

Il ruolo dell'Anac nel nuovo sistema degli appalti pubblici*

1. Premessa.

Fra le più vistose peculiarità della nuova disciplina introdotta dal nuovo Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, approvato col d.lgs. 18 aprile 2016, nr. 50,¹ vi è certamente il ruolo centrale attribuito all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) nell'intera architettura del sistema degli appalti e delle concessioni pubbliche. Tale posizione di preminenza si manifesta nell'attribuzione alla detta Autorità di poteri non solo di vigilanza e regolazione, ma anche di intervento diretto in varie fasi delle singole procedure di affidamento, con penetranti strumenti di controllo e sanzionatori, in modo da configurare l'ANAC come un vero e proprio soggetto garante della legalità del sistema nel suo complesso, chiamato a realizzare e coniugare gli opposti interessi al rapido ed efficace svolgimento delle procedure selettive, al fine della massima esplicazione della concorrenza fra gli operatori del mercato, ed alla prevenzione e repressione della corruzione e di tutte le altre forme di illegalità che possono verificarsi durante le dette procedure.

La centralità attribuita all'ANAC nel sistema complessivo disegnato dal Codice del 2016, testimoniata già solo dalle ben 86 volte in cui essa viene citata nell'ambito dei 220 articoli che lo compongono,² impone un approfondimento della natura ed entità dei compiti e poteri che il legislatore ha inteso conferire a tale soggetto. Infatti, non pochi fra i primi commentatori del nuovo testo normativo hanno evidenziato il rischio che la pervasività degli interventi dell'ANAC nel settore dei contratti pubblici possa da un lato frustrare gli obiettivi di efficienza e semplificazione che hanno costituito la "stella polare" della nuova normativa (anche nella sua ispirazione comunitaria), e per altro verso – e paradossalmente - anche rivelarsi uno strumento inadeguato ad assicurare un livello elevato di tutela della legalità e di prevenzione degli illeciti.

La curiosa situazione testé descritta, ad avviso di chi scrive - e come sarà più chiaro a conclusione del presente contributo -, non può essere ascritta a semplice effetto dell'imperizia del legislatore del 2016 nel delineare meccanismi e istituti "inediti" e fortemente innovativi, e nemmeno essere considerata un portato ineliminabile della difficoltà di conciliare le disomogenee esigenze sopra richiamate (di speditezza ed efficienza da un lato, di prevenzione e controllo dall'altra), con le contrastanti ricadute che le relative opzioni possono avere sulle caratteristiche della disciplina e sulla sua attuazione. In realtà, gli inconvenienti che la dottrina ha paventato in relazione alle scelte legislative in questione dipendono anche in larga misura dalla stessa configurazione istituzionale dell'ANAC, a tutt'oggi connotata da un'irrisolta "dualità" fra la propria natura giuridica di autorità di regolazione e vigilanza e la crescente assunzione di un ruolo di fatto "giustiziale" e fondamentalmente repressivo.

* Il presente contributo rielabora e sviluppa l'intervento svolto nell'ambito del seminario sul tema "*Il nuovo Codice degli appalti dopo le Linee Guida ANAC*", organizzato da Paradigma S.p.a. e tenutosi a Milano nei giorni 28, 29 e 30 novembre 2016.

¹ In *Gazz. Uff.*, 19 aprile 2016, n. 91. In realtà, la qualificazione di "*Codice*", contenuta nell'originario schema di decreto adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11, è stata abbandonata nel testo definitivo, che è rubricato semplicemente: "*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*".

² Cfr. D. SAMMARRO – R. ROLLI, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: l'ANAC e l'Uomo di Vitruvio*, in *www.giustamm.it*, 27 aprile 2016.

2. Connotazione generale e compiti dell'ANAC.

Al fine di meglio comprendere le ragioni dei profili di criticità che è dato cogliere nell'assetto normativo incentrato sul riconoscimento di un ruolo centrale dell'ANAC nella regolazione e "conformazione" del settore dei contratti pubblici, è indispensabile richiamare sinteticamente la genesi e l'evoluzione dell'Autorità in questione.

In effetti, dal punto di vista giuridico-formale è difficile – pur nell'indubbia peculiarità della configurazione dei poteri attribuiti e del settore in cui questi si esplicano (e salvo quanto si osserverà in conclusione in ordine agli aspetti di "eccentricità" rispetto a tale modello) – contestare l'appartenenza dell'ANAC al frastagliato e multiforme universo delle autorità amministrative indipendenti, ossia a quell'eterogeneo settore di soggetti che, anche nell'ordinamento italiano, è andato diffondendosi per presidiare da posizione terza e imparziale alcuni settori strategici del mercato, con funzioni di regolazione, vigilanza e irrogazione di sanzioni.³

In particolare, essa deriva da un processo di trasformazione di quella che all'origine era la Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (Civit) istituita nel 2009 dalla c.d. "riforma Brunetta" della p.a. (d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150) con compiti di misurazione e valutazione delle *performances* nel campo del pubblico impiego, nel quadro di un impegno di rinnovazione di tale settore poi sostanzialmente fallito, e che ha portato al trasferimento delle anzi dette funzioni – mai di fatto esercitate – al Dipartimento della funzione pubblica ed al cambio di denominazione del soggetto dapprima in "*Autorità nazionale anticorruzione*" (con la c.d. "legge Severino", nr. 190 del 6 novembre 2012), quindi in "*Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche*" (art. 5, comma 3, d.l. 31 agosto 2013, conv. in l. 30 ottobre 2013, n. 125) e infine nuovamente in "*Autorità nazionale anticorruzione*" (art. 19, comma 2, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114). Con l'ultimo degli interventi normativi citati, l'ANAC ha altresì assorbito funzioni e personale di quell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP) che nell'assetto normativo previgente era l'autorità di settore in materia.⁴ A questi mutamenti ha corrisposto anche l'attribuzione a tale soggetto di compiti di prevenzione e monitoraggio dei fenomeni corruttivi nelle amministrazioni pubbliche e di vigilanza su determinati settori "sensibili" (si pensi alle disposizioni speciali per Expo Milano 2015⁵ o, più recentemente, per la ricostruzione nelle zone dell'Italia centrale colpite dagli eventi sismici di agosto-ottobre 2016)⁶.

Al di là delle perplessità suscitate dalla crescente "valorizzazione" dell'ANAC e dalla scelta di chiamarla in causa nelle più svariate occasioni di crisi dell'amministrazione e dell'economia, con l'attribuzione soprattutto a livello mediatico di un ruolo "salvifico" che testimonia della crisi dei meccanismi e controlli tradizionali (ma anche di un modo inadeguato di porvi rimedio),⁷ ciò che rileva in questa sede è la decisa accentuazione del momento repressivo degli illeciti che ha connotato il profilo dell'Autorità nella più recente produzione normativa, a partire dal già citato d.l. n. 90/2014 e fino alla più recente legge 27 maggio 2015, n. 69 (c.d. nuova legge anticorruzione). Oltre ai già richiamati poteri sanzionatori, l'ANAC raccoglie segnalazioni di illeciti in materia di contratti pubblici da parte dell'Avvocatura dello Stato, ed inoltre le Procure della Repubblica sono tenute a comunicarle l'esercizio dell'azione penale per tutti i reati contro la p.a.; infine, anche i giudici amministrativi sono obbligati a segnalarle "*ogni informazione o notizia rilevante emersa nel*

³ Cfr. sul punto N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in www.giustamm.it, giugno 2016.

⁴ Sull'evoluzione della Civit-ANAC, cfr. E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione: post fata resurgam*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 6, 757 ss.

⁵ Si veda l'art. 30 del citato d.l. n. 90/2014.

⁶ Cfr. l'art. 32 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito con modificazioni dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229.

⁷ Su questi aspetti, sia consentito rinviare a R.GRECO, *Overdose da ANAC*, in *Paradox* (www.rivistaparadox.it), n. 2 (marzo-aprile 2016).

corso del giudizio che, anche in esito ad una sommaria valutazione, ponga in evidenza condotte o atti contrastanti con le regole della trasparenza” (artt. 7 e 8, l. nr. 69 del 2015). Allo stato, tale raccolta di dati e informazioni non si accompagna al riconoscimento di poteri di intervento anche in materia penale, ma non v’è dubbio che l’insieme di conoscenze che in questo modo è assicurato all’ANAC, assieme all’incontestabile *moral suasion* che riveste ogni intervento pubblico del suo Presidente grazie all’esposizione mediatica di cui gode, autorizzino l’opinione di chi ritiene che tale Autorità sia oggi di fatto chiamata a svolgere “*un’azione in qualche sorta parallela a quella delle Procure in un rapporto con queste non regolato*”.⁸

Con specifico riguardo al già citato d.lgs. nr. 50/2016, è a dirsi che nelle retrostanti direttive europee non vi è alcuna indicazione dell’istituzione di autorità di settore, lasciandosi tale scelta all’autonoma determinazione degli Stati membri.⁹ E, tuttavia, come riconosciuto anche dal Consiglio di Stato nel proprio parere sullo schema di decreto, quella della prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni criminali costituisce certamente in via generale un’esigenza di rilievo “interno” tale da giustificare ampiamente la deroga al divieto di *gold plating*, ossia di appesantimento della normativa interna rispetto al mero recepimento delle prescrizioni europee, che costituisce uno dei principi direttivi della delega legislativa (art. 1, comma 1, lett. a), l. nr. 11/2016).¹⁰

Sarebbe dispersivo in questa sede procedere a un’analitica disamina di tutte le singole e puntuali disposizioni del nuovo Codice che attribuiscono all’ANAC i più svariati compiti e poteri. Ci si soffermerà, in particolare, dapprima sui poteri di regolazione e quindi sui poteri di intervento in relazione alla singola procedura di affidamento, analizzando le più “inedite” fra le nuove previsioni e i principali problemi ermeneutici e applicativi che queste pongono.

3. I poteri di regolazione: in particolare, le linee-guida.

Una delle scelte del nuovo Codice che hanno maggiormente colpito osservatori e commentatori è quella costituita dalla rinuncia a dotarsi di un regolamento attuativo, con la previsione dell’abrogazione del d.P.R. 5 ottobre 2010, nr. 207, e della sua sostituzione con strumenti di regolazione più leggeri e “flessibili”, nella cui predisposizione un ruolo essenziale è attribuito proprio all’ANAC. In particolare, l’art. 1, comma 5, della legge-delega fa espresso riferimento alle “*linee-guida*” dell’ANAC come alla fonte destinata a prendere il posto del regolamento attuativo unico nel fornire agli operatori economici e alle amministrazioni aggiudicatrici la disciplina di dettaglio; nell’ordito del d.lgs. nr. 50/2016 tale richiamo è declinato in una pluralità di norme, che di volta in volta affidano alla fonte *de qua* il compito di disciplinare aspetti e settori anche di estrema rilevanza della nuova normativa.

A mero titolo esemplificativo, all’ANAC sono attribuiti poteri di normazione sui requisiti e i compiti del Responsabile unico del procedimento (art. 31, comma 5), sul sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti (art. 38, commi 6 e 7), sulle modalità di accertamento di alcune cause soggettive di esclusione dalle gare (art. 80, comma 13), sul sistema di qualificazione delle imprese, sui requisiti e la capacità dei partecipanti alle gare e sui casi e le modalità dell’avvalimento (art. 83, comma 2). Vi è poi la disposizione “di chiusura” dell’art. 213, che, dopo aver ribadito che all’ANAC spetta la “*vigilanza e il controllo sui contratti pubblici e l’attività di regolazione degli stessi*” ancorché nei limiti di quanto stabilito dal Codice stesso, così declina in via generale i poteri di regolazione attribuiti a tale Autorità: “*...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*

⁸ Così N. LONGOBARDI, *op. cit.*

⁹ Cfr. M. BALLORIANI, *Il nuovo ruolo dell’Anac*, in *Il nuovo Codice degli appalti – Italia Oggi*, 2016, 45.

¹⁰ Cfr. Cons. Stato, Comm. spec., parere 1 aprile 2016, nr. 855.

favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche. 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 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” (comma 2).

L'ampiezza di tale ultima previsione ha indotto i primi commentatori a chiedersi quale possa esserne il rapporto con le singole specifiche disposizioni attributive all'ANAC di puntuali poteri di normazione attuativa, concludendosi nel senso di ritenere queste ultime tassative e, quindi, di escludere che l'art. 213 possa aver attribuito all'Autorità un generale potere regolamentare “atipico”, dovendo intendersi che un tale potere possa essere circoscritto alle sole ipotesi di *soft law*, di natura meramente amministrativa piuttosto che regolamentare (e, quindi, non vincolanti per le stazioni appaltanti).¹¹

Quest'ultimo rilievo evoca i gravi problemi interpretativi che l'inedita formula normativa sopra riportata ha suscitato con riguardo all'inquadramento delle “*linee-guida*” dell'ANAC nel sistema delle fonti, anche in considerazione del loro dichiarato surrogare la tradizionale fonte regolamentare. Se, in via generale, è stata salutata con favore la scelta di rinunciare al tradizionale modello di regolamento, rivelatosi poco pratico e funzionale sia nella fase di elaborazione¹² che in quella successiva di adattamento,¹³ tuttavia non sono mancati i timori che la pluralità degli atti esecutivi e la difficoltà del loro inserimento nel sistema normativo potessero determinare una generale incertezza fra gli operatori economici e le stazioni appaltanti.¹⁴ In ogni caso, è decisa la scelta del legislatore di fare dell'ANAC “*il fulcro dell'opzione del Governo in favore di una regolamentazione flessibile in luogo dell'adozione di un regolamento di esecuzione come il previgente d.p.r. n. 207 del 2010*”.¹⁵ Alla stessa logica si ispira l'attribuzione all'ANAC di compiti di amministrazione attiva, quali la gestione del sistema di premialità e penalità delle imprese (art. 83, comma 10) o la tenuta di vari albi, elenchi e banche dati.

Esaminando partitamente le diverse previsioni attributive all'ANAC di potestà regolamentare (o para-regolamentare) presenti nel nuovo Codice, il Consiglio di Stato in sede consultiva¹⁶ ha ritenuto di poterle distinguere in tre diverse tipologie:

- a) gli atti destinati a risolversi in una mera proposta dell'ANAC, recepita poi con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari;
- b) gli atti adottati con delibera dell'ANAC e dichiarati espressamente vincolanti *erga omnes*;
- c) gli atti adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante.

¹¹ Cfr. M. BALLORIANI, *op. cit.*, 51.

¹² Sia il citato d.P.R. nr. 207/2010 che il previgente d.P.R. 21 dicembre 1999, nr. 554, in materia di lavori pubblici, avevano richiesto una complessa e laboriosa attività di redazione, finendo per intervenire a distanza di parecchi anni dalla normativa primaria di cui costituivano attuazione (rispettivamente, il d.lgs. 12 aprile 2006, nr. 163, e la c.d. “legge Merloni”, nr. 109 dell'11 febbraio 1994).

¹³ Non sono stati pochi, nell'esperienza concreta, i casi in cui modifiche alla disciplina regolamentare sono state apportate direttamente con legge primaria, rivelandosi tale strumento più rapido e celere del ricorso all'omologa fonte di secondo grado.

¹⁴ Cfr. M. DELLE FOGLIE, *Verso un “nuovo” sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 5 giugno 2016.

¹⁵ M. BALLORIANI, *op. cit.*, 46.

¹⁶ Parere nr. 855/2016, cit.

Secondo il supremo Collegio amministrativo, gli atti di cui *sub a)* non creano particolari problemi di inquadramento, potendo essere tranquillamente ricondotti alla categoria dei regolamenti ministeriali di cui all'art. 17 della legge 23 agosto 1988, nr. 400, con la conseguente necessità di seguire il relativo *iter* procedimentale (parere del Consiglio di Stato, visto della Corte dei Conti, pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale*). Neanche gli atti non vincolanti di cui *sub c)* pongono troppi problemi, potendo essere assimilati ad atti di indirizzo e orientamento, analoghi alle circolari, dai quali i destinatari possono motivatamente discostarsi.

Gli atti che creano le maggiori questioni di inquadramento dogmatico sono invece le “*linee-guida*” di cui al precedente punto *b)*, che il Consiglio di Stato ha cercato comunque di ricondurre nello schema consolidato delle fonti normative note al nostro sistema: escluso che esse potessero considerarsi espressione diretta del concetto di *soft law*, diffuso in ambito comunitario ma estraneo al nostro ordinamento,¹⁷ ed escluso del pari che possa trattarsi di attività normativa secondaria *extra ordinem*, si è ritenuto che le predette “*linee-guida*”, malgrado la denominazione formale che indurrebbe a qualificarle come espressione di un potere di direttiva,¹⁸ debbano essere ricondotte alla categoria degli atti di regolazione delle autorità amministrative indipendenti, i quali non costituiscono regolamenti in senso proprio, ma atti amministrativi generali. Tale inquadramento consente, da un lato, di conservare agli atti in esame un'efficacia esterna mediata, nel senso della necessità di un atto amministrativo applicativo per poter incidere sulla sfera giuridica dei destinatari (con ciò che ne consegue sul piano dell'impugnabilità in sede giurisdizionale), e per altro verso di richiamare anche per le linee-guida dell'ANAC la necessità di rispettare tutte le garanzie procedurali e di verifica della qualità della regolazione già pacificamente vigenti per le autorità amministrative indipendenti (consultazione preventiva, adozione di metodi di analisi e verifica dell'impatto della regolazione, adeguata pubblicità). Inoltre, è stata evidenziata la necessità di una coerenza fra i diversi atti di regolazione che saranno posti in essere, alcuni dei quali destinati a interferire fra di loro pur essendo formalmente separati, al punto da auspicare una futura “*testunificazione*” delle linee-guida, al fine di evitare antinomie ed incertezze applicative.¹⁹

È encomiabile lo sforzo di Palazzo Spada di ricostruire il sistema delle linee-guida dell'ANAC in modo coerente con il sistema “tradizionale” delle fonti normative, e quindi di attenuarne o ridimensionarne gli effetti potenzialmente più dirompenti. Tuttavia, non manca fra i commentatori chi considera il risultato di tale sforzo non del tutto appagante sul piano dogmatico, e soprattutto non in linea con quella che è la reale *ratio* della previsione di siffatti strumenti di regolazione “*flessibile*”: innanzi tutto, si è evidenziato che il richiamo agli atti di regolazione delle autorità amministrative indipendenti appare limitativo e insufficiente, se si considera che il “*mercato*” di riferimento della disciplina che l'ANAC è chiamata ad adottare è ben più vasto e “*trasversale*” di quelli su cui incidono le altre autorità di settore (con la sola possibile eccezione dell'Antitrust), e che peraltro – contrariamente a quanto accade per queste ultime – l'ANAC è chiamata dal Codice a esprimersi anche su materie che involgono scelte di natura para-normativa, e non solo profili strettamente tecnici (si pensi alle linee-guida previste sul sistema di qualificazione delle imprese, sul regime delle SOA e sulle regole dell'avvalimento).²⁰ In secondo luogo, l'esigenza sottolineata dal Consiglio di Stato di rispettare le garanzie partecipative tipiche degli atti di regolazione delle autorità indipendenti, traducendosi in un inevitabile aggravio procedimentale nella fase di predisposizione e adozione delle linee-guida, rischia di frustrare la conclamata esigenza di disporre di uno strumento di regolazione spedito, oltre che flessibile.²¹

¹⁷ Sulla nozione di *soft law*, v. gli Autori citati da M. DELLE FOGLIE, *op. cit.*, in nota 7.

¹⁸ Tale conclusione, per vero, sembrerebbe avallata dalla legge-delega, laddove riconduce le linee-guida *de quibus* al genere degli “*atti di indirizzo*” (art. 1, comma 1, lett. *t*).

¹⁹ Questo suggerimento è stato accolto nell'art. 213, comma 2, del Codice, laddove fra l'altro si prefigura il “*consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia*”

²⁰ Cfr. M. DELLE FOGLIE, *op. cit.*

²¹ Cfr. N. LONGOBARDI, *op. cit.*

Ecco dunque che la dottrina ha preso atto di come le linee-guida in questione debbano essere viste come espressione di un peculiare processo di “delegificazione” che caratterizza l’attuale assetto ordinamentale, laddove si registra un arretramento della legge e della stessa fonte regolamentare²² tradizionale in favore di nuove fonti secondarie atipiche, promananti da soggetti nei quali si manifesta una nuova organizzazione del potere e delle relative competenze.²³ Si sono autorevolmente evidenziati i rischi di abbassamento del livello delle garanzie per gli amministrati che possono discendere dal trasferimento dei poteri di normazione in capo a soggetti di natura tecnica privi di legittimazione democratica, come pure la possibilità che tale scelta possa paradossalmente produrre effetti opposti rispetto agli auspicati obiettivi di efficienza e celerità;²⁴ la prima preoccupazione è certamente degna di attenzione da parte di chiunque abbia a cuore un ordinato e trasparente funzionamento delle istituzioni, ma involge considerazioni “di fondo” sulla qualità stessa dell’odierno sistema democratico, e pertanto deve fare i conti con un processo di riassetto del potere connesso alla globalizzazione che è in corso in tutti gli ordinamenti occidentali. Di più immediato interesse, per i giuristi e gli operatori economici, è il secondo dei rischi rappresentati, come meglio appresso si vedrà.

Se poi si volesse verificare in quale misura, nelle prime linee-guida varate dall’ANAC, i suggerimenti del Consiglio di Stato siano stati recepiti, non si perviene a risultati incoraggianti. Le “consultazioni” che hanno preceduto le linee-guida sono state molto informali, senza la sottoposizione agli operatori di schemi di provvedimento, ma soltanto proponendo alcune opzioni di fondo dell’ANAC (sostenute a volte con una certa enfasi) ed escludendo alcuni profili, espressamente rimandati a future determinazioni della stessa ANAC. La “filosofia” di alcune scelte ha suscitato perplessità fra gli operatori, come per quelle tendenti a restringere al massimo la discrezionalità delle stazioni appaltanti nella valutazione della congruità delle offerte, anche al di là del chiaro dettato delle norme primarie, in nome delle conclamate esigenze di prevenzione della corruzione; in linea di massima, l’approccio dell’ANAC è stato giudicato alquanto astratto, malgrado l’esperienza pratica che dovrebbe derivarle dall’assorbimento della soppressa AVCP, al punto da spingere a domandarsi se sia stato saggio scaricare su tale soggetto una così ampia responsabilità politica, in assenza di una chiara definizione di ruoli e competenze.²⁵

Un dato invece da salutare con favore, e che ormai corrisponde a una prassi consapevolmente adottata dall’ANAC nelle numerose procedure di adozione di linee-guida già avviate e in parte concluse, consiste nella scelta di sottoporre comunque al parere del Consiglio di Stato tutte le linee-guida attuative del nuovo Codice, e non solo quelle destinate a tradursi in un decreto ministeriale (e, quindi, in un vero e proprio regolamento governativo). Scelta nella quale il supremo consesso amministrativo ha voluto vedere “*la conferma di un’evoluzione sostanziale delle funzioni consultive del Consiglio di Stato di cui all’art. 100 della Costituzione, poiché si fa ricorso alla ‘consulenza giuridico-amministrativa’ dell’Istituto anche per atti non tipici e sui generis, che (come si dirà) non costituiscono un atto normativo in senso proprio, ma neppure possono configurarsi come una richiesta di parere su uno specifico quesito*”, in modo da inquadrare “*le funzioni consultive in una visione sistemica e al passo coi tempi, confermando il ruolo del Consiglio di Stato come un advisory board delle Istituzioni del Paese anche in un ordinamento profondamente innovato e*

²² Nella dottrina costituzionalistica, è da tempo superata la concezione che individuava nel regolamento governativo l’unica fonte normativa secondaria legittima, ammettendosi invece la possibilità di fonti atipiche di secondo grado, anche se, dopo la modifica del Titolo V della Costituzione ad opera della l. cost. 18 ottobre 2001, nr. 3, è tornata in auge la tesi di chi considera il citato art. 17, l. nr. 400/1988 norma dotata di “copertura” costituzionale, e quindi integrante le forme tipiche (e uniche) della normazione secondaria: su questi temi, come pure sulla c.d. “fuga dal regolamento”, cfr. C. DEODATO, *Le linee guida dell’ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 29 aprile 2016.

²³ Cfr. M. DELLE FOGLIE, *op. cit.*

²⁴ Cfr. C. DEODATO, *op. cit.*

²⁵ Cfr. N. LONGOBARDI, *op. cit.*

pluralizzato”:²⁶ un atteggiamento collaborativo dunque particolarmente apprezzabile, anche se poi ciò che davvero rileva – come già evidenziato – è il dato sostanziale della condivisione e dell’accoglimento, o meno, dei suggerimenti avanzati al Governo in sede consultiva.

4. I poteri di intervento sulle gare.

Ulteriori innovazioni, tali da suscitare l’attenzione di commentatori e operatori, il d.lgs. nr. 50/2016 introduce nel disciplinare i poteri di intervento dell’ANAC sulle singole procedure di affidamento, non solo a valle dell’aggiudicazione ma anche durante lo svolgimento della gara stessa. Anche questi poteri sono configurati in modo “inedito” rispetto alla vigilanza a suo tempo attribuita all’AVCP, con particolare accentuazione del profilo repressivo e sanzionatorio di presunti illeciti.

Questa tendenza, per vero, si era già manifestata con l’attribuzione di relevantissimi poteri di intervento sull’appalto già aggiudicato, e se del caso in corso di esecuzione, ad opera della previsione introdotta col noto art. 32 del decreto-legge 24 giugno 2014, nr. 90 (convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, nr. 114): con tale norma si è previsto che, nell’ipotesi in cui in sede penale si proceda per gravi reati,²⁷ ovvero in presenza 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, nonché ad una impresa che esercita attività sanitaria per conto del Servizio sanitario nazionale in base agli accordi contrattuali di cui all’art. 8-*quinquies*, d.lgs. 30 dicembre 1992, nr. 502, ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o ad un contraente generale, il Presidente dell’ANAC ne informa il Procuratore della Repubblica e, in presenza di fatti gravi e accertati sulla base delle segnalazioni ricevute da soggetti istituzionali, propone al Prefetto competente in relazione al luogo in cui ha sede la stazione appaltante, alternativamente di ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l’impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell’impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto d’appalto ovvero dell’accordo contrattuale o della concessione, ovvero di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell’impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto ovvero dell’accordo contrattuale o della concessione.

Come evidente dalla lettura della norma, e come confermato anche dalla giurisprudenza nella sua prima applicazione in occasione di gravissimi episodi corruttivi che hanno funestato gli appalti per Expo Milano 2015, portando - appunto - al “commisariamento” dell’impresa aggiudicataria, fino a questo punto l’intervento di ANAC si mantiene ancora a valle dell’aggiudicazione, avendo l’obiettivo di scongiurare il rischio che un imprenditore, il quale fosse sospettato di essersi reso responsabile di gravi illeciti nell’acquisizione del contratto pubblico, possa *medio tempore* lucrare il profitto riveniente dall’esecuzione dello stesso, in modo difficilmente reversibile all’esito della successiva condanna penale. Tale intervento però non reagisce sempre e necessariamente sulla legittimità della retrostante procedura selettiva, per la quale – salva la possibilità di diretta attivazione della stazione appaltante attraverso gli strumenti dell’autotutela e/o della risoluzione contrattuale - resta ferma la necessità di un accertamento da parte del giudice competente di taluno dei “classici” vizi di legittimità, a seguito di tempestiva e rituale iniziativa dei soggetti interessati.²⁸

Col d.lgs. nr. 50/2016 si assiste a un passo ulteriore, con l’attribuzione all’ANAC di poteri di intervento su procedure selettive indette e *in itinere*, attraverso profonde trasformazioni di istituti

²⁶ Cons. Stato, Comm. spec., 2 agosto 2016, parere n. 1767 (sugli schemi di linee-guida concernenti il R.u.p., l’offerta economicamente più vantaggiosa e i servizi di architettura e ingegneria).

²⁷ Sono specificamente richiamate le fattispecie di concussione (art. 317 c.p.), corruzione (artt. 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 320, 322 e 322-*bis* c.p.), induzione indebita (art. 319-*quater*), traffico di influenze illecite (art. 346-*bis* c.p.) e turbativa d’asta (artt. 353 e 353-*bis* c.p.).

²⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, nr. 143. Sulla vicenda, cfr. R. MANGANI, *Consiglio di Stato: la conoscenza postuma di irregolarità in gara non cancella l’aggiudicazione*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 gennaio 2015.

giuridici già esistenti ovvero nuovi e inediti strumenti di “interlocuzione” diretta con la stazione appaltante. Un primo esempio in tal senso è costituito dalla disposizione contenuta nel comma 9 dell’art. 163, in tema di procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile, laddove è stabilito che, per gli appalti di forniture e servizi in circostanze di somma urgenza determinate da eventi riconducibili all’art. 2 della legge 24 febbraio 1992, nr. 225, laddove non siano disponibili elenchi di prezzi definiti mediante l’utilizzo di prezzari ufficiali di riferimento, e pertanto l’impegno contrattuale si formi su un prezzo provvisorio stabilito tra le parti, la relativa valutazione di congruità sia di competenza dell’ANAC, che vi provvede entro 60 giorni dalla ricezione della documentazione. È altresì stabilito che il “*parere*” dell’ANAC sia vincolante, potendo se del caso essere contestato solo attraverso impugnazione giurisdizionale, e che nelle more della sua acquisizione il prezzo provvisorio concordato possa essere corrisposto solo nella misura del 50%. La disposizione, specificamente riferita al settore della protezione civile, verosimilmente risente della visibilità mediatica che negli ultimi anni hanno avuto alcuni scandali relativi a procedure poste in essere a seguito o in occasione di “*eventi*” qualificati sulla base di quella peculiare legislazione.

Ben più dirimenti i contenuti dell’art. 211 del nuovo Codice, rubricato: “*Pareri di precontenzioso dell’ANAC*”, ma che in realtà ha un contenuto più vasto e articolato. Il primo comma del citato articolo testimonia di una vera e propria “mutazione genetica” del parere di precontenzioso rispetto all’analogo parere che era reso dall’AVCP ai sensi del previgente art. 6, comma 7, lett. n), del d.lgs. nr. 163/2006: mentre quest’ultimo non era vincolante, risentendo di una certa diffidenza dell’ordinamento a riconoscere all’Autorità di vigilanza funzioni para-contenziose e pertanto venendo ricondotto *in concreto* a uno strumento meramente facoltativo con funzione deflattiva delle controversie potenziali,²⁹ oggi la disciplina dei pareri in questione ha decisamente superato quelle perplessità, inducendo a ritenere che si sia di fronte a un vero e proprio rimedio alternativo alla tutela giurisdizionale, riconducibile alla discussa categoria delle *alternative dispute resolutions*.³⁰ In estrema sintesi, è previsto che il parere possa essere richiesto dalla stazione appaltante o da una o più delle altre parti, e che lo stesso obblighi ad attenersi le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito; quest’ultima previsione è stata introdotta su suggerimento del Consiglio di Stato in sede consultiva,³¹ sostituendosi all’originaria previsione che ricollegava genericamente la vincolatività del parere a una sua più estesa motivazione (previsione foriera di potenziali incertezze e questioni applicative). Sempre al Consiglio di Stato si deve l’introduzione di un termine entro il quale l’ANAC deve rendere il parere (30 giorni dalla ricezione della richiesta) e l’espressa previsione della sua impugnabilità dinanzi agli organi di giustizia amministrativa, accompagnata dalla ribadita possibilità per il giudice di applicare le sanzioni di cui all’art. 26 cod. proc. amm. in caso di rigetto del ricorso.

La disciplina di dettaglio relativa ai pareri di precontenzioso è stata recentemente adottata dall’ANAC col proprio Regolamento del 5 ottobre 2016,³² nel quale è possibile cogliere, se possibile, un’ulteriore accentuazione del carattere para-giurisdizionale della procedura *de qua* (evidente, ad esempio, nella previsione dell’applicabilità della sospensione feriale dei termini: art. 8, comma 2). Si prevede che, in caso di parere chiesto singolarmente dalla stazione appaltante o da una sola delle parti, lo stesso sia di regola non vincolante, ma che, qualora l’istante abbia manifestato l’intento di attenersi al parere, alle altre parti possa sia data la possibilità di aderire a tale scelta, in modo da renderlo vincolante (art. 3); al contrario, se l’istanza è congiunta e in essa le parti hanno *ab initio* manifestato la volontà di attenersi al parere, questo è senz’altro vincolante (art. 4). Di particolare interesse sono le previsioni:

²⁹ Cfr. L. PONZONE, *Commento all’art. 6*, in *Codice degli appalti pubblici*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Roma, 2013, 253 ss.

³⁰ Cfr. I. MARTELLA, *Le novità processuali nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, 659 ss. Sulle ADR, cfr. S. DE FELICE, *Le A.D.R. (alternative dispute resolution) nei confronti della pubblica amministrazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004.

³¹ Parere nr. 855/2016, cit.

³² In *Gazz. Uff.* n. 245 del 19 ottobre 2016.

- di inammissibilità dell'istanza di parere "*in assenza di una questione controversa insorta tra le parti interessate*" (art. 6, comma 1, lett. a), che al di là della sua apparente ovvietà pone il problema della *fictio litis*, chiamando l'Autorità al delicato accertamento circa l'effettiva sussistenza di contrasto fra le parti richiedenti, al di là degli apparenti dissensi che possono essere emersi in sede procedimentale;
- di improcedibilità dell'istanza per sopravvenienza di un ricorso giurisdizionale avente contenuto analogo, che le parti hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità (art. 6, comma 3, lett. a), che a sua volta potrebbe porre delicati problemi interpretativi in ordine all'individuazione del *thema decidendum* nelle due sedi contenziose, e quindi dell'effettiva identità o meno dell'oggetto del giudizio rispetto a quello dell'istanza di parere.

Infine, sono previsti la possibilità di emissione di pareri anche in forma semplificata (art. 10), la facoltà delle parti di chiedere un riesame del parere solo in presenza di "*dedotte e documentate sopravvenute ragioni di fatto*" e purché nel frattempo non sia stato proposto ricorso giurisdizionale (art. 11) e l'obbligo di informare l'Autorità dei successivi sviluppi sia nell'ipotesi in cui il parere sia vincolante sia in quella in cui non vi sia stato l'impegno delle parti ad attenervisi (art. 13).

Di ancora maggior impatto potenziale è la disposizione contenuta nel comma 2 dello stesso art. 211 del Codice, in virtù della quale: "*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 e il limite massimo di euro 25.000, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente codice. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo*".

Anche stavolta ci si trova di fronte a una previsione eccentrica rispetto alle comuni categorie giuridiche, dal momento che il *nomen* di "raccomandazione" è tradizionalmente associato ad atti privi di efficacia cogente,³³ mentre in questo caso le raccomandazioni dell'ANAC sono esplicitamente definite "*vincolanti*". La previsione è stata fortemente criticata dalla dottrina, che ne ha sottolineato la dubbia legittimità costituzionale e comunitaria e l'inidoneità a produrre reali effetti deflattivi del contenzioso (paventandosi, anzi, che la stessa possa paradossalmente portare a un incremento di esso); in particolare, il Consiglio di Stato vi ha colto una deroga al consolidato principio per cui l'esercizio del potere di autotutela rientra nella discrezionalità della p.a. e non è coercibile, evidenziando come nella specie, in ragione della configurazione data alle "*raccomandazioni*" dell'ANAC, non possa neanche parlarsi di un invito obbligatorio a esercitare l'autotutela (ciò che lascerebbe pur sempre impregiudicate le determinazioni nel merito della stazione appaltante), bensì di un vero e proprio "*annullamento mascherato*" posto in essere attraverso un provvedimento i cui effetti lesivi possono essere scongiurati dalla stazione appaltante soltanto attraverso la sua impugnazione giurisdizionale.³⁴ Per questo, Palazzo Spada ha auspicato invano la sostituzione della disposizione *de qua* con la previsione di una legittimazione generale dell'ANAC a impugnare gli atti posti in essere dalle stazioni appaltanti in violazione delle raccomandazioni in questione, sul modello di quanto previsto per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato dall'art. 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, nr. 287, come introdotto dal d.l. 6 dicembre 2011, nr. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, nr. 214.³⁵

³³ Il richiamo più immediato è alle "*raccomandazioni*" dell'Unione europea, oggi disciplinate dall'art. 288 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

³⁴ Parere nr. 855/2016, cit.

³⁵ È stato peraltro osservato come, anche in difetto di una previsione espressa, una legittimazione dell'ANAC a invocare la tutela giurisdizionale a fronte di una violazione di suoi provvedimenti vincolanti può già ricavarsi dai principi generali dell'ordinamento processuale: cfr. M. BALLORIANI, *op. cit.*, 53.

Indubbiamente è ancora presto per verificare quali saranno gli impatti della novità in esame: tuttavia, non si può negare che, con l'attribuzione all'ANAC del potere di intervenire con modalità così incisive in qualsiasi momento di qualsiasi gara, gestita da qualsiasi stazione appaltante, il legislatore dimostri “*di avere poca fiducia nella stazione appaltante e, nel contempo, di averne in modo smisurato nell'ANAC*”,³⁶ in capo alla quale viene concentrato un potere anche maggiore di quello degli stessi organi di giustizia amministrativa (a loro volta oggetto di notoria sfiducia e disistima da parte delle attuali istituzioni governative). La tensione verso la massimizzazione degli obiettivi di tutela della legalità porta il legislatore a “*forzare le «regole del gioco» incidendo su alcuni principi che, nell'ordine amministrativo-legislativo, hanno una loro valenza: il valore delle Autonomie; il rispetto delle competenze; la certezza delle situazioni giuridiche; il contenimento del contenzioso; la funzione salvifica di una Authority, presieduta da un magistrato*”,³⁷ al punto da indurre taluno ad affermare che in questo modo “*sono state messe sotto tutela le Amministrazioni, sia quelle centrali che quelle periferiche ed anche quelle specificatamente qualificate per il ruolo di stazioni appaltanti. La qualcosa suscita non poche perplessità in ordine al giudizio di affidabilità dell'apparato amministrativo nell'esercizio di una importante funzione, tant'è che si è previsto un intervento diretto e vincolante affidato ad un organismo indipendente in parallelo agli ordinari controlli istituzionali della Magistratura amministrativa, penale e contabile. Non è una bella prospettiva per l'affermazione di quel principio di responsabilità, che dovrebbe governare le regole di un efficiente sistema democratico. Ma è anche lo specchio di ciò che si sta verificando in linea più generale nel sistema Paese*”.³⁸

5. Conclusioni: il nodo delle criticità.

Quali siano i profili di criticità che le nuove previsioni codicistiche *in subiecta materia* sono suscettibili di determinare, lo si è visto nel corso della disamina delle principali fra di esse. Adesso, è invece il momento di chiedersi quale ne sia la radice profonda dal punto di vista tecnico-giuridico (e, quindi, prescindendo dalle considerazioni che pure potrebbero svolgersi – e che in parte sono state già evocate – sul piano politico-sociologico in ordine alla coerenza di determinate scelte legislative con un più generale processo evolutivo in atto delle istituzioni e del potere).

Già in principio del presente contributo, si è anticipata l'impressione che la configurazione del ruolo attribuito all'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici risenta della tensione fra due esigenze opposte e in qualche modo irriducibili: quella di derivazione comunitaria di massimizzazione della concorrenza e dell'apertura del mercato (da un lato) e quella di stretta rilevanza “interna” di prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni criminali delle quali il nostro Stato ha fatto frequente e triste esperienza (dall'altro). La potenziale antinomia fra queste pulsioni è stata risolta dal legislatore attraverso un intervento sulla funzione di “vigilanza” già affidata all'AVCP, e da questa transitata in capo all'ANAC, con il progressivo abbandono della tradizionale configurazione dei poteri attribuiti alle autorità di settore³⁹ e l'accentuazione della finalità di prevenzione e repressione degli illeciti.

³⁶ Cfr. C. MERANI, *Brevi riflessioni generali sul nuovo codice dei contratti pubblici (con l'auspicio di un decreto correttivo)*, in www.lexitalia.it, 8 giugno 2016.

³⁷ Così P. QUINTO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici e le “raccomandazioni vincolanti” di Cantone*, in www.lexitalia.it, 28 aprile 2016.

³⁸ P. QUINTO, *op. cit.*

³⁹ È nota l'inesistenza nel nostro ordinamento di una disciplina organica delle autorità indipendenti, a causa del carattere frammentario ed eterogeneo della loro introduzione nel quadro normativo e del fallimento di alcuni tentativi di varare una legislazione-quadro di sintesi: tuttavia, la dottrina ha individuato alcuni tratti comuni che generalmente connotano tali autorità, sul piano sia funzionale (coesistenza di poteri para-normativi, contenziosi ed amministrativi, questi ultimi svolti in peculiare posizione di neutralità) che strutturali (indipendenza dal potere esecutivo, peraltro declinata in vario modo e spesso messa in discussione dagli operatori). Su questi temi, in generale, cfr. R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2009, 257 ss.

Di più: nelle concrete scelte normative, si è assistito ad una sovrapposizione fra i due momenti preventivo e repressivo, essendo anche il primo declinato in una chiave para-giustiziale piuttosto che in un'ottica di creazione di circuiti collaborativi "virtuosi" all'interno dell'amministrazione, in coerenza con i valori costituzionali di cui all'art. 97 Cost. Ha così prevalso *"la tendenza a privilegiare un'ottica burocratica di prevenzione della corruzione che può danneggiare la concorrenza; ancora, la tendenza ad occupare lo spazio della discrezionalità delle stazioni appaltanti e ad invadere il campo proprio dell'autorità giudiziaria"*,⁴⁰ con il forte pericolo che una tale impostazione di fondo *"comprometta il rapporto tra legislatore e autorità di regolazione e controllo, da un lato, e stazioni appaltanti e operatori economici, dall'altro"*.⁴¹

Insomma, se da un lato è tutto da vedere se le innovative opzioni normative che si sono descritte saranno realmente in grado di ridurre o eliminare i fenomeni illeciti su cui con esse si vorrebbe intervenire, nell'immediato vi è il serio rischio del diffondersi di un clima di sfiducia e d'incertezza fra gli operatori economici e nelle stesse stazioni appaltanti, per effetto del "dissolvimento" di una normativa di riferimento certa, unitaria e coerente e della correlativa enfaticizzazione del momento del controllo e della repressione, con l'attribuzione di relevantissimi e incisivi poteri a un'autorità di settore di fatto quasi onnipotente. Forse è anche a causa di tale situazione, e non solo per ragioni tecniche legate all'attuazione della nuova disciplina, che – come sottolineato anche mediaticamente dagli ambienti vicini al mondo delle imprese⁴² – all'entrata in vigore del d.lgs. nr. 50/2016 ha fatto seguito nell'immediato un sostanziale blocco dell'indizione di nuove gare d'appalto, con effetti pregiudizievoli per l'economia ancora tutti da misurare.

Raffaele Greco
Consigliere di Stato

Publicato il 29 dicembre 2016

⁴⁰ N. LONGOBARDI, *op. cit.*

⁴¹ C. MERANI, *op. cit.*

⁴² Cfr., ad esempio, A. LERBINI, *Effetto-codice, fermi i lavori medio-grandi*, in *Il Sole 24Ore*, 12 giugno 2016.