze dell'Autorità* (relazione al convegno U.N.I.T.E.L. – Pescara, 21.4.2006, in www.giustamm.it); M. DI LULLO, *L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* (artt. 6 – 8), in AA. VV., *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (a cura di M. SANINO), Utet, Torino, 2006, 65 – 88; Trattato di diritto amministrativo, diretto da Santaniello G. - vol. XLII: *Le autorità amministrative indipendenti*, a cura di G.P.CIRILLO e R. CHIEPPA, Padova, 2010.

Si ha dunque un'Autorità a vocazione indipendente, che cumula funzioni ordinariamente attribuite a distinti poteri pubblici: normative/regolatorie, di amministrazione attiva, consultive, di vigilanza/controllo, paragiurisdizionali.

L'ordinamento ha peraltro previsto un sistema di pesi e contrappesi volto a riequilibrare, nei rapporti esterni, l'accentramento di tante competenze.

Gli strumenti di bilanciamento sono costituiti:

- dalla impugnabilità di tutti gli atti dell'ANAC davanti agli organi della giustizia amministrativa;
- dalla istituzione della Cabina di regia presso la P.C.M., con compiti di monitoraggio, impulso e coordinamento;
- dalla cogestione di alcune tipologie di linee guida attraverso il potere di proposta dell'ANAC e di approvazione del Ministro delle infrastrutture.

2. Le previsioni della legge delega sull'ANAC

Tale assetto deriva direttamente dalla legge delega, che attribuisce compiti all'ANAC in quattordici punti di delega (art. 1, lett. q), nn. 2) e 5); lett. s), t), u), bb), ee), hh), uu), vv), eee) iii); art. 1, c. 2 e c. 5; di cui tredici specifici e uno, il punto t), generale, a sua volta tradotto nell'art. 213 del codice.

La lett. t) della delega prevede in particolare: *“attribuzione all'ANAC di 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 sanzionatorio, 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 e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa”*.

E in tale previsione ci sono le funzioni di regolazione, di vigilanza/controllo, di precontenzioso, declinati rispettivamente nell'art. 213, c. 2, e 211.

Gli altri punti di delega attribuiscono all'ANAC:

- a) compiti “normativi” in senso lato, mediate partecipazione alla redazione del codice e potere di proposta delle linee guida ministeriali (art. 1, c. 2 e c. 5, legge delega);
- b) compiti di vigilanza specifici, in materia di varianti (art. 1, c. 1, lett. ee), legge delega); e di obblighi di esternalizzazione dei concessionari (art. 1, c. 1, lett. iii), legge delega);
- c) compiti di informazione e gestione delle banche dati (art. 1, c. 1, lett. q), n. 2 e lett. s);
- d) compiti gestionali specifici quanto a:
 - d. 1) qualificazione stazioni appaltanti (art. 1, c. 1, lett. bb) legge delega);
 - d.2) albo commissari di gara (art. 1, c. 1, lett. hh) legge delega);

- d.3) gestione del sistema di premialità operatori e rating di impresa (art. 1, c. 1, lett. uu), legge delega);
- d.4) gestione del sistema di penalità e premialità in relazione alle denunce per estorsione (art. 1, c. 1, lett. q), n. 5, legge delega);
- d.5) decadenza e sospensione attestazione qualificazione (art. 1, c. 1, lett. vv) legge delega);
- d.6) parere sulla partecipazione del fallito e del soggetto ammesso a concordato alle gare, e imposizione dell'avvalimento (art. 1, c. 1, lett. vv), n. 6) legge delega);
- d.7) gestione dell'elenco di amministrazioni che affidano *in house* (art. 1, c. 1, lett. eee) legge delega).

Ulteriori compiti gestionali specifici sono previsti dal codice in tema di arbitrato e camera arbitrale (artt. 209 e 210 codice).

Tali compiti previsti dalla delega, sono stati attuati dal codice, nelle singole, specifiche disposizioni, mentre l'art. 213 cerca di sintetizzarli, senza tuttavia essere esaustivo.

In estrema sintesi, la vigilanza afferisce, oltre al sistema degli appalti nel suo complesso, ai settori più delicati quali il sotto soglia, i contratti esclusi, i contratti segreti, e al sistema di qualificazione (art. 213, c. 3, lett. a), b), f), g); già art. 1, c. 2, lett. f-bis), l. n. 190/2012, abolito espressamente dal decreto correttivo).

Per gli appalti più delicati la vigilanza assume i connotati della “vigilanza collaborativa” tramite protocolli di intesa con le stazioni appaltanti al fine di supportarle nella predisposizione degli atti e nella gestione dell'intera procedura di gara (art. 213, c. 1, lett. h).

Compiti di amministrazione attiva sono:

- la gestione del *rating* di impresa degli operatori economici e del sistema di premialità e penalità in relazione alle denunce per estorsione (art. 83);
- la gestione del sistema SOA (art. 83 ss.);
- la qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza (art. 213, c. 4);
- la 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);
- la tenuta dell'albo dei commissari di gara (art. 77 e 213 c. 15);
- la tenuta della banca dati dei contratti pubblici (art. 213, c. 8 e 9);
- la tenuta del casellario informatico dei contratti pubblici (art. 213, c. 10);
- la tenuta dell'albo della camera arbitrale (art. 213, c. 11);
- la elaborazione dei costi standard dei lavori e dei prezzi di riferimento di beni e servizi (art. 213, c. 3, lett. h-bis), aggiunta dal decreto correttivo).

Compiti precontenziosi sono quelli delineati nell'art. 211 c. 1 relativo al parere precontenzioso, mentre la c.d. raccomandazione vincolante (peraltro abrogata dal decreto correttivo e sostituita da una legittimazione straordinaria a

impugnare) di invito all'autotutela non è un vero e proprio strumento precontenzioso.

Vi sono poi i compiti di segnalazione, a Governo e Parlamento, di proposta al Governo, di relazione annuale al Governo e al Parlamento (artt. 213, c. 3, lett. c), d, e).

I poteri strumentali a tali compiti sono:

- quello 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).

Quanto al finanziamento dell'ANAC, viene confermato il previgente sistema, delineato dall'art. 1, c. 67, l. n. 266/2005 (finanziamento sul mercato, mediante contributo da parte dei soggetti sottoposti alla vigilanza).

3. Confronto con la disciplina previgente: i compiti nuovi

Dal confronto con la disciplina previgente si evince che i compiti attribuiti *ex novo* all'ANAC sono **ben undici**:

- a) l'adozione di LG vincolanti;
- b) il potere di proposta in relazione alle LG ministeriali;
- c) la gestione della qualificazione delle stazioni appaltanti;
- d) la istituzione e gestione dell'albo dei commissari di gara;
- e) la gestione del *rating* di impresa e nel suo ambito la gestione del sistema di premialità e penalità in relazione alle denunce per estorsione;
- f) la gestione dell'albo delle amministrazioni e enti che fanno affidamenti *in house*;
- g) il parere e l'imposizione dell'avvalimento nei casi dell'art. 110 codice;
- h) il potere di raccomandazione vincolante nel vigore del testo originario del codice e, dopo il correttivo, la legittimazione straordinaria a impugnare gli atti di gara;
- i) la vigilanza sul rispetto degli obblighi di esternalizzazione dei concessionari;
- l) la vigilanza sulle varianti, che peraltro, se non era prevista nel codice del 2006, era stata già anticipata, rispetto al nuovo codice, dall'art. 37, d.l. n. 90/2014;
- m) la vigilanza collaborativa attraverso protocolli di intesa.

4. L'ANAC e il decreto correttivo

Il correttivo, e il suo strascico che è la legge di conversione del d.l. n. 50/2017 (l. n. 96/2017), incidono sui più importanti poteri dell'ANAC, quello di regolazione, quello di vigilanza dinamica, e sui poteri di organizzazione e sanzionatori.

Il correttivo tocca l'ANAC anche sotto altri più specifici profili, attribuendo ulteriori compiti all'Autorità o ulteriori contenuti alle LG dell'ANAC:

- la elaborazione dei costi standard dei lavori e dei prezzi di riferimento di beni e servizi (art. 213, c. 3, lett. h-bis), aggiunta dal decreto correttivo);
- gli ulteriori contenuti delle LG nei contratti sotto soglia e per il RUP (art. 31, c. 5; art. 36, c. 7);
- gli ulteriori contenuti del casellario informatico (art. 213, c. 10).

5. I compiti di regolazione e di partecipazione ai processi normativi

5.1. Compiti “normativi” in senso lato

In estrema sintesi, l'ANAC:

- a) adotta LG, a volte vincolanti e altre volte non vincolanti (art. 213, c. 2, codice);
- b) partecipa, in veste di proponente, all'adozione delle LG ministeriali (art. 111);
- c) ha reso parere sullo schema di codice (art. 1, c. 2, legge delega);
- d) formula al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore (compito quest'ultimo già previsto dal previgente art. 6, d.lgs. n. 163/2006) (art. 213, c. 3, lett. d), codice).

Di particolare interesse, sul piano dogmatico della gerarchia delle fonti nel sistema costituzionale, e sul piano pratico dell'impatto per stazioni appaltanti e operatori, è il potere di adottare linee guida, della cui natura giuridica, e giustiziabilità, si è ampiamente disputato.

5.2. La natura giuridica delle linee guida dell'ANAC

Il primo parere del Consiglio di Stato sullo schema di codice, mentre ha ritenuto la natura regolamentare delle LG ministeriali, non ha acceduto alla tesi della natura regolamentare delle LG vincolanti dell'ANAC, invece sostenuta dalla dottrina prevalente, optando per la natura di atti di regolazione propri delle Autorità indipendenti, in pratica atti amministrativi generali³.

Tale tesi è stata ribadita dal successivo parere del Consiglio di Stato sulle LG in tema di RUP, OEPV, SIA⁴, che muovendo dalla natura delle LG ANAC vincolanti come atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare, ha osservato che detti atti di regolazione si caratterizzano per il fatto che il **principio di legalità** assume una valenza diversa rispetto ai normali provvedimenti amministrativi.

La legge, infatti, in ragione dell'elevato tecnicismo dell'ambito di intervento, si limita a definire lo scopo da perseguire lasciando un ampio **potere**

³ Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec., 1.4.2016 n. 855.

⁴ Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec., 2.8.2016 n. 1767 reso su tre LG ANAC: RUP, OEPV, SIA.

(implicito) alle Autorità di sviluppare le modalità di esercizio del potere stesso. Nella fattispecie in esame, la legge, invece, ha definito in modo più preciso le condizioni e i presupposti per l'esercizio del potere, lasciando all'Autorità un compito di sviluppo e integrazione del precetto primario nelle parti che afferiscono a un livello di puntualità e dettaglio non compatibile con la caratterizzazione propria degli atti legislativi.

La natura non regolamentare delle linee guida dell'ANAC consente, inoltre, che la fase di attuazione delle disposizioni del codice che rinviano a esse non incontri i limiti che l'art. 117, c. 6, Cost. pone all'esercizio del potere regolamentare statale.

La tesi prospettata dal parere del Consiglio di Stato non ha mancato di sollevare dubbi negli interpreti.

Si è da taluno sostenuto che si esula dall'ambito tipico della *soft law* e degli atti di regolazione, e che le LG dell'ANAC hanno una natura regolamentare vera e propria⁵.

Va rilevato che tale tipologia di LG non sono una mera "*spiegazione*" della portata delle norme primarie e non si limitano a indicare buone prassi comportamentali (secondo quello che dovrebbe essere, in astratto, il *proprium* delle linee guida, intese come una sorta di "istruzioni per l'uso"), ma costituiscono una vera e propria "*integrazione*" di norme primarie incomplete, e questo sembrerebbe far propendere per una natura regolamentare vera e propria.

L'orientamento che sembra più diffuso nella prima dottrina, che peraltro non ha avuto ancora conferma nella giurisprudenza, sembra nel senso della natura regolamentare delle LG vincolanti e della natura di circolari delle LG vincolanti.

In particolare, in relazione al comportamento da osservare da parte delle stazioni appaltanti destinatarie delle LG non vincolanti, le LG sortiscono un effetto analogo a quello delle circolari, ancorché non sussista il tipo di relazione gerarchica che è di regola il presupposto delle circolari.

Se le stazioni appaltanti intendono discostarsi da quanto disposto dall'Autorità, devono adottare un atto che contenga una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa. Ferma la imprescindibile valutazione del caso concreto, l'amministrazione potrà non osservare le linee guida – anche se esse dovessero

⁵ V. ITALIA, *Le linee guida del codice degli appalti pubblici*, relazione tenuta presso l'IGI il 9.2.2016; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto*, in www.giustizia-amministrativa.it, 29.4.2016; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli*, Relazione tenuta a Varenna il 22.9.2016; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, Relazione tenuta al convegno "*L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma "Madia"*", Lecce, 28-29.10.2016.

apparire “prescrittive”, magari perché riproducono una disposizione del precedente regolamento attuativo – se, come in molti casi previsto da queste ultime, la peculiarità della fattispecie concreta giustifica una deviazione dall’indirizzo fornito dall’ANAC ovvero se sempre la vicenda puntuale evidenzia eventuali illegittimità delle linee guida nella fase attuativa.

Al di fuori di questa ipotesi, la violazione delle linee guida può essere considerata come elemento sintomatico dell’eccesso di potere, sulla falsariga dell’elaborazione giurisprudenziale che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari.

5.3. Il procedimento di formazione e pubblicità delle LG

Sia per le LG vincolanti che per quelle non vincolanti, è previsto un procedimento di formazione partecipato, attraverso la consultazione degli stakeholders e l’utilizzo di metodi di analisi e verifica di impatto; è prevista la pubblicazione non solo sul sito dell’ANAC ma anche in GURI, il consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, 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 (art. 213, c. 2).

Opportunamente il correttivo ha chiarito che gli effetti giuridici per i terzi decorrono dalla pubblicazione in GURI, successiva a quella sul sito dell’ANAC, e ha imposto un regime di *vacatio legis*, di regola non inferiore a 15 giorni, sulla falsariga degli atti di natura regolamentare (art. 213, c. 17-bis), nonché un regime transitorio (con applicazione alle procedure i cui bandi o inviti siano successivi alla data di entrata in vigore delle linee guida).

5.4. La giustiziabilità

Quanto alla giustiziabilità, le LG dell’ANAC, sia vincolanti che non vincolanti, sono dichiarate impugnabili davanti al giudice amministrativo (art. 213, c. 2).

Spetterà al giudice amministrativo chiarire, se e quando le LG saranno impugnate, il tipo di giurisdizione, rito applicabile, la legittimazione e l’interesse al ricorso e dunque il regime di impugnazione immediata o differita, la portata del sindacato esercitabile dal g.a.

Alcune considerazioni su tali aspetti.

Quanto al tipo di giurisdizione, si ricade nell’ambito della giurisdizione esclusiva del g.a. su talune (non tutte le) Autorità indipendenti (tra cui l’ANAC subentrata all’AVCP) (art. 133, c. 1, lett. l), c.p.a.).

E qui va ricordato che l’ANAC somma funzioni di due pregresse diverse Autorità, e questa stratificazione ha riflessi sul riparto di giurisdizione: mentre per quelli che sono i compiti di AVCP, in cui l’ANAC è subentrata, la pressoché totalità degli atti dell’ANAC ricade sotto la giurisdizione del g.a., così non è per

gli atti che essa adotta quale Autorità anticorruzione, per alcuni dei quali è espressamente prevista la giurisdizione del g.o.

Si noti che l'art. 133, c. 1, lett. l) c.p.a., nell'affermare la giurisdizione esclusiva sui provvedimenti delle Autorità indipendenti, non individua un genus, ma indica nominativamente singole Autorità, tra queste non è menzionata – formalmente – l'ANAC. Che vi possiamo far rientrare in via esegetica se e nei limiti in cui è “erede” dell'AVCP, invece espressamente nominata.

Quanto al rito applicabile, che non è esplicitato nell'art. 213 codice dei contratti pubblici, si tratterà del rito dell'art. 120 se le LG vengono impugnate in connessione con un atto di una procedura di affidamento (es. un provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante fondandosi sulle LG ANAC), ovvero del rito dell'art. 119 (che si applica agli atti delle Autorità indipendenti) se vengono impugnate autonomamente.

Quanto al regime di impugnazione immediata e differita, stante la natura generale e astratta di entrambe le tipologie di LG, di regola l'interesse concreto e attuale a impugnarle sorgerà solo quando viene adottato un provvedimento lesivo che si basa su di esse (un'ammissione, esclusione, aggiudicazione in una gara di appalto).

L'interesse a impugnare può sussistere non solo in capo agli operatori economici, o loro associazioni rappresentative, ma anche in capo alle stazioni appaltanti che non le condividano.

Quanto alle LG non vincolanti, ritenendole assimilabili alle circolari, la loro contestazione può avvenire, di regola, unitamente all'atto applicativo. Ma se ritenute immediatamente lesive, perché impongono in via immediata regole di condotta e oneri, possono essere immediatamente impugnate, come talora la giurisprudenza ha ritenuto per le circolari.

Può in concreto verificarsi che l'amministrazione si adegui alla LG, e che il destinatario dell'atto applicativo contesti quest'ultimo unitamente alle LG ritenendoli entrambi illegittimi.

Può al contrario verificarsi che l'amministrazione si discosti dalle LG, e si aprono due sottoipotesi: che si discosti senza motivazione ovvero motivando. In entrambi i casi potrà sorgere contenzioso sulla legittimità di un atto attuativo che si scosti dalle LG, o per difetto di motivazione, ovvero perché la motivazione appare irragionevole o illogica.

La natura del sindacato del giudice amministrativo su tutti i tipi di LG dell'ANAC non differisce da quello che viene espletato sugli atti di natura regolamentare e sugli atti amministrativi generali.

Si tratta anzitutto di un sindacato che riguarda tutti i vizi di legittimità afferenti sia al procedimento di formazione che al rispetto dei limiti sostanziali imposti dalle norme primarie.

In secondo luogo, sebbene l'attività normativa sia, in astratto, “libera nei fini”, per i regolamenti tale “libertà” incontra il doppio vincolo del rispetto della Costituzione, delle fonti sovranazionali, e della fonte primaria attributiva del

potere.

Il margine di “scelta discrezionale” del regolamento, sebbene più ampio rispetto a quello di un provvedimento puntuale, non esime da un sindacato condotto attraverso lo strumentario proprio dell’eccesso di potere, che consente di verificare anche la congruità, logicità, proporzionalità, ragionevolezza delle scelte, con il solo limite della non sindacabilità di quelle che implicano margini di apprezzamento di merito e che non siano illegittime, o illogiche, irragionevoli, diseconomiche⁶.

Gli atti generali e regolamentari che l’ANAC adotta quale Autorità di vigilanza sui contratti pubblici pongono, in prospettiva, una ulteriore questione, in ordine all’ampiezza di eventuali “poteri impliciti”, non chiaramente desumibili dalla fonte primaria, specie laddove quest’ultima attribuisca genericamente la competenza ad adottare strumenti di regolazione flessibile.

Tale tema non è stato sinora affrontato dalla giurisprudenza con riferimento ai compiti di Autorità di vigilanza sui contratti pubblici mentre ci sono alcuni precedenti giurisprudenziali in ordine ai “poteri impliciti” esercitati dall’ANAC nei compiti di Autorità anticorruzione, la cui sussistenza è stata negata dal giudice amministrativo.

Invero, in relazione alle attribuzioni dell’ANAC quale Autorità anticorruzione il giudice amministrativo ha affermato la necessità di individuare i poteri dell’ANAC nel rispetto del principio di stretta legalità, negando la sussistenza di “poteri impliciti” non immediatamente derivanti dalla fonte primaria.

In particolare, in tema di inconfiribilità di incarichi, si è affermato che l’art. 16 d.lgs. n. 39/2013, che attribuisce all’ANAC un potere di vigilanza e cautelare, non le attribuisce anche un potere sostitutivo né un potere di ordinare alle pubbliche amministrazioni di adottare determinati provvedimenti (nella specie, l’ANAC aveva ordinato a una amministrazione di revocare un incarico).

E’ stato inoltre stigmatizzato che l’insussistente potere di “ordine” sia stato in concreto esercitato senza motivazione, e si è osservato che l’insussistenza di un siffatto potere in capo all’ANAC non determina un vuoto di tutela nell’ordinamento, attesa la ordinaria impugnabilità dei provvedimenti

⁶ Afferma C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull’intensità del sindacato (...), op. cit.*, che nel sindacato del g.a. sui regolamenti “è necessario, tuttavia, che lo scrutinio giurisdizionale dei profili di ragionevolezza resti circoscritto alla verifica di manifeste deviazioni dai canoni di razionalità e proporzionalità ai quali rimane soggetta anche l’attività normativa secondaria, ché altrimenti produrrebbe l’inaccettabile effetto di consentire al giudice di sostituirsi all’autorità titolare del potere regolativo nella scelta dell’opzione di intervento liberamente giudicata più opportuna. Ma, con l’esclusione della patologica ipotesi da ultimo menzionata, l’analisi della ragionevolezza della scelta regolatoria, pur nel rispetto dei vincoli recati dalla disposizione legislativa di riferimento, non può intendersi preclusa al giudice amministrativo, dovendo, anzi, ritenersi naturalmente compresa nell’oggetto del giudizio, nella misura in cui attiene direttamente al controllo del corretto esercizio della funzione pubblica giudicata (ancorché avente carattere normativo).”.

amministrativi illegittimi⁷.

Il tema dei “poteri impliciti” dell’ANAC quale Autorità di vigilanza sui contratti pubblici è “aperto”, non è stato ancora approfondito: del resto, sono così tanti i “poteri espliciti” che sarà rara la necessità di ricorrere a poteri impliciti.

Oltre alla giurisprudenza del Tar Lazio appena citata, che nega i poteri impliciti di ANAC quale Autorità anticorruzione (pende appello al Consiglio di Stato, che sarà deciso a novembre 2017), va ricordato un passaggio del parere del Consiglio di Stato, già citato, sulle LG su RUP, SIA, OEPV, che sembra, sia pure *an passant*, negare i poteri impliciti:

“Gli atti di regolazione delle Autorità indipendenti si caratterizzano per il fatto che il principio di legalità assume una valenza diversa rispetto ai normali provvedimenti amministrativi. La legge, infatti, in ragione dell’elevato tecnicismo dell’ambito di intervento, si limita a definire lo scopo da perseguire lasciando un ampio potere (implicito) alle Autorità di sviluppare le modalità di esercizio del potere stesso. Nella fattispecie in esame, la legge, invece, ha definito in modo più preciso le condizioni e i presupposti per l’esercizio del potere, lasciando all’Autorità un compito di sviluppo e integrazione del precetto primario nelle parti che afferiscono a un livello di puntualità e dettaglio non compatibile con la caratterizzazione propria degli atti legislativi.”

⁷ Tar Lazio – Roma, I, 14.11.2016 n. 11270: “Come noto, il principio di legalità dell’azione amministrativa, di rilevanza costituzionale (artt. 1, 23, 97 e 113 Cost.), impone che sia la legge a individuare lo scopo pubblico da perseguire e i presupposti essenziali, di ordine procedimentale e sostanziale, per l’esercizio in concreto dell’attività amministrativa.

Ne discende che il contenuto dei poteri spettanti all’Autorità nell’ambito dei procedimenti per il conferimento di incarichi va ricercato, quanto meno per i suoi profili essenziali, nel dato normativo primario, non essendo consentito il ricorso ad atti regolatori diversi, quali le linee guida o altri strumenti di cd. soft law, per prevedere l’esercizio di poteri nuovi e ulteriori, non immediatamente percepibili dall’analisi della fonte legislativa”. L’art. 16, d.lgs. n. 39/2013 “(...) delinea chiaramente il ruolo e i compiti dell’ANAC in materia di inconfiribilità di incarichi e li descrive nei termini dell’esercizio di un generale potere di vigilanza, rafforzato attraverso il riconoscimento di forme di dissuasione e di indirizzo dell’ente vigilato, che possono financo condurre alla sospensione di un procedimento di conferimento ancora in fieri ma che non possono comunque mai portare alla sostituzione delle proprie determinazioni a quelle che solo l’ente vigilato è competente ad assumere. (...)

Giova sottolineare, sul punto, che la circostanza che, nella presente controversia, il potere di generale vigilanza ed indirizzo dell’Autorità abbia sconfinato i suoi propri limiti di esercizio trova ulteriore conferma nella circostanza che l’ANAC, nell’esercizio del suo potere di “ordine”, non ha neppure provveduto ad esplicitare le ragioni per cui non riteneva corrette le valutazioni svolte dal RPC sulla conferibilità dell’incarico.

E’ opportuno anche chiarire che l’assenza di un potere di ordine in capo all’Autorità e il riconoscimento al solo RPC del potere di decidere in ordine alla inconfiribilità o meno di un incarico, non comportano comunque alcun vuoto di tutela né una potenziale sterilizzazione degli effetti perseguiti dalle norme in materia di anticorruzione, poiché l’atto adottato dal responsabile non si sottrae al possibile sindacato giurisdizionale di questo giudice e i suoi effetti potranno essere per questa via rimossi.”. V. anche Tar Lazio – Roma, III, 8.6.2016 n. 6593: l’ANAC esprime “il proprio qualificato orientamento al naturale destinatario, invitandolo ad adottare, nel rispetto della propria autonomia organizzativa, le determinazioni a cui era tenuto nel rispetto delle disposizioni di legge in tema di inconfiribilità o incompatibilità”.

5.5. I comunicati del Presidente dell'ANAC

Dopo l'entrata in vigore del codice, oltre alle LG dell'ANAC, sono stati talora adottati comunicati del suo Presidente, a fini interpretativi, come quello del 5.10.2016 che affronta alcune questioni in tema di offerte anomale.

Non sono una tipologia di atto previsto dal codice e esso non può svolgere alcuna efficacia vincolante ma solo di orientamento per le stazioni appaltanti, che possono scostarsi da tali comunicati senza necessità di una specifica motivazione. In tal senso la prima giurisprudenza, proprio con riferimento al comunicato 5.10.2016 ha affermato che hanno “*natura di meri pareri*” i “*comunicati del Presidente dell'ANAC, privi di qualsivoglia efficacia vincolante per le stazioni appaltanti, trattandosi di meri opinamenti inerenti l'interpretazione della normativa in tema di appalti pubblici. Infatti, per quanto a norma dell'art. 213 d.lgs. n. 50/2016 il novero dei poteri e compiti di vigilanza affidati all'ANAC sia invero penetrante ed esteso, a presidio della più ampia legalità nell'attività contrattuale delle stazioni appaltanti e della prevenzione della corruzione, non può ammettersi nel vigente quadro costituzionale, in tal delicato settore, un generale vincolante potere interpretativo con effetto erga omnes affidato ad organo monocratico di Autorità Amministrativa Indipendente, i cui comunicati ermeneutici - per quanto autorevoli - possono senz'altro essere disattesi. Diversamente dalle linee guida, per la cui formazione è previsto un percorso procedimentalizzato e partecipato (art. 213 c. 2 codice) - nel solco d'altronde degli stessi principi affermati dalla giurisprudenza in tema di esercizio di poteri di tipo normativo o regolatorio da parte di Autorità indipendenti (...) - i comunicati del Presidente dell'ANAC sono dunque pareri atipici e privi di efficacia vincolante per la stazione appaltante e gli operatori economici*”

Sicché dal “*comunicato ANAC del 5 ottobre 2016*” la stazione appaltante può “*discostarsi senza dover fornire alcuna motivazione*”⁸.

5.6. Le novità del correttivo in ordine alle LG ANAC

Si è già detto della opportuna previsione sulla pubblicità in GURI, la *vacatio legis* e il regime transitorio (art. 213, c. 17-bis).

Vi è poi una novità apparentemente solo lessicale, ma di grande impatto sistemico: gli artt. 52-ter e 52-quater d.l. n. 50/2017, aggiunti dalla legge di conversione, a proposito di alcuni “atti” dell'ANAC, adottano la parola “regolamento”: una parola diventata tabù nel codice del 2016, mai da esso utilizzata per indicare atti attuativi del codice, e che ora compare nell'art. 211 come novellato.

Sembra registrarsi, in un sistema a Costituzione rigida, con rigida gerarchia delle fonti, il fallimento della *soft law*, o più semplicemente il ritorno

⁸ Tar Umbria, 31.5.2017 n. 428, ord. coll.

al sano buon senso di chiamare le cose con un nome che corrisponda alla loro sostanza.

Si assiste poi ad una significativa “marcia indietro” sui poteri regolamentari dell’ANAC in ambiti che attengono a una platea indifferenziata dei destinatari.

In particolare, quanto alla qualificazione degli operatori economici.

Sia il parere del Consiglio di Stato sullo schema di codice che quello sullo schema di correttivo avevano osservato in relazione alle linee guida sulla qualificazione degli operatori economici (artt. 83 e 84) che si tratta di materia intrinsecamente normativa, da affidare alle linee guida ministeriali⁹.

Il codice aveva previsto un tipo *sui generis* di LG, un *quartum genus* rispetto ai tre ipotizzati dalla delega, ipotizzando LG dell’ANAC sulla qualificazione, previo parere delle competenti commissioni parlamentari.

Ne era dubbia la costituzionalità: sia per eccesso di delega sia perché si creava un “atto anomalo” in cui un organo costituzionale quale il Parlamento rende parere ad un organo tecnico che, per quanto indipendente, non ha rango costituzionale. Questo, con le ulteriori implicazioni nel caso in cui l’ANAC si scostasse dal parere (obbligatorio ma mai vincolante) delle Commissioni parlamentari, senza alcuna responsabilità politica per mancata osservanza del parere del Parlamento, come accade invece quando vi è il parere del Parlamento nei confronti del Governo¹⁰.

Di regola è l’organo tecnico che dà parere all’organo politico dovendo illuminare con il sapere scientifico la scelta del decisore politico; non può viceversa prevedersi che l’organo politico dia parere all’organo tecnico, sia perché l’organo tecnico deve restare indipendente dalle posizioni politiche sia

⁹ Si legge nel parere sub art. 83: “Il comma 2 affida all’ANAC la disciplina (caratterizzata da generalità e astrattezza) di rilevanti aspetti sostanziali in tema di selezione dei candidati, caratteri del sistema di qualificazione, casi e modalità di avvalimento e requisiti e capacità che devono essere posseduti dal concorrente, integrando una parte rilevante della materia disciplinata e incidendo altresì su specifici status soggettivi. Si tratta di materia intrinsecamente normativa, che completa il dettato delle disposizioni di rango primario e che andrebbe più propriamente affidata alla sede regolamentare, con le relative implicazioni anche in termini di garanzie procedurali.

Alla luce di quanto osservato nella parte generale (sub II.g), si demanda al Governo di valutare se riconfermare il riparto di attribuzioni del presente articolo, ovvero modificarlo affidando una parte di tale materia ai decreti ministeriali adottati su proposta dell’ANAC, lasciando comunque all’ANAC il sistema di premialità e penalità del comma 10, nonché la disciplina delle SOA di cui al successivo art. 84, secondo quanto già previsto dall’abrogando d.lgs. n. 163/2006.

In tale seconda ipotesi, le competenze attribuite all’ANAC in tema di qualificazione avrebbero comunque piena esplicazione attraverso il potere di proposta, che costituisce tipico atto che predetermina il contenuto del provvedimento finale.”.

¹⁰ Per tale riflessione v. anche C. DEODATO, *Le linee guida dell’ANAC: una nuova fonte del diritto*, in www.giustizia-amministrativa.it, 29.4.2016

perché l'organo tecnico, ove si scosti dal parere "politico", non incorre in responsabilità politica.

L'aver previsto il parere delle Camere nel procedimento di formazione delle LG ANAC sulla qualificazione degli operatori economici metteva una seria ipotesi di illegittimità costituzionale per eccesso di delega, su un pezzo importante della riforma.

Il decreto correttivo ha opportunamente affidato la qualificazione ad un regolamento ministeriale, in particolare un decreto del MIT, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari.

Analogamente, le LG dell'ANAC sul monitoraggio dei PPPC, nella versione originaria del codice necessitavano, in modo anomalo, del parere di un organo politico, il Ministro dell'economia, più opportunamente il correttivo prevede ora il parere del Ministero dell'economia.

Il passaggio della qualificazione dalla competenza dell'ANAC a quella del MIT su proposta dell'ANAC è peraltro avvenuto in modo frettoloso, il legislatore del correttivo ha inciso sull'art. 83 ma non anche su molte altre disposizioni del codice che ad esso fanno rinvio. Sicché si ingenerano dubbi sull'esatto riparto di competenze tra MIT e ANAC in tema di qualificazione degli operatori economici.

E' sorta già questione sulla competenza a regolare la qualificazione del contraente generale, posto che nei relativi articoli in alcuni casi si fa riferimento al d.m. sulla qualificazione, in altri alle LG ANAC aventi il medesimo oggetto.

Il 21 giugno 2017 il Consiglio di Stato¹¹ ha reso un primo parere post decreto correttivo, su quesito dell'ANAC, per dare risposta a tale questione. Si è affermato che secondo argomenti esegetici testuali, logici, storici, si deve presumere che l'intento del legislatore sia di affidare la disciplina della qualificazione degli operatori economici, ivi compreso il contraente generale, a una fonte unica: era il d.P.R. 207/2010 in precedenza, erano le LG ANAC nel vigore del testo originario del codice del 2016, dovrebbe essere il d.m. ministeriale dopo il correttivo. Peraltro, per addivenirsi a tale soluzione, è auspicabile che il Parlamento apporti le ulteriori necessarie correzioni al codice (essendo scaduta la delega, non può farlo il Governo con un decreto delegato).

Resta l'ulteriore questione di "regolamento di confini" tra d.m. MIT e LG ANAC, la qualificazione spetta al primo, invece rating di impresa, vigilanza su SOA e operatori, spetta alle seconde.

6. I poteri di organizzazione, di vigilanza e sanzionatori dell'ANAC

Il codice nella sua versione originaria non si è preoccupato di prevedere un fondamento normativo chiaro del potere di autoorganizzazione, vigilanza, e sanzionatorio dell'ANAC.

¹¹ Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec., 21.6.2017 n. 1479.

Nella previgente disciplina recata dal codice del 2006 era espressamente previsto il potere regolamentare dell'ANAC in materia di vigilanza e ne erano fissati i principi direttivi, stabilendosi che il regolamento dell'Autorità, nella disciplina dell'esercizio della funzione di vigilanza prevedesse:

- a) il termine congruo entro cui i destinatari di una richiesta dell'Autorità devono inviare i dati richiesti;
- b) la possibilità che l'Autorità invii propri funzionari nella sede di amministrazioni e soggetti aggiudicatori, e operatori economici, al fine di acquisire dati, notizie, documenti, chiarimenti;
- c) la possibilità che l'Autorità convochi, con preavviso e indicazione specifica dell'oggetto, i rappresentanti di amministrazioni e soggetti aggiudicatori, operatori economici, SOA, o altri soggetti che ritenga necessario o opportuno sentire;
- d) le modalità di svolgimento dell'istruttoria nel rispetto dei principi di cui alla l. n. 241/1990;
- e) le forme di comunicazione degli atti, idonee a garantire la data certa della piena conoscenza (art. 8, d.lgs. n. 163/2006).

In attuazione era stato varato il regolamento 9.12.2014 che trova applicazione nelle more dell'emanazione del nuovo.

Il silenzio del nuovo codice non fa venir meno la sussistenza di tale potere regolamentare, nell'ambito dell'autonomia organizzativa dell'ANAC, pur con tutte le riserve che si esporranno circa la vaghezza dei criteri normativi di esercizio della potestà regolamentare; il procedimento va disciplinato nel rispetto dei principi procedurali desumibili dalla l. n. 241/1990 e di quelli sanzionatori desumibili dalla l. n. 689/1981¹².

Tanto, in virtù della generale previsione dell'art. 30, c. 8, codice, secondo cui «per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applicano le disposizioni di cui alla legge 7.8.1990, n. 241», dovendosi ricomprendere tra le altre attività amministrative, menzionate dalla disposizione, anche i procedimenti di vigilanza sui contratti pubblici.

Ma è chiaro che tale previsione, di indubbia valenza sistematica, da sé sola non è sufficiente a risolvere tutte le complesse questioni poste dal procedimento di vigilanza e dai suoi effetti nei confronti dei terzi.

Benché ascrivibile alla categoria dei regolamenti di organizzazione, il regolamento in esame condiziona e conforma, per la peculiarità del suo oggetto, le situazioni giuridiche soggettive incise dall'esercizio della vigilanza,

¹² In tal senso v. Cons. St, sez. affari normativi, comm. spec., 28.12.2016 n. 2777 sul regolamento ANAC relativo alla vigilanza e alle raccomandazioni vincolanti.

riverberando innegabili effetti nei confronti dei terzi (stazioni appaltanti, operatori economici, enti portatori di interessi collettivi e diffusi), ben al di là della mera efficacia interna all'apparato organizzativo dell'ANAC. La decisione organizzativa si rivela necessariamente come «decisione di indirizzo dell'attività» e, appunto perché modellata sugli interessi che deve curare, l'organizzazione reagisce su tali interessi e ne influenza la realizzazione, assumendo «una funzione attiva e direttiva nell'intero processo di soddisfazione di essi».

Il correttivo in parte rimedia a tali lacune, in quanto dispone che il potere sanzionatorio dell'ANAC si esercita nel rispetto dei principi della l. n. 689/1981 (art. 213, comma 13).

Per la previgente Autorità di vigilanza sui contratti pubblici l'autonomia organizzativa e finanziaria era declinata dettagliatamente dall'art. 8, d.lgs. n. 163/2006.

Tali previsioni non erano state riprodotte nella versione originaria del codice.

Esso si limitava a fare salvo l'art. 1, c. 67, l. n. 266/2005, che a sua volta, sia pure incidentalmente, riconosce espressamente l'autonomia organizzativa e finanziaria dell'Autorità.

Tale norma, dettata ad altri fini, costituiva comunque il fondamento della potestà regolamentare in materia di organizzazione e in materia di bilancio.

Un fondamento “debole” in quanto in essa l'autonomia organizzativa dell'ANAC era solo proclamata, ma non declinata.

L'art. 52-quater, d.l. n. 50/2017, inserito dalla l. di conversione n. 96/2017 con previsione rimasta extravagante, dispone che l'ANAC definisce, con propri regolamenti, la propria organizzazione, il proprio funzionamento e l'ordinamento giuridico del proprio personale.

Per il personale dell'ANAC l'art. 52-quater citato dispone che esso sarà regolato secondo i principi contenuti nella l. n. 481/1995. Con tale previsione il rapporto di impiego del personale dell'ANAC sembra passare dal regime privatizzato al regime di diritto pubblico, con conseguente spostamento della giurisdizione dal g.o. al g.a.

7. Dalle raccomandazioni vincolanti alla legittimazione straordinaria dell'ANAC

7.1. Introduzione

Il decreto correttivo ha abrogato l'art. 211, c. 2, e con esso il potere di raccomandazione vincolante dell'ANAC.

Il Consiglio di Stato, in tre suoi pareri, quello sullo schema di codice, quello sul regolamento di vigilanza dell'ANAC, quello sul decreto correttivo, aveva evidenziato le criticità dell'istituto suggerendone non già la radicale abrogazione, ma la sostituzione con altri meccanismi che assicurassero in modo

efficace l'obiettivo perseguito senza incorrere in dubbi di eccesso di delega e di costituzionalità.

Si era suggerito di sostituire le raccomandazioni vincolanti con lo strumento della vigilanza dinamica mediante potere di impugnazione, in capo all'ANAC, dei provvedimenti illegittimi delle stazioni appaltanti, sulla falsariga del modello di cui all'art. 21-bis, l. n. 297/1990 per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Si era poi proposta l'alternativa di rafforzare il potere dell'ANAC attribuendogli in luogo del potere di raccomandazione, quello di "autotutela sostitutiva", indicando che occorreva però una legge, mancando allo stato un principio di delega.

Il correttivo ha optato per l'abrogazione espressa tout court dell'istituto. Essa ha suscitato un immediato dibattito perché l'abrogazione è stata letta come un indebolimento dei poteri dell'ANAC per i suoi obiettivi istituzionali. Il Presidente del Consiglio dei Ministri aveva perciò annunciato, subito dopo la firma del decreto correttivo e prima ancora che fosse pubblicato in GURI, che il potere di raccomandazione vincolante sarebbe stato ripristinato con il primo veicolo normativo utile.

In sede di conversione del d.l. n. 50/2017 (recante la c.d. manovrina economica) in via di emendamento è stato inserito un testo sostitutivo dell'abrogato art. 211, c. 2, codice dei contratti pubblici (l. n. 96/2017, art. 52-ter).

Non viene riproposto il testo originario, ma un nuovo istituto, modellato sulla falsariga del potere dell'AGCM di impugnare, previa diffida, gli atti amministrativi illegittimi.

7.2. Le previgenti raccomandazioni vincolanti e le criticità

L'art. 211 c. 2 disciplinava un potere di "raccomandazione" a "vincolatività indiretta", dell'ANAC nei confronti delle stazioni appaltanti¹³. Aveva come ambito la procedura di gara e non la successiva fase di esecuzione, e mirava a sollecitare l'esercizio del potere di autotutela della stazione appaltante in relazione a vizi di legittimità di uno degli atti della procedura di gara.

L'ANAC esercitava tale potere qualora ravvisasse un vizio di legittimità degli atti di gara, che ne giustificerebbe il ritiro in autotutela.

In tal caso l'ANAC invitava la stazione appaltante a eliminare l'atto e a rimuovere anche gli eventuali effetti prodotti dall'atto illegittimo, assegnando un termine non superiore a 60 giorni.

La raccomandazione, in spregio al suo nome, era espressamente qualificata come "vincolante" ed era stabilito che il mancato adeguamento ad

¹³ In argomento e con ampia disamina delle molteplici criticità dell'istituto v. LIPARI, *Il precontenzioso*, in www.giustizia-amministrativa.it, 11.10.2016; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 873 ss.

essa nel termine fissato fosse punito con sanzione amministrativa pecuniaria da 250 a 25.000 euro, posta a carico del dirigente responsabile. Inoltre l'inosservanza della raccomandazione incideva sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti ai fini della loro qualificazione (art. 38).

Sebbene le raccomandazioni vincolanti di cui all'art. 211 c. 2 venissero mediaticamente descritte come "uno strumento veloce di lotta alla corruzione" tale strumento veloce non è mai esistito, se non nell'idea di chi ha immaginato quella norma, idea che non si era tradotta in una scelta tecnica efficace.

L'art. 211 c. 2 non attribuiva all'ANAC, in caso di gravi vicende corruttive, il potere di bloccare velocemente gli atti di gara.

Non era uno strumento previsto per "casi eccezionali", ma per generiche e ordinarie illegittimità, e, così congegnato, il potere dell'ANAC contrastava con il principio di legalità e la norma rischiava di essere impugnata, con successo, dinanzi alla Corte costituzionale.

Non era uno strumento che attribuiva all'ANAC un potere incisivo di bloccare gli atti illegittimi: l'ANAC "raccomanda" all'amministrazione di annullare l'atto, e l'amministrazione può decidere di non farlo, limitandosi a pagare una sanzione che è irrisoria (fino a 25.000 euro), rispetto ad appalti di centinaia di milioni di euro. Se vi è davvero collusione tra amministrazione e aggiudicatario della gara, si preferirà pagare 25.000 euro e lasciar vivere l'appalto, piuttosto che adeguarsi alla raccomandazione dell'ANAC.

Nel suo regolamento l'ANAC si era autolimitata affermando che non avrebbe esercitato il potere di raccomandazione vincolante se fosse iniziata l'esecuzione del contratto:

Senonché le collusioni il più delle volte si scoprono non mentre la gara è in corso, ed è sotto la lente di ingrandimento dei concorrenti, oltre che dei consueti e immancabili contenziosi giudiziari, ma a esecuzione iniziata.

Ma, soprattutto, non è uno strumento tempestivo: l'ANAC doveva attivare davanti a sé un procedimento in contraddittorio con stazione appaltante, RUP, aggiudicatario, garantire termini a difesa, formalizzare la raccomandazione, aspettare 60 giorni per far adeguare l'amministrazione e, infine, attivare un altro procedimento sanzionatorio, se l'amministrazione non si adegua.

In base alla tempistica scandita dal regolamento dell'ANAC sulla vigilanza, questo procedimento, per la sola adozione delle raccomandazioni vincolanti, poteva durare da 180 a 210 giorni¹⁴. Poi bisognava aspettare 60 giorni perché la stazione appaltante si adeguasse. Infine, se non si adeguasse, doveva essere avviato un altro procedimento sanzionatorio

¹⁴ In base al regolamento ANAC sulla vigilanza occorrono: fino a 60 giorni dalla denuncia per dare avviso di avvio del procedimento a stazione appaltante, RUP, aggiudicatario; da 10 a 30 giorni per le controdeduzioni degli interessati; fino a 30 giorni di sospensione del procedimento per istruttoria; da 10 a 30 giorni per comunicare le risultanze istruttorie; fino a 60 giorni per adottare l'atto finale; 60 giorni perché l'amministrazione si adegui; se non si adegua, parte un altro procedimento sanzionatorio per applicare la pena pecuniaria da 250 a 25.000 euro.

E sempre che la stazione appaltante (o l'aggiudicatario) non impugnasse la raccomandazione vincolante davanti al giudice amministrativo.

La raccomandazione vincolante, lungi dal consentire un intervento immediato di ripristino della legalità violata, restava prigioniera di un reticolo burocratico che ne depotenziava efficacia e utilità.

8. La nuova disciplina della vigilanza collaborativa

8.1. Fonti e profili generali

In sede di conversione del d.l. n. 50/2017 (contenente la c.d. manovrina economica) è stato inserito un emendamento che interviene in via di novella sull'art. 211, codice dei contratti pubblici, tuttavia senza ripristinare il potere dell'ANAC di rendere raccomandazioni vincolanti (art. 52-ter, d.l. n. 50/2017, introdotto dalla l. di conversione n. 96/2017, che inserisce i c. 1-bis, 1-ter e 1-quater nell'art. 211).

Invece, sulla scia del parere del Consiglio di Stato sullo schema di codice, si attribuisce all'ANAC un potere analogo a quello che l'art. 21-bis, l. n. 287/1990 conferisce all'AGCM, di impugnare, previo parere motivato che invita l'amministrazione a emendare i vizi di legittimità, i provvedimenti amministrativi illegittimi.

Si tratta di un modello di vigilanza collaborativa già sperimentato con successo, che supera i dubbi di legittimità delle previgenti raccomandazioni vincolanti.

Lo strumento può ascrivere sia alla vigilanza, sia ai mezzi deflattivi del contenzioso.

Il "parere motivato" da un lato, serve a sollecitare la p.a. a rivedere quanto statuito, mercé la conformazione di questa agli indirizzi dell'Autorità, se del caso con uno speciale esercizio della funzione d'autotutela giustificato dalla particolare rilevanza dell'interesse pubblico così coinvolto. Dall'altro, mira a tutelare quest'ultimo anzitutto all'interno della stessa p.a., sì da concepire il ricorso al g.a. quale *extrema ratio* nella risoluzione del conflitto tra due soggetti pubblici.

Giova ricordare che il modello dell'art. 21-bis, l. n. 287/1990, a cui si ispira il nuovo potere dell'ANAC, ha già superato indenne il vaglio di costituzionalità.

La Corte cost. ha ritenuto inammissibile la censura secondo cui la disposizione denunciata finirebbe «col sottoporre gli atti regolamentari ed amministrativi regionali ad un nuovo e generalizzato controllo di legittimità, su iniziativa di un'autorità statale», così travalicando i limiti desumibili dalla sentenza della Corte n. 64/2005 e violando gli artt. 117, c. 6, e 118, c. 1 e 2, Cost.; secondo la Corte è inesatto parlare di «nuovo e generalizzato controllo di legittimità», là dove la norma -integrando i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità garante dagli artt. 21 ss., l. n. 287/1990- prevede un potere

di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato (art. 21, c. 1) e, comunque, certamente non generalizzato, perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi «che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato» (norma censurata, c. 1).

Esso si esterna in una prima fase a carattere consultivo (parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate), e in una seconda (eventuale) fase di impugnativa in sede giurisdizionale, qualora la pubblica amministrazione non si conformi al parere stesso.

La detta disposizione, dunque, ha un perimetro ben individuato (quello, per l'appunto, della concorrenza), compreso in una materia appartenente alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, c. 2, lett. e), Cost.), concernente anche la potestà regolamentare, ai sensi dell'art. 117, c. 6, primo periodo, Cost.¹⁵.

Lo scopo dell'istituto è assicurare la legittimità dell'azione amministrativa anche a prescindere da una iniziativa impugnatoria di soggetti privati, o di un'autotutela "spontanea" della stazione appaltante.

Sicché, l'interesse pubblico e generale alla legittimità dell'azione amministrativa trova tutela immediata e diretta, e non per il "tramite" dell'interesse legittimo quale interesse individuale.

L'ANAC diventa, come già l'AGCM, titolare di una legittimazione "straordinaria" basata non già sulla titolarità di un interesse legittimo, e un interesse concreto e attuale alla rimozione dell'atto, ma direttamente sull'interesse pubblico e generale alla legalità dell'azione pubblica. Un modello simile a quello del pubblico ministero nel processo penale o del procuratore presso la Corte dei conti.

Un modello che introduce dunque, una legittimazione ad agire pubblicistica davanti al giudice amministrativo e che tuttavia non si spinge a connotare il processo amministrativo come un processo officioso; esso continua ad avere, anche nel caso di legittimazione straordinaria (dell'ANAC o dell'AGCM) i connotati del processo di parti.

8.2. La legittimazione ad agire in giudizio dell'ANAC

8.2.a) Ambito oggettivo e soggettivo

L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (art. 211, c. 1-bis, codice).

¹⁵ Corte cost., 14.2.2013 n. 20.

Viene anzitutto riconosciuta all'ANAC una legittimazione attiva straordinaria, non contro qualunque atto, ma solo contro:

- bandi;
- atti generali;
- provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto.

L'espressione "contratti di rilevante impatto" appare piuttosto generica e potrà essere specificata, in via di autolimitazione, dalla stessa ANAC.

Infatti l'art. 211, c. 1-quater, dispone che l'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai c. 1-bis e 1-ter.

Il concetto di impatto "rilevante" può essere inteso in senso quantitativo e/o qualitativo.

Sotto il profilo quantitativo, in linea di principio, si tratterà di contratti di importo pari o superiore alla soglia europea, o di importo più ben più elevato.

Sotto il profilo qualitativo, si tratterà di contratti che riguardano opere o servizi di particolare importanza per il Paese, o perché si tratta di opere infrastrutturali, o perché si tratta di appalti in occasione di grandi eventi o di calamità naturali, si pensi agli appalti EXPO o a quelli post-terremoto.

Sotto il profilo soggettivo tali atti possono promanare da "qualsiasi stazione appaltante" dunque tutti i soggetti, pubblici o anche privati che rientrano nella definizione di stazione appaltante data dall'art. 3 del codice.

Condizione per l'azione in giudizio dell'ANAC è che i menzionati atti violino le norme del codice dei contratti pubblici.

L'espressione "norme" deve peraltro intendersi riferita non solo alle disposizioni puntuali, ma anche ai principi, sicché la legittimazione sussiste anche se in relazione a un "contratto escluso" sono stati violati i principi alla cui osservanza la stazione appaltante era tenuta.

8.2.b) Rapporto tra legittimazione attiva e impugnazione per gravi violazioni

Non è chiaro il rapporto che intercorre tra il c. 1-bis e il c. 1-ter dell'art. 211.

Il primo riconosce una legittimazione dell'ANAC in relazione ad atti specifici, ma senza necessità che vi sia una grave violazione.

Il secondo prevede la legittimazione dell'ANAC solo in presenza di "violazioni gravi", che però non sono ancorate a atti specifici, né a contratti di rilevante impatto.

Si potrebbe allora ritenere che il c. 1-bis non ha portata autonoma, ma si riferisce ai soli casi del c. 1-ter, sicché la legittimazione straordinaria dell'ANAC richiede che si tratti di bandi, atti generali, provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, e che vi siano al contempo gravi violazioni.

Secondo un'altra lettura, data la non coincidenza di ambito dei due commi, si potrebbe ritenere che il c. 1-bis ha una portata diversa e autonoma. In

tal senso milita anche la considerazione che il c. 1-quater fa riferimento a “i poteri” dell’ANAC dei c. 1-bis e 1-ter, considerandoli poteri diversi.

In base a tale lettura “autonomista”, nel ricorrere dei presupposti del c. 1-bis, l’ANAC potrebbe agire in giudizio in via immediata e diretta, senza prima emettere parere motivato e attendere l’adeguamento spontaneo della stazione appaltante.

9. Il parere motivato e il ricorso dell’ANAC per gravi violazioni

9.1. L’ambito

Si è già accennato che l’ambito soggettivo e oggettivo dei c. 1-bis e 1-ter dell’art. 211 non coincidono.

Il c. 1-ter ha come suo presupposto che una stazione appaltante (come definita dall’art. 3) adotti un qualsivoglia provvedimento, che sia affetto da gravi violazioni del codice dei contratti pubblici.

Anche in tal caso l’ANAC con proprio regolamento, potrà individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita il potere di emettere parere motivato.

Il riferimento ai “provvedimenti” induce a ritenere che deve trattarsi di atti autoritativi, normalmente inerenti la procedura di affidamento, ma in ipotesi anche incidenti in fase di esecuzione del contratto. Mentre l’intervento dell’ANAC non può riguardare comportamenti o atti non provvedimentali della stazione appaltante, in fase esecutiva.

In favore di tale esegesi milita non solo il riferimento testuale ai “provvedimenti” ma anche il fatto che il ricorso dell’ANAC si propone al giudice amministrativo, e dunque deve vertersi su atti amministrativi autoritativi, rientranti nella giurisdizione di legittimità o esclusiva del g.a..

9.2. Il parere motivato

9.2.a) Profili generali

In tal caso l’ANAC, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante.

La scelta normativa di condizionare la proposizione del ricorso giurisdizionale al previo espletamento di tale procedura con parere motivato è espressione della volontà di assicurare un momento di interlocuzione preventiva dell’Autorità con l’amministrazione emanante l’atto ritenuto illegittimo, allo scopo di stimolare uno spontaneo adeguamento.

In altri termini, la configurazione della legittimazione dell’Autorità al ricorso giurisdizionale si pone, nell’attuale dato normativo, come *extrema ratio*, anche in considerazione del fatto che dà luogo ad un giudizio fra pubbliche amministrazioni; privilegiando piuttosto il legislatore modalità preventive di

perseguimento dell'obiettivo di rispetto del codice, riconducibili, nella specie, al rapporto di leale collaborazione fra pubbliche amministrazioni.

9.2.b) Il *dies a quo* per l'emissione del parere

La norma pone una prima questione esegetica sul *dies a quo* dell'emissione del parere.

L'ANAC ha sessanta giorni, che decorrono "dalla notizia della violazione", non dalla notizia dell'atto.

Sicché, si pone la questione che il *dies a quo* potrebbe essere spostato molto in avanti rispetto all'ordinario termine di impugnazione degli atti amministrativi, che decorre non dalla conoscenza della violazione, ma dell'atto.

L'ANAC potrebbe acquisire notizia della violazione o mediante la trasmissione, da parte delle stazioni appaltanti, di tutti gli atti, o a seguito di denuncia, o ispezione, o notizie di stampa.

9.2.c) La motivazione del parere: i vizi di legittimità, il merito amministrativo, la valutazione dell'interesse pubblico concreto e attuale

L'ANAC deve emettere un parere motivato che deve indicare in modo specifico i vizi di legittimità riscontrati.

E' evidente che l'ANAC non sindacava l'opportunità, ma solo la legittimità, del provvedimento.

Sembra inoltre che l'ANAC si limiterà a valutare l'illegittimità dell'atto, mentre non può valutare la sussistenza dell'interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione dell'atto, che sembra restare riservata alla stazione appaltante in sede di valutazione se conformarsi o meno al parere, ma è da chiarire se in tale procedimento possa trovare ingresso siffatta valutazione.

9.2.d) L'interlocuzione precedente l'emissione del parere

Non è previsto che l'ANAC conduca tale fase in contraddittorio con la stazione appaltante e con il beneficiario del provvedimento illegittimo, ma in concreto è ben possibile una interlocuzione, anche solo al fine di acquisire elementi istruttori e controdeduzioni.

L'ANAC, con proprio regolamento, potrà proceduralizzare tale fase.

9.2.e) I destinatari del parere

Il parere va trasmesso alla stazione appaltante. Non vi è obbligo di trasmissione ai beneficiari del provvedimento ritenuto illegittimo.

E' da ritenere che nel termine di sessanta giorni il parere vada non solo adottato, ma anche comunicato alla stazione appaltante destinataria.

9.3. Le attività della stazione appaltante destinataria del parere

Con l'emissione del parere da parte dell'ANAC, si apre un dialogo tra questa e l'amministrazione interessata, la quale potrebbe conformarsi al parere,

spendendo i propri poteri di autotutela decisoria, ovvero non conformarsi indicando motivatamente le ragioni del rifiuto, ovvero conformarsi in parte, ovvero rifiutarsi tout court di conformarsi.

La stazione appaltante, ove decida di non conformarsi, potrà:

- trasmettere controdeduzioni all'ANAC per cercare di farla desistere dal proposito di impugnare; potrà ad esempio fare leva sul tempo trascorso, sull'assenza di interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione dell'atto; potrà fornire elementi che provano la legittimità del suo operato;
- in teoria, impugnare il parere, ovvero solo attendere che l'ANAC impugni l'atto amministrativo, e in quella sede controdedurre sul parere e sul ricorso.

Se decide di conformarsi, dovrà rimuovere o modificare il provvedimento in autotutela, e a tal fine dovrà avviare il procedimento di autotutela, dandone avviso agli interessati.

Si pone in tal caso un problema di coordinamento tra i tempi e le valutazioni dell'autotutela e il termine assegnato dall'ANAC per conformarsi al parere.

Infatti spetta all'ANAC assegnare un termine di adeguamento, che non può eccedere 60 giorni.

Entro tale termine la stazione appaltante dovrebbe avviare e concludere un procedimento di autotutela nel rispetto dei parametri previsti dall'art. 21-*novies*, l. n. 241/1990.

Si pone poi la questione se il complessivo procedimento delineato dall'art. 211, c. 1-*ter*, comprensivo della fase davanti all'ANAC e di quella davanti alla stazione appaltante, debba o meno rispettare i termini massimi di esercizio dell'autotutela previsti dal citato art. 21-*novies*, l. n. 241/1990. Esso impone un termine ragionevole, e quello più breve di 18 mesi per i provvedimenti attributivi di benefici economici.

Con l'ulteriore questione se gli atti delle gare di appalto vadano qualificati come provvedimenti attributivi di benefici economici.

L'art. 211 non contempla una deroga espressa ai termini per l'autotutela dell'art. 21-*novies* l. n. 241/1990, a differenza di quanto fanno l'art. 108 e l'art. 176. Ovviamente se le gravi violazioni per le quali l'ANAC sollecita l'autotutela sono proprio quelle degli art. 108 e 176, non occorre rispettare tali termini massimi per l'autotutela.

Occorre anche stabilire se il procedimento in commento, delineato dal novellato art. 211, si inserisca o meno nel paradigma dell'art. 21-*novies* l. n. 241/1990.

Se la risposta è affermativa, allora l'annullamento dell'atto non si fonda solo sulla sussistenza di "gravi violazioni" ma esige anche vi sia un interesse pubblico concreto e attuale.

Se la risposta è negativa, si tratterebbe di un'azione a tutela dell'astratta legittimità dell'azione amministrativa, in presenza di gravi violazioni.

La soluzione più corretta sembra la prima, anche alla luce delle direttive europee e della legge delega: le prime prevedono la c.d. risoluzione per gravi violazioni come “facoltativa” e non obbligatoria, e dunque, si direbbe, ancorata a una valutazione di opportunità, oltre che di legittimità.

Anche le direttive “ricorsi” in ordine alla “sorte del contratto” a seguito dell’annullamento della gara, non considerano indefettibile il venir meno del contratto.

La delega, a sua volta, pone il principio del divieto di gold plating, rispetto al “minimo europeo”.

La soluzione che si accoglie su tale questione ha implicazioni anche in sede di contenzioso instaurato dall’ANAC a seguito di inosservanza del suo parere.

9.4. Il ricorso dell’ANAC

9.4.a) Profili generali

Se la stazione appaltante non si conforma al parere entro il termine assegnato dall’ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l’ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Si applica l’art. 120 c.p.a.

Il ricorso dell’ANAC è solo facoltativo.

Infatti l’ANAC potrebbe persuadersi che la non conformazione è legittima, ad es. in considerazione del tempo trascorso o della ponderazione dell’interesse pubblico concreto e attuale.

Il non conformarsi della stazione appaltante può essere totale o parziale, ed è rimesso alla valutazione dell’ANAC.

È da ritenere che l’ANAC possa valutare di agire in giudizio anche in caso di adeguamento solo parziale.

In ogni caso, il potere di azione è discrezionale, e dunque non vi è automatismo e consequenzialità necessaria tra il non conformarsi dell’amministrazione e l’impugnazione dell’ANAC.

Quest’ultima potrebbe ritenere giustificato il non adeguamento al suo parere, o ritenersi paga di un adeguamento parziale, e non agire in giudizio.

9.4.b) Giurisdizione e competenza

E’ solo previsto il rito dell’art. 120 c.p.a. ma non anche la giurisdizione esclusiva e la competenza del Tar Lazio – Roma.

Se l’atto impugnato riguarda, come normalmente accade, una procedura di affidamento, vi sarà la giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture.

Ma possono darsi provvedimenti violativi del codice dei contratti pubblici che non attengono alle procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture.

Si pensi a provvedimenti relativi a contratti attivi, violativi dei principi dell'art. 4.

Come già osservato, il riferimento testuale ai provvedimenti e la prevista azione davanti al g.a. induce a escludere che l'ANAC possa contestare comportamenti meri o atti privatistici della stazione appaltante.

Quanto alla competenza territoriale essa andrà determinata secondo le regole ordinarie, l'essere l'ANAC parte ricorrente non radica una particolare competenza in capo al Tar Lazio – Roma.

9.4.c) Il termine per l'azione

Se l'ANAC decide di ricorrere, lo fa entro un termine di 30 giorni, che è quello del ricorso ex art. 120 c.p.a.

Tale termine, sembra decorrere dalla scadenza del termine assegnato alla stazione appaltante per conformarsi al parere ANAC.

Soccorre l'elaborazione della giurisprudenza formatasi sull'analogo art. 21-bis, l. n. 287/1990.

Secondo una parte della giurisprudenza il termine di trenta giorni per il ricorso dell'Autorità decorre dalla scadenza del termine di sessanta giorni (assegnato alla p.a. per conformarsi al parere dell'Autorità) che segna la conclusione della fase precontenziosa, e ciò anche quando, in ipotesi, la p.a. abbia manifestato e comunicato anche prima dei sessanta giorni l'intento di non volersi conformare al parere¹⁶.

Secondo diversa e più restrittiva tesi, il parere motivato che l'Autorità emette entro sessanta giorni, qualora ritenga che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto lesivo, costituisce un presupposto processuale per poter agire in giudizio, ma né il dato testuale, né la *ratio* ad esso sottesa autorizzano a concludere che solo lo spirare del termine di sessanta giorni assurga, sempre e di per sé solo, a *dies a quo* affinché l'Autorità possa adire (entro i successivi trenta giorni) il giudice amministrativo, dovendosi considerare che tale termine inizia a decorrere, come in qualunque altro caso in cui alla p.a. ne sia assegnato uno per statuire in modo espresso, o dall'atto definitivo di non conformazione (dunque in sé lesivo, quand'anche immotivato o pretestuoso), o dal silenzio della p.a. stessa in caso di sua inerzia a fronte del parere negativo.

Né rileva l'argomento, che il termine di sessanta sia assegnato alla p.a. non per fornire la risposta (purchessia) al parere, ma per conformarvisi. È vera la preferenza del legislatore verso la conformazione quale strumento di risoluzione del conflitto tra i soggetti pubblici coinvolti, ma pure è vero che l'Autorità non gode in questi casi di poteri particolari di supremazia nei confronti del destinatario del parere.

Appunto per questo la legge le fornisce tal speciale legittimazione ad agire, a fronte d'una volontà altrimenti irriducibile o di un'inerzia colpevole, con

¹⁶ Tar Lazio - Roma, III-ter, 15.3.2013 n. 2720; Id., III-ter, 27.5.2015 n. 7546.

la conseguenza che, ove si verifichi (e se ne dia atto espressamente) la volontà di non conformazione della p.a. prima dello scadere del termine assegnato a quest'ultima, la lesione s'è così verificata. Non v'è dunque alcuna necessità d'attendere un ripensamento del destinatario nel residuo lasso di tempo fino alla scadenza stessa, poiché l'attesa in sé non serve a nulla e potendo tal ripensamento avvenire a giudizio già instaurato e fintanto che non intervenga il giudicato.

Insomma, tale "attesa" in realtà non è un dato connotante della fattispecie delineata dall'art. 21-bis l. n. 287/1990, sia perché il termine di sessanta giorni è posto a favore del debitore della prestazione - il quale può, in quell'arco di tempo, asserire di non do-vere nulla e di non volersi conformare ad alcunché -, sia perché l'"attesa" del ripensamento è, in fondo, ciò che qualunque destinatario d'un atto lesivo spera prima d'intraprendere un contenzioso, al fine di evitarlo¹⁷.

Non è nemmeno chiaro a cosa si riferisca il termine di 30 giorni assegnato all'Autorità per presentare il ricorso, se alla sola notificazione o anche al suo deposito.

Il termine "presentazione" utilizzato dall'art. 211, è spurio rispetto a quello "proposizione" utilizzato dal previgente art. 23-bis l. Tar e a quello "notificazione" impiegato dall'art. 119 c.p.a.

E' da ritenere che il termine di 30 giorni assegnato all'Autorità sia solo per la notificazione e non anche per il successivo deposito: sembra infatti inesigibile che nei 30 giorni il ricorso sia notificato e depositato, considerata anche la verosimile presenza di numerosi controinteressati cui notificare il ricorso.

9.4.d) Il rito. Le questioni

In giudizio si applica il rito dell'art. 120 c.p.a.

L'ANAC nell'impugnare il provvedimento ritenuto illegittimo dovrà evocare in giudizio l'amministrazione resistente e i controinteressati.

A prima lettura, si pongono alcune questioni processuali quali:

- a) la possibilità di ricorso incidentale della stazione appaltante contro il parere dell'ANAC;
- b) la possibilità di intervento in giudizio di soggetti cointeressati all'annullamento dell'atto, che avrebbero potuto autonomamente impugnarlo e non lo hanno fatto;
- c) la riunione del ricorso dell'ANAC con altri ricorsi pendenti sul medesimo provvedimento;
- d) il coordinamento tra il ricorso dell'ANAC e il giudizio immediato contro ammissioni ed esclusioni;
- e) la tutela cautelare;

¹⁷ Cons. St., VI, 28.1.2016 n. 323.

- f) la condanna alle spese in caso di rigetto del ricorso e il risarcimento del danno;
- g) l'ambito della cognizione del giudice amministrativo: se la sola illegittimità dell'atto, impugnato dall'ANAC, o anche la valutazione della legittimità o meno del rifiuto di osservanza del parere, sotto il profilo della insussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento.

9.4.e) L'impugnazione principale o incidentale del parere dell'ANAC

E' da ritenere che l'impugnazione del parere dell'ANAC sia solo una facoltà, ma non un onere.

Tale impugnazione potrebbe avvenire con ricorso principale, ovvero incidentale in relazione a quello principale dell'ANAC.

Ma la stazione appaltante può limitarsi a resistere all'impugnazione proposta dall'ANAC contro il proprio provvedimento, senza necessariamente impugnarne il parere. In sostanza in caso di mancato adeguamento spontaneo al parere, l'intera lite si devolve al giudice amministrativo, senza far assurgere il parere ad atto autonomamente lesivo.

9.4.f) L'intervento in giudizio

E' da escludere che chi poteva proporre ricorso autonomamente e abbia perso il termine, possa intervenire in giudizio.

Tanto, alla luce della consolidata giurisprudenza secondo cui è inammissibile l'intervento *ad adiuvandum* spiegato nel processo amministrativo da chi sia *ex se* legittimato a proporre direttamente il ricorso giurisdizionale in via principale, considerato che in tale ipotesi l'interveniente non fa valere un mero interesse di fatto, bensì un interesse personale all'impugnazione di provvedimenti immediatamente lesivi, che può farsi valere solo mediante proposizione di ricorso principale nei prescritti termini decadenziali¹⁸.

9.4.g) La riunione dei giudizi

E' senz'altro possibile la riunione del giudizio promosso dall'ANAC con altri giudizi sui medesimi provvedimenti.

9.4.h) Il ricorso dell'ANAC e il rito immediato contro ammissioni ed esclusioni

Non si applica all'ANAC l'onere di immediata impugnazione di ammissioni ed esclusioni, sicché può in concreto verificarsi che l'ANAC impugni un'ammissione o esclusione illegittima quando sono decorsi, per i concorrenti, i termini per contestare tale tipologia di atti.

¹⁸ Cons. St., IV, 17.7.2000 n. 3928; Cons. St., V, 8.3.2011 n. 1445.

9.4.i) La tutela cautelare

La tutela cautelare segue le sue regole, e occorrerà valutare lo stato di esecuzione del provvedimento, al fine di disporre o meno la sospensione.

L'ANAC nei casi di maggior gravità potrà chiedere la sospensione del provvedimento impugnato *ante causam*, ovvero con decreto monocratico.

La legge delega, alla lett. t) prevedeva la possibilità di attribuire all'ANAC direttamente poteri di intervento cautelare, ma tale principio non si è tradotto in una norma espressa, né nel codice, né nel correttivo, né nel d.l. n. 50/2017. Sicché se l'ANAC ritiene illegittimo un atto di gara e la stazione appaltante non si conforma al parere motivato, l'ANAC non può sospenderlo cautelatamente, ma deve chiedere la tutela cautelare al giudice amministrativo.

9.4.l) Il contributo unificato, le spese di lite e la tutela risarcitoria

Allo stato (e salvi interventi legislativi che prevedano l'esenzione), applicandosi il rito dell'art. 120 c.p.a., è dovuto il contributo unificato secondo i relativi importi, da anticiparsi da parte dell'ANAC ricorrente.

Anche il regime delle spese di lite, in caso di rigetto del ricorso, segue le regole ordinarie.

In astratto, l'ANAC potrebbe chiedere tutte le forme di tutela consentite in materia di appalti, non solo l'annullamento del provvedimento, ma anche il risarcimento del danno. Ma in concreto, andrebbe dimostrato l'interesse leso che giustifica la tutela risarcitoria.

Per converso, ove per effetto dell'azione dell'ANAC vi fosse una ingiustificata sospensione della procedura, poi rivelatasi legittima, si potrebbero ipotizzare iniziative risarcitorie verso l'ANAC.

9.4.m) L'ambito della controversia davanti al g.a.

La questione è se il contenzioso sia circoscritto alla sola illegittimità dell'atto impugnato dall'ANAC, ovvero se possa trovare ingresso l'ulteriore questione della legittimità/opportunità del rifiuto di autotutela da parte della stazione appaltante, motivata dall'assenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento, ancorché l'atto sia illegittimo.

La soluzione dipende dalla configurazione che si accoglie dell'istituto, nel suo rapporto con l'art. 21-*novies* l. n. 241/1990.

Se si accoglie la tesi che lo riconduce al paradigma dell'autotutela pubblicistica, allora non basta la grave violazione a giustificare l'impugnazione e l'annullamento, ma occorre anche valutare la sussistenza dell'interesse pubblico concreto e attuale.

Sicché, a fronte di un ricorso dell'ANAC che non valuti tale profilo, in via di eccezione o ricorso incidentale contro il parere, la stazione appaltante potrebbe dedurre l'assenza dell'interesse pubblico a fondamento dell'autotutela.

Il g.a. si troverebbe a valutare non solo l'illegittimità dell'atto, ma anche se è legittimo o illegittimo il rifiuto di autotutela da parte della stazione appaltante, secondo il paradigma dell'art. 21-*novies* l. n. 241/1990.

9.5. Rapporto tra legittimazione straordinaria e parere precontenzioso

L'ANAC potrebbe venire a conoscenza delle violazioni che fondano il suo potere di emettere un parere di sollecito all'autotutela e la sua legittimazione straordinaria attraverso una richiesta di parere precontenzioso ai sensi dell'art. 211, c. 1.

Si pone quindi la questione del rapporto tra i due strumenti.

Il parere precontenzioso sembra nel complesso poco efficace, anche se il codice del 2016 ne prevede la possibile portata vincolante per le parti che scelgano di autovincolarsi ad esso. Ciò in quanto il parere va reso entro 30 giorni dalla richiesta, e non impedisce il decorso dei termini per il ricorso giurisdizionale né esonera dall'onere di impugnazione tempestiva. Al trentesimo giorno dalla richiesta del parere, se anche sarà sopraggiunto il parere dell'ANAC, sarà probabilmente scaduto anche il termine di 30 giorni per il ricorso giurisdizionale, che sarà stato nel frattempo proposto: con effetto deflattivo nullo e soprattutto senza che si possano evitare gli ingenti costi di contributo unificato. Anche ove l'ANAC riesca miracolosamente a rendere un parere prima che siano scaduti i termini di ricorso, ove esso sia in ipotesi favorevole a un privato che intenda fare ricorso, nulla garantisce che la stazione appaltante si adegui, e dunque il privato prudenzialmente proporrà ricorso.

Probabilmente il parere dell'art. 211, c. 1, ha un senso se reso su "questioni" insorte in fase di gara, prima che esse sfocino in un provvedimento amministrativo e dunque in un potenziale contenzioso.

In ogni caso, come già nel rapporto tra parere precontenzioso e raccomandazioni vincolanti, anche ora, nel rapporto tra parere precontenzioso e parere motivato di sollecito all'autotutela, sembra che il secondo "cannibalizzi" il primo.

Che utilità e interesse può avere l'ANAC a rendere un parere precontenzioso, che è vincolante a geometria variabile, e con il quale non può coartare in nessun modo le parti a conformarvisi, se ha il potere di emettere un parere di sollecito all'autotutela a seguito del quale può impugnare i provvedimenti della stazione appaltante?

Il parere "precontenzioso" poteva avere un senso nel vigore del codice del 2006, quanto era strumento unico: l'aggiunta, prima delle raccomandazioni vincolanti, poi del parere motivato di sollecito all'autotutela, inevitabilmente comporteranno una dequotazione dello strumento.

10. Conclusioni

Il decreto correttivo opera sicuramente quanto all'ANAC, non un depotenziamento ma una razionalizzazione: le competenze regolatorie e di

vigilanza sono rese coerenti con il quadro costituzionale, le regole in tema i gerarchia delle fonti e divisione dei poteri.

Restano, più in generale, i dubbi sulla scelta di fare un codice, comunque lungo e tutt'altro che snello, e differirne l'attuazione, per gli aspetti più innovativi, ad atti di secondo grado.

Resta l'equivoco di fondo sulla *soft law* – linee guida – che avrebbero dovuto solo spiegare, non integrare il codice, che avrebbe dovuto essere di per sé autosufficiente.

Il sistema ha bisogno di stabilità, che non significa immobilismo, e consolidamento delle regole: dapprima il codice di aprile 2016, poi l'errata correge di luglio 2016, poi il correttivo di maggio 2017, hanno portato con sé cambiamenti e dubbi esegetici di non poco momento. Ora occorre fermarsi con le norme primarie, darvi attuazione, quanto agli aspetti più innovativi rimasti per ora solo sulla carta: rating di impresa, qualificazione delle stazioni appaltanti, commissari di gara esterni, informatizzazione delle gare.

Senza questi istituti, il nuovo codice appalti rischia di essere un'operazione di mera manutenzione ordinaria rispetto al previgente.

Quanto all'ANAC, il più solido fondamento dei suoi poteri di autoorganizzazione, di vigilanza e sanzionatori, non ultimo il potere di autoorganizzazione quanto al personale, e l'eliminazione di istituti spuri quali le LG sulla qualificazione e sulle raccomandazioni vincolanti, non può che giovare al migliore svolgimento delle sue importanti funzioni.

L'ANAC può fare molto per l'efficienza e la legalità del sistema degli appalti pubblici, ma non è attrezzata per i miracoli: la sua azione deve poter contare su un contesto di regole chiare e stabili (che spetta a Parlamento e Governo assicurare) e su stazioni appaltanti qualificate, nessuna vigilanza può essere efficace se permane un numero esorbitante di soggetti da vigilare.

Nei prossimi mesi, sarà cruciale il ruolo della giurisprudenza amministrativa, non solo e non tanto sulle singole norme e istituti del nuovo codice, quando sulle scelte di sistema, in ordine ai temi, sopra accennati, dei limiti del sindacato sulle linee guida, dei poteri impliciti dell'ANAC, della legittimazione straordinaria dell'ANAC a impugnare gli atti di gara, e, infine, in ordine al nuovo, controverso, rito su ammissioni e esclusioni.

Più funzioneranno gli istituti sostanziali, più saranno efficienti le stazioni appaltanti e l'ANAC, meno sarà il contenzioso davanti al giudice amministrativo.

Rosanna De Nictolis

Presidente sezione consultiva C.g.a.

Publicato l'1 luglio 2017