

Università degli Studi di Napoli “Federico II”



Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato in
Diritto dell'Economia
XXXII° ciclo

**I POTERI ATTRIBUITI ALL'ANAC DAL NUOVO
CODICE DEI CONTRATTI DI CUI AL D.LGS. 50/16**

Coordinatore:

Ch.mo Prof Massimo Iovane

Tutor:

Ch.ma Prof Silvia Tuccillo

Candidato:

dott. Andrea Vosa

INDICE:

Premessa pg. 5

CAPITOLO I - L'EVOLUZIONE DELL'AUTORITA' NEL SISTEMA DELLA CONTRATTUALISTICA PUBBLICA

1. Le origini dell'ANAC pg.8

2. Ambito di applicazione della “legge anticorruzione” pg. 17

3. Autorità Indipendenti e Autorità Nazionale Anticorruzione pg. 22

4. L'evoluzione delle Autorità in materia di contratti pubblici pg.29

4.1 L'AVLP nel sistema delineato dalla Legge Merloni pg.29

4.2 Le Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE: il recepimento in Italia

mediante l'adozione del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e del DPR

207/2010- dall'AVLP all'AVCP..... pg.39

4.3 il D.L. 90/2014, dall'AVCP all'ANAC.....pg. 52

4.4 Le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2015/25/UE e l'assetto

del nuovo Codice dei Contratti di cui al d.lgs. 50/2016..... pg.58

CAPITOLO II - IL NUOVO RUOLO DELL'ANAC QUALE ORGANO DEPUTATO ALLA DEFLAZIONE DEL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO

1. I profili del contenzioso..... pg.69

2. Il potere di raccomandazione vincolante e la difficile

collocazione nel sistema pg.70

3. L'abrogazione del potere di raccomandazione, il nuovo potere di

legittimazione attiva dell'Autorità..... pg.82

4. I pareri di precontenzioso.....	pg. 90
4.1 Il potere di emanare pareri di precontenzioso per come delineato dal d.lgs. 163/2006 ed il forte riscontro nel sistema	pg.90
4.2 I pareri di precontenzioso alla luce del Nuovo Codice dei Contratti	pg. 94
4.3 Analisi degli effetti dello strumento dei pareri di precontenzioso in seguito alle modifiche introdotte dal d.lgs 50/16.....	pg. 104
CAPITOLO III - LA NUOVA RICONFIGURAZIONE DELL'ANAC QUALE ORGANO DEPUTATO ALL'ATTUAZIONE DEL D.LGS. 50/16 - GLI STRUMENTI DI REGOLAZIONE	
1. Le Fonti dell'ordinamento.....	pg.111
2. I nuovi strumenti di attuazione previsti dal Codice degli Appalti	pg. 119
3. Lo strumento delle linee guida e gli atti di soft regulation.....	pg.123
4. Le linee guida attuative del Codice dei Contratti	pg.130
5. La natura delle linee guida Ministeriali	pg.141
6. La natura delle linee guida ANAC non vincolanti.....	pg.146
6.1. I Motivi di esclusione e Le linee Guida ANAC non vincolanti in tema di gravi illeciti professionali	pg.154
7. La natura delle linee guida vincolanti adottate dall'ANAC.....	pg.181
7.1. Le linee guida n.3 sul Responsabile Unico del Procedimento.....	pg.188
7.2 Le Linee guida n.5 per i Criteri di scelta dei commissari di gara ed il tormentato cammino dell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici.....	pg.198

7.3 Le linee guida n.7 per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house	pg. 209
7.4. Le linee guida n. 9 sul monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato.....	pg. 211
8. Le novità introdotte dal Decreto "Sblocca Cantieri" e la nuova dimensione dell'Autorità	pg. 215
Conclusioni	pg. 226
Bibliografia	pg. 229

Premessa

Il Codice dei Contratti varato con il d.lgs. n. 50 del 2016 ha ampliato fortemente i poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), non soltanto con riferimento all'attività di controllo del sistema della contrattualistica pubblica, ma anche attraverso la previsione di poteri ulteriori che si sostanziano nella possibilità di dirimere eventuali situazioni di conflitto sorte tra gli operatori o tra Pubbliche Amministrazioni e operatori nonché nell'attribuzione in capo all'Autorità del compito di dare attuazione al Codice dei Contratti per il tramite di atti di regolazione caratterizzati da un elevato tasso di flessibilità.

La ricerca è stata indirizzata, pertanto, all'individuazione analitica di tali nuovi poteri ed all'analisi delle criticità emerse con riguardo all'utilizzo degli stessi da parte dell'Autorità.

Il punto di vista che si è scelto di assumere è quello dell'osservatore alla luce della circostanza che la materia oggetto di indagine è in costante evoluzione e, soprattutto, almeno fino ai tempi più recenti, di nuovo conio nel sistema nazionale.

In principio è stato necessario indagare la natura e le funzioni dell'ANAC, che, rispetto alle altre Autorità indipendenti, si caratterizza per un ordinamento stratificatosi nel tempo.

È stato poi man mano possibile “fotografare” il nuovo sistema mentre lo stesso prendeva forma al fine di cercare di coglierne l'effettiva portata e di decifrare il ruolo dell'Autorità che si andava delineando in forza del nuovo assetto normativo.

Obiettivo principale del legislatore del nuovo Codice, come ampiamente dichiarato nella legge delega del 28 gennaio 2016, n. 11, era quello di addivenire ad una drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti e garantire un più elevato livello di certezza del diritto e semplificazione dei procedimenti.

Il Codice dei Contratti di cui al d.lgs. 50/16 è stato il più rilevante esempio del fenomeno della “fuga dal regolamento” alla luce dell’idea che l’eccessivo formalismo che aveva caratterizzato le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici per come disciplinati, oltre che determinare eccessivi rallentamenti, influenzando sullo sviluppo e sugli investimenti, aveva reso i procedimenti poco trasparenti e poco garantisti della tutela della concorrenza e del mercato ed aveva incentivato il contenzioso amministrativo.

Il legislatore delegato ha ritenuto di superare tali complessità strutturali affidando all’Autorità Anticorruzione il potere di normazione per il tramite di strumenti di regolazione soft, ma anche dotati di efficacia vincolante. È stato pertanto opportuno analizzare i provvedimenti attuativi man mano adottati dall’Autorità e la loro adeguatezza a raggiungere gli obiettivi prefissati dal legislatore.

La genesi del nuovo Codice è stata seguita con grande interesse dagli addetti ai lavori ed è stata accompagnata da un’intensa campagna mediatica, ma già agli albori della normativa non sono mancate le voci critiche circa la capacità effettiva del Codice di apportare, in settori cruciali per l’economia del Paese, i decisivi interventi di semplificazione auspicati dal legislatore, tali da non tradire le grosse aspettative che ne avevano accompagnato l’introduzione.

L'attribuzione in capo all'Autorità del compito di dare attuazione al codice per il tramite di strumenti flessibili era, in parte, dovuta alla circostanza che il regolamento di attuazione, strumento fino ad allora utilizzato come atto attuativo, era considerato come *“figlio legittimo di un antiquato sistema di regolazione eccessivamente rigido e la cui farraginosità ha rappresentato una delle principali ragioni della crisi nazionale del sistema”*¹ ma, allo stesso tempo, tale attribuzione faceva sorgere alcune perplessità ed evidenziava possibili criticità.

La ricerca ha dunque preso avvio in un sistema normativo e giurisprudenziale ancora tutto da delineare e, come anticipato, non ha potuto che incentrarsi sull'analisi costante dell'evoluzione dell'Autorità e dell'utilizzo da parte della stessa dei nuovi poteri attribuiti, non ultimi quelli paragiurisdizionali e di controllo, i quali anche hanno tratto origine dalla legge delega che, come altro obiettivo preciso, impegnava il legislatore delegato a *“razionalizzare i metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale nella materia degli appalti pubblici”*.

Il lavoro è stato suddiviso in tre capitoli. Nel primo si è cercato di ripercorrere, seppur per grandi linee, l'evoluzione dell'Autorità nel sistema della contrattualistica pubblica, nel secondo sono stati approfonditi i poteri attribuiti all'ANAC con l'obiettivo di deflazionare il contenzioso amministrativo e nel terzo capitolo sono stati analizzati i poteri di regolazione dell'Autorità e le relative problematiche.

¹ In tal senso C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo “codice”: opportunità e profili di criticità*, in www.giustamm.it

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DELL'AUTORITA' NEL SISTEMA DELLA CONTRATTUALISTICA PUBBLICA

1. Le origini dell'ANAC

Nel corso degli ultimi anni il legislatore ha avviato una lotta serrata alla corruzione nella pubblica amministrazione, sia rafforzando i rimedi di tipo repressivo sia, soprattutto, introducendo nel sistema delle fonti strumenti di prevenzione volti ad incidere in modo razionale, organico e determinato sulle occasioni della corruzione e sui fattori che ne favoriscono la diffusione.

La data del 6 novembre 2012 viene individuata dagli studiosi come lo spartiacque della storia della corruzione e quale momento di avvio di una rivoluzione culturale e normativa che ha modificato il modo di intendere il fenomeno della corruzione.

Il 6 novembre del 2012 veniva infatti approvata la legge “anticorruzione”².

È il primo segno tangibile delle policy di contrasto alla corruzione e riprende la strada avviata dalla legge 241/90 circa due decenni prima e pone al centro del sistema l’Autorità Nazionale Anticorruzione, nata dalle ceneri dell’Autorità vigilante sui contratti pubblici e della CIVIT³, Commissione per la valutazione

² Sul punto G. LEOTTA, *Introduzione generale al fenomeno* – in *Riflessioni in tema di lotta alla Corruzione*, a cura dell’Istituto di Studi Giuridici del Lazio “Arturo Carlo Jemolo”, Carocci editore, 2017 pg.3;

³ Sul punto M. CORRADINO, *la circolarità della lotta alla corruzione* in *Riflessioni in tema di lotta alla Corruzione*, a cura dell’Istituto di Studi Giuridici del Lazio “Arturo Carlo Jemolo”, Carocci editore, 2017 pg.1; CIVIT: La Commissione indipendente per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche, istituita con il decreto legislativo 150/2009 in attuazione della legge 15/2009. La commissione è entrata in funzione nel 2010.

dell'integrità e la trasparenza nelle pubbliche amministrazioni, istituita e disciplinata dal D.lgs. 150 del 2009 con il compito di occuparsi in modo prevalente di tutti gli adempimenti centrali in materia di valutazione e misurazione delle performance.

Per cogliere appieno la nascita dell'Autorità Anticorruzione occorre muovere dagli impegni assunti dall'Italia a livello internazionale.

L'Italia il 27 gennaio 1999 a Strasburgo ha aderito alla Convenzione Penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa (*Criminal Law Convention on Corruption*); il 4 novembre 1999, sempre a Strasburgo alla Convenzione Civile sulla Corruzione del Consiglio d'Europa (*Civil Law Convention on Corruption*); il 9 dicembre 2003 alla Convenzione dell'ONU contro la corruzione (United Nation Convention Against Corruption UNCAC).

L'Italia ha ratificato le predette convenzioni con molto ritardo rispetto alla sottoscrizione, basti pensare che la convenzione ONU del 2003 è stata ratificata sei anni dopo la sottoscrizione con la L. 116/2009 mentre le due Convenzioni del Consiglio d'Europa sono state oggetto di ratifica solo tredici anni dopo con le Leggi numero 110 e 112 del 2012.

L'esigenza di uniformare l'ordinamento nazionale alle indicazioni provenienti dagli strumenti sovranazionali di contrasto alla corruzione, fra tutti la United Nation Convention Against Corruption (UNCAC) del 2003, primo strumento internazionale anticorruzione legalmente vincolante, ratificata dall'Italia con Legge n.116 del 2009 e la Criminal Law Convention on Corruption del 1999 e

³ Cfr. art.13 D.lgs. 27 ottobre 2009, n.150

le esigenze espresse dalle organizzazioni comunitarie (OCSE e Consiglio d'Europa), hanno guidato il legislatore verso un processo di rinnovamento volto al perseguimento di obiettivi nuovi e complicati da raggiungere.

In qualità di Stato aderente (dal 2007) al *Group of States Against Corruption – GRECO-* nel 2009, nel corso della 43esima assemblea plenaria tenutasi a Strasburgo, l'Italia è stata sottoposta alla “procedura congiunta di primo e secondo ciclo di valutazione” conclusasi con l'approvazione del rapporto e delle sue raccomandazioni.

Nel rapporto veniva rilevato come la corruzione in Italia fosse percepita quale un fenomeno diffuso, che interessava svariati settori di attività, tra i quali il settore dell'urbanistica, quello dello smaltimento dei rifiuti, il settore degli appalti pubblici, della sanità e quello della Pubblica Amministrazione in genere.

Le raccomandazioni formulate evidenziarono la totale assenza di un programma anticorruzione specificamente coordinato, che rendeva sostanzialmente prive di significato le azioni repressive e ponevano all'attenzione del governo la necessità di una strategia mirata alla prevenzione della corruzione come strumento volto a rendere effettive le azioni punitive e le azioni per la prevenzione del fenomeno. Le misure fino ad allora attuate in Italia furono considerate piuttosto deboli perché affrontavano il problema della corruzione in termini - ritenuti dalla Comunità - troppo generali senza mirare agli specifici settori su cui invece bisognava andare ad operare.

Fino al 2012, nonostante le indicazioni comunitarie, in Italia non era presente alcuna Autorità Anticorruzione.

In attuazione dell'art.6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione⁴ e degli artt. 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione⁵, la Legge 6 novembre 2012 n.190, cd. "legge anticorruzione"

⁴ Art. 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione -
ORGANO OD ORGANI DI PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE:

1. Ciascuno Stato Parte assicura, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, l'esistenza di uno o più organi, secondo quanto necessario, incaricati di prevenire la corruzione mediante mezzi quali: a) l'applicazione delle politiche di cui all'articolo 5 della presente Convenzione e, se necessario, la supervisione ed il coordinamento di tale applicazione; b) l'accrescimento e la diffusione delle conoscenze concernenti la prevenzione della corruzione.

2. Ogni Stato Parte, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, concede all'organo od agli organi di cui al paragrafo 1 del presente articolo, l'indipendenza necessaria a permettere loro di esercitare efficacemente le loro funzioni al riparo da ogni indebita influenza. Le risorse materiali ed il personale specializzato necessari, nonché la formazione di cui tale personale può aver bisogno per esercitare le sue funzioni, dovrebbero essere loro forniti.

3. Ciascuno Stato Parte comunica al Segretario Generale delle Nazioni Unite il nome e l'indirizzo dell'autorità o delle autorità suscettibili di aiutare altri Stati Parte a mettere a punto ed applicare misure specifiche di prevenzione della corruzione.

⁵ Artt. 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione: Art.20: AUTORITÀ SPECIALIZZATE - *Ciascuna Parte adotta le misure necessarie per garantire la specializzazione di persone o di enti nella lotta contro la corruzione. Questi devono disporre, nel rispetto dei principi fondamentali del sistema giuridico della Parte, dell'indipendenza necessaria per poter esercitare le loro funzioni efficacemente e liberi da qualsivoglia pressione illecita. Le Parti provvedono affinché il personale degli enti summenzionati disponga di una formazione e di risorse finanziarie adeguate all'esercizio delle loro funzioni. Art. 21 COOPERAZIONE TRA AUTORITÀ NAZIONALI: ciascuna Parte adotta le necessarie misure appropriate per garantire che le autorità pubbliche e i pubblici ufficiali cooperino, conformemente al diritto nazionale, con le autorità preposte alle indagini e al perseguimento dei reati penali: a. informando spontaneamente le autorità in questione, nei casi in cui vi siano motivi ragionevoli di ritenere che uno qualsiasi dei reati penali definiti in virtù degli articoli 2-14 sia stato commesso ; o b. fornendo, su richiesta, alle autorità in questione tutte le informazioni necessarie.*

individuava la CIVIT⁶ quale autorità nazionale anticorruzione aderendo sostanzialmente ai dettami delle richiamate convenzioni che prescrivevano agli stati il compito di elaborare, attuare e perseguire politiche efficaci di prevenzione della corruzione nonché di attuare e promuovere pratiche efficaci di prevenzione, dotandosi di sistemi di valutazione in grado di verificare periodicamente l'efficacia e l'adeguatezza delle stesse.

È stato evidenziato che *“la legge n. 190 del 2012 cerca di capovolgere l'impostazione innanzi tutto culturale, e poi giuridica, del contrasto alla corruzione, assumendo come centrale il momento della prevenzione. La legge, votata in parlamento quasi da tutti ma contrastata dai più, cerca in primo luogo di colmare i ritardi che, anche sul piano internazionale, l'Italia presentava: dalla convenzione di Merida, alle raccomandazioni del gruppo GRECO e dell'OCSE. E sarà la stessa OCSE a riconoscere nell'immediato Integrity Report il percorso virtuoso su cui si era finalmente incamminato il nostro Paese.”*⁷

Con la L.190/2012 le competenze in materia di prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nell'ambito della Pubblica Amministrazione venivano essenzialmente suddivise tra la CIVIT ed il Dipartimento della Funzione Pubblica.

⁶ La Commissione indipendente per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche, istituita con il decreto legislativo 150/2009 in attuazione della legge 15/2009. La commissione è entrata in funzione nel 2010.

⁷ F. PATRONI GRIFFI, prefazione al testo *L'Autorità Nazionale Anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, raccolta di scritti a cura di I. A. NICOTRA, Giappichelli ed. 2015.

La CIVIT ebbe l'incarico di indirizzare, coordinare e sovrintendere all'esercizio indipendente delle funzioni di valutazione, di garantire la trasparenza dei sistemi di valutazione e di assicurare la comparabilità e la visibilità degli indici di andamento gestionale⁸. Aveva il compito di analizzare le cause dei fattori della corruzione; di individuare gli interventi di prevenzione e di contrasto alla corruzione; di predisporre un'apposita relazione annuale al Parlamento sull'attività svolta e sull'efficacia delle disposizioni vigenti in materia.

La Commissione aveva, tra l'altro, funzioni consultive e poteri ispettivi quali ad esempio il potere di richiedere notizie, informazioni atti e documenti alle pubbliche amministrazioni.

Il Dipartimento della funzione pubblica⁹ era incaricato dell'esercizio della funzione di regolazione e del coordinamento dell'attuazione delle strategie di prevenzione e contrasto della corruzione e dell'illegalità nella PA.

L'evoluzione del quadro normativo andò avanti con il D.L. 90/2014 che, rivedendo il ruolo e le competenze della CIVIT l'ha trasformata individuandola quale fulcro di tutto il sistema di prevenzione della corruzione nell'ordinamento italiano¹⁰.

Con la legge anticorruzione la CIVIT viene rinominata ad "Autorità Nazionale Anticorruzione" (ANAC) e, nel giugno 2014 con il d.l. 23 giugno 2014 veniva

⁸ Cfr. art.13 D.lgs. 27 ottobre 2009, n.150.

⁹ Il Dipartimento della funzione pubblica è una struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri della Repubblica Italiana.

¹⁰ In tal senso M. P. SANTORO, *Il ruolo dell'ANAC nella prevenzione della corruzione*, in *Riflessioni in tema di lotta alla Corruzione*, a cura dell'Istituto di Studi Giuridici del Lazio "Arturo Carlo Jemolo", Carocci editore, 2017 pg.85.

soppressa l'allora Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici la cui organizzazione e funzioni confluirono nella nuova Autorità Nazionale Anti Corruzione.

La nascita dell'Autorità si inserisce quindi nel processo di riforma dell'amministrazione pubblica, processo che ha tra gli obiettivi principali il contenimento della spesa pubblica, la crescita economica, la lotta alla corruzione, la protezione sociale, il recupero dell'efficienza e della produttività anche attraverso la creazione e la diffusione della cultura della legalità e dell'imparzialità nella cura degli interessi pubblici.

Negli anni precedenti all'approvazione della legge anticorruzione la Corte dei Conti aveva più volte sottolineato come le denunce tendevano a diminuire e come il sentire comune era tendente ad una assuefazione al fenomeno e ad una vera e propria "cultura della corruzione"¹¹.

La legge anticorruzione ha cessato di interessarsi del fenomeno da un punto di vista esclusivamente penale e ha spostato il focus sull'aspetto della prevenzione amministrativa, fino ad allora molto sottovalutato.

¹¹ Nella *Relazione del procuratore generale della Corte dei Conti per l'anno giudiziario contabile 2011* si legge "In Italia, benché si sia posta particolare attenzione sugli illeciti della corruzione [...] attraverso dapprima l'istituzione di un alto commissariato (cessato nel 2008) e quindi di un Servizio Anticorruzione e trasparenza presso il dipartimento della Funzione Pubblica, (...) non sono stati raggiunti apprezzabili segni in controtendenza: dal 2004 al 2010 gli insufficienti dati raccolti dal Sistema di Indagini del Ministero dell'Interno segnano un leggerissimo trend discendente. Anche i positivi risultati connessi allo svolgimento di incisive ed estese indagini giudiziarie sono assolutamente temporanei ed effimeri, se non accompagnati da un adeguata politica di prevenzione che miri a cambiare il quadro di riferimento che ha reso possibile i comportamenti corruttivi (...) si nota una rimarchevole diminuzione delle denunce che potrebbe dar conto di una certa assuefazione al fenomeno verso una vera e propria "cultura della corruzione".

La corruzione venne, e tutt'ora è, considerata come un fattore capace di incidere sui sistemi economici, oltre che di governo e di amministrazione, pertanto gli strumenti di lotta alla corruzione, sono stati, negli ultimi decenni, informati all'esigenza di intervenire sugli effetti negativi della corruzione sull'economia. Osservavano infatti gli studiosi della materia che *“la sola repressione penale non ha fornito un adeguata risposta alle esigenze di legalità che nascono dal fenomeno corruttivo”*¹².

La legge 190/2012 ha introdotto il principio della necessaria compresenza di strumenti di prevenzione amministrativa e di istituti di repressione penale, il tutto anche alla luce della necessità che l'Italia rispettasse gli obblighi internazionali assunti negli anni precedenti.

A seguito dell'incorporazione dell'AVCP nell'ANAC, quest'ultima ha assunto nuove competenze. La funzione di prevenzione della corruzione assume quella *“primazia per molto tempo negata legata tradizionalmente a poteri insufficienti o condivisa con strutture governative.”*¹³

La nuova ANAC prende vita nel pieno della stagione della spending review e di revisione di spesa degli apparati pubblici¹⁴. Alla riunione delle risorse finanziarie, strumentali e umane in unico ruolo della ex Civit e dell'AVCP ha seguito una riduzione non inferiore al 20% del trattamento accessorio di

¹² G. LEOTTA, *Introduzione generale al fenomeno*, in *Riflessioni in tema di lotta alla Corruzione*, a cura dell'Istituto di Studi Giuridici del Lazio “Arturo Carlo Jemolo”, Carocci editore, 2017.

¹³ In tal senso F. DI CRISTINA - *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione* - Giornale di diritto amministrativo n.11/2014 - IPSOA pg.1025.

¹⁴ D.L. n.95/2012 cd “Decreto spending review”.

funzionari e dirigenti, nonché una riduzione di pari importo delle spese di funzionamento.

La nascita dell'ANAC si è inserita anche nella necessità ravvisata dal legislatore di svolgere una attività rinforzata di vigilanza sull'EXPO 2015 di Milano, evento che è stato oggetto di una stratificata legislazione speciale sin dal 2007¹⁵. Il grande interesse del legislatore sull'evento EXPO e la preoccupazione di possibili condotte illecite sono testimoniati dal fatto che la Legge di accorpamento della Civit con l'Anac demanda al Presidente dell'Autorità, tra l'altro, il potere di formulare proposte al Commissario unico delegato del governo e alla società Expo 2015 per la *“corretta gestione delle procedure d'appalto per la realizzazione dell'evento”*.

L'attenzione era testimoniata anche dalla circostanza che tra le misure relative all'esecuzione di opere pubbliche, servizi e forniture¹⁶ ben tre articoli furono dedicati all'esposizione universale. In particolare, per permettere al Presidente dell'ANAC di svolgere funzioni di alta sorveglianza, furono previste la

¹⁵ Con il D.P.C.M l'Expo 2015 veniva dichiarata “grande evento”. Tra le deroghe maggiormente rilevanti in tema di localizzazione e realizzazione di opere pubbliche, basti ricordare che i provvedimenti del commissario straordinario di governo (ordinanze nn.3900 e 3901 del 5 ottobre 2010, i cui effetti sono stati salvaguardati dal decreto-legge 15 maggio 2012 n.59, sostituiscono ad ogni effetto di legge accordi, pareri, intese, nulla osta, autorizzazioni e concessioni o atti e provvedimenti di competenza di organi statali, regionali, provinciali e comunali. Le opere necessarie per la realizzazione del sito espositivo, individuate con apposito provvedimento commissariale, potevano essere localizzate, approvate e dichiarate di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza anche se non incluse in atti di programmazione del comune di Milano e di altre amministrazioni interessate, con facoltà di deroga alla disciplina ordinaria.

¹⁶ Titolo III Capo II del d.l. 90/2014 artt. 30,33,34.

costituzione di un'unità operativa speciale¹⁷ e l'attribuzione allo stesso Presidente di poteri di verifica preventiva della legittimità degli atti di gara relativi a lavori, servizi e forniture connessi all'evento; di verifica degli obblighi di trasparenza e dell'adempimento di quelli contenuti nei protocolli di legalità predisposti dalla prefettura di Milano; di ispezione in loco ed accesso alla Banca dati Nazionale dei contratti pubblici e della Banca dati Nazionale unica della documentazione antimafia.

Ad una prima lettura, le disposizioni richiamate potrebbero apparire come una risposta urgente a situazioni di accertato malaffare dal notevole impatto mediatico, tuttavia le disposizioni relative alle funzioni di alta sorveglianza devono essere interpretate come la scelta del legislatore di istituire un perno intorno al quale costruire un modello di prevenzione per la realizzazione dei "grandi eventi" e per il controllo sui casi di accentramento di poteri normativi ed economici e delle deroghe alla contrattualistica pubblica.

Appariva evidente infatti che nel sistema economico attuale talvolta è necessaria una deroga alla legislazione in materia di contratti pubblici alla luce della necessità di celerità o di emergenza e che in tali casi fosse necessario creare un presidio di legalità e di controllo dell'azione amministrativa.

2. Ambito di applicazione della "legge anticorruzione"

La legge anticorruzione ha contribuito alla riorganizzazione della Pubblica Amministrazione, prevedendo che l'organo di indirizzo politico emani le direttive generali agli uffici attraverso l'approvazione del Piano triennale di

¹⁷ Istituita dal Presidente dell'Autorità con delibera n.101/2014 e composta a prevalenza da personale dell'Autorità anche in comando del personale della Guardia di Finanza.

prevenzione della corruzione (ptpc) e individuando in una nuova figura, “*il responsabile della prevenzione della corruzione*”, colui che è chiamato a svolgere attività di promozione del piano e attività di vigilanza sulla osservanza dello stesso.

La legge ha introdotto numerose regole di garanzia nei rapporti con i privati, come ad esempio il divieto di *revolving doors*, inteso come il divieto di passaggio di alti funzionari statali a ditte private, ha previsto norme di ispirazione anglosassone a tutela del cd. *Whistleblower* ossia il dipendente che denuncia fenomeni di corruzione nell’amministrazione, ha modificato la disciplina degli arbitrati e le regole in materia di appalti nonché previsto modifiche a diversi istituti del codice penale in materia di delitti contro la PA ed ha introdotto nuove ipotesi di reato come ad es. l’introduzione del “reato di corruzione per l’esercizio della funzione”.

La legge anticorruzione ha previsto che il legislatore, con successivi provvedimenti normativi di regolamentazione delegata, avrebbe sviluppato la regolazione di temi di grande rilievo.

In forza della delega vennero promulgati Il d.lgs.31 Dicembre 2012 n.235 – Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi; il dpr. n.62 del 2013 che ha introdotto nel sistema il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici; il d.lgs. 14 marzo 2013 n.33 che ha riordinato la disciplina sugli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle PA; il d.lgs. n.39 del

2013 che ha introdotto la regolamentazione in materia di inconferibilità ed incompatibilità di incarichi presso le PA.

Nonostante lo sforzo del legislatore, il quadro non era completo, l'apparato sanzionatorio veniva considerato ancora scarno e molte amministrazioni non rispettavano gli obblighi di adattamento alla nuova normativa.

Per far fronte a tali insufficienze il D.L. 90/14 ha conferito all'ANAC tutte le competenze in materia di anticorruzione e di vigilanza anche nel campo dei contratti pubblici.

Si è discusso sull'ambito di applicazione della normativa anticorruzione nata dalla legge 190/2012. L'art.2 del d.lgs.39/2013 e l'art.2bis del d.lgs. 33/13 (entrambi relativi all'ambito di applicazione dei decreti legislativi) individuano come destinatari di tale normativa le pubbliche amministrazioni di cui all'art. I, comma 2 del T.U. del pubblico impiego.

All'epoca di pubblicazione degli articoli richiamati ci si è posta la questione se il richiamo della parte I comma 2) del D. Lgs 165/2001 dovesse essere interpretato nel senso che tutti i soggetti tenuti all'applicazione del testo unico sul pubblico impiego rientrassero nell'ambito di applicazione delle predette norme secondo l'equazione pubblico impiego uguale pubblica amministrazione ovvero se il rinvio si riferisse esclusivamente all'elenco di enti ivi contenuto. In particolare, la questione si è posta in relazione ad alcuni enti quali, ad esempio, determinati collegi professionali che, seppure in astratto suscumbili nelle categorie individuate nell'elenco di cui al predetto articolo 1

co. II del d. Lgs. 165/2001, in virtù di espresse deroghe legislative non erano tenuti rispettare il testo unico sul pubblico impiego.¹⁸

Alla luce della disposizione il Consiglio di Stato ha risolto il dubbio interpretativo affermando che il richiamo all'articolo uno comma due del D.lgs. 165/2001 *“nulla ha a che vedere con l'applicazione della disciplina sul pubblico impiego”*, in quanto *“mediante la tecnica del richiamo alle pubbliche amministrazioni contenuta nel predetto art. 1 co. 2, la legge numero 190 del 2012 ha esercitato il riferimento a una elencazione normativa tendenzialmente esaustiva di tutte le possibili categorie di enti pubblici previsti nel nostro ordinamento”*¹⁹.

Pertanto alla luce dei chiarimenti forniti dalla giurisprudenza si è affermato il principio secondo cui la normativa anticorruzione trova applicazione nei confronti tutti gli enti pubblici non economici da considerarsi secondo la cd. *“concezione statica”* di ente pubblico secondo cui rientrano in tale categoria solo gli enti in possesso di tutti gli indici sintomatici della natura giuridica pubblica²⁰.

¹⁸ Sul punto P. CLARIZIA, *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa anticorruzione*, in *Riflessioni in tema di lotta alla Corruzione*, a cura dell'Istituto di Studi Giuridici del Lazio “Arturo Carlo Jemolo”, Carocci editore, 2017.

¹⁹ Così Tar Lazio, Roma, sez.III sentenze n. 11319/2015 e 11430/2015 e in senso medesimo Anac con orientamenti n.ri 80 e 81 del 2014 in relazione ai collegi e ordini professionali.

²⁰ Per individuare l'esatta portata della nozione di ente pubblico occorre evidenziare il dibattito dottrinale odierno nel quale predomina una *“concezione dinamica”* di ente pubblico, di derivazione europea, secondo la quale il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico non è sempre il medesimo, bensì muta a seconda del regime normativo che si applica ed in particolare a seconda della ratio sottesa alla disciplina. Secondo tale concezione ciò che in relazione a determinate normative è configurabile come ente pubblico, può non esserlo rispetto all'applicazione di altri istituti che danno rilievo a

L'ANAC, con orientamenti n.ri 15,16 e 17, 23 e 52 del 2015 ha evidenziato che il richiamo agli enti pubblici va inteso nel senso che vi rientrano anche gli enti pubblici economici quali ad esempio le aziende speciali consortili per la gestione delle aree naturali protette, i consorzi industriali e consorzi di bonifica. Una diversa interpretazione sarebbe infatti illogica in quanto escluderebbe dall'ambito di applicazione della normativa anticorruzione gli enti pubblici economici nonostante che, per la natura delle funzioni svolte, anche tali soggetti sono esposti ai medesimi se non maggiori rischi che il legislatore ha inteso prevenire.

--

diversi dati funzionali o sostanziali. A tale concezione si oppone la tradizionale accezione formale o statica secondo la quale sono sussumibili nella categoria degli enti pubblici solo i soggetti in possesso degli indici sintomatici della natura giuridica pubblica. in base a tale ultima teoria l'ente pubblico, deve manifestarsi quale organo strumentale rispetto alla PA che lo ha "creato" e soggetto alla sua potestà amministrativa (v. Cass. n. 16600/07 " premesso che la natura pubblica dell'ente che concorre a formare un nuovo ente non è sufficiente ad attribuire natura pubblicistica a quest'ultimo (Cass. S.U. n. 11541/93) e che d'altra parte non rileva, per escludere la natura privata, che esso persegua finalità non di lucro (Cass. SU n.5812/85), i caratteri distintivi dell'ente sono da rinvenirsi, più che nei fini di pubblico interesse, nel regime giuridico che li contraddistingue e nell'inserimento istituzionale delle persone giuridiche pubbliche nell'organizzazione della PA come organismi ausiliari per il raggiungimento di finalità di interesse generale (C.d.S. n. 836/95; C.d.S. n. 1666/89) con conseguente assoggettamento ad un sistema di controlli di un certo grado di intensità, nonché di ingerenza nella gestione dell'ente (Cass. S.U. n. 4212/82)". Pertanto tali indici sintomatici possono essere individuate in a) dal punto di vista teleologico, nelle finalità di pubblico interesse perseguite dall'ente; b) dal punto di vista genetico, nell'essere stato costituito l'ente per volontà di Stato, Regioni o di altri Enti pubblici; c) la sottoposizione dell'ente a poteri di ingerenza, di vigilanza, di controllo da parte di Stato, Regioni o altri enti pubblici; d) finanziamento pubblico.

3. Autorità Indipendenti e Autorità Nazionale Anticorruzione

Negli Stati Uniti, all'inizio del '900 le critiche crescenti contro la corruzione e la degenerazione della politica e delle istituzioni condussero ad un *“ossequio, quasi fideistico, verso l'indipendenza delle agenzie amministrative, intese come determinante riparo da quella patologia”*²¹.

In Italia, alla fine del secolo, dopo una fase di incertezza e sotto la spinta di istanze riformatrici della vita politica che, a causa di un'influenza pervasiva dei partiti, aveva subito un profondo deterioramento ed un'occupazione della struttura amministrativa da parte degli stessi che tendeva a vanificare il principio di separazione dei poteri fra legislativo ed esecutivo, nacquero nuove entità amministrative, libere da legami politici che ne potessero condizionare l'operato. A riguardo si è parlato di Autorità Indipendenti ad alto tasso di imparzialità o di amministrazioni soggette esclusivamente alla legge²².

Negli ultimi anni, quantomeno nella funzione di regolamentazione e tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, ha prevalso la necessità di avere soggetti pubblici indipendenti ed autonomi da condizionamenti partitici rispetto al paradigma della responsabilità politica.

Nel corso degli anni '90 nel panorama legislativo italiano si è andata sempre maggiormente diffondendo la creazione di autorità indipendenti sul modello

²¹ D'ALBERTI, *Autorità Indipendenti* in Enc. Giuridica Treccani 1995.

²² Le amministrazioni indipendenti in Italia furono analizzate per la prima volta dalla Commissione per la modernizzazione delle istituzioni (cd. Commissione Piga) nella Relazione sulla riforma dell'Amministrazione centrale presentata il 18 giugno 1995. Dette amministrazioni, definite atipiche, venivano individuate nella Consob, nell'Isvap e nel Garante dell'editoria.

delle *Authorities* anglosassoni²³ o delle *Autorités* francesi o ancora delle *Independent Commissions* nordamericane o, infine, dei *Ministertiallfrein Raume* elaborati dalla dottrina tedesca.

Dalla nascita delle prime autorità deputate alla regolazione e protezione dei diritti costituzionalmente garantiti le nuove autorità degli anni 90 si concentrano sul controllo dei mercati. Nascono infatti l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici²⁴, l'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato, l'Autorità per i servizi di pubblica utilità.

Il primo riferimento legislativo a garanzia dell'indipendenza reale delle Autorità Indipendenti rispetto al potere politico lo si ha nella L. Bassanini Uno, legge n.59/97, che espressamente ha escluso dal conferimento di funzioni e compiti dallo stato alle Regioni e agli Enti Locali *“il compito di regolazione e controllo già attribuito con legge statale ad apposite autorità indipendenti”*²⁵. Le nuove Autorità sono caratterizzate da una indipendenza dal Governo, e, come detto, dal potere politico. Indipendenza che precedentemente era riservata solo, o per lo più, ad organi giurisdizionali. L'indipendenza di tali organi venne considerata come una *“novità assoluta nel nostro ordinamento, che pone definitivamente termine alla tradizione accentratrice ed al modello piramidale ereditato dallo stato cavouriano”*²⁶.

²³ Quangos: Quasi autonomus non Government Organizations

²⁴ Le cui competenze, con legge n.62/2005 furono estese anche ai servizi e forniture

²⁵ Art.2, comma 4, della Legge 15 marzo 1997 n.59.

²⁶ Cfr. F. CARINGELLA in *Corso di Diritto Amministrativo - Profili sostanziali e processuali*, V ed. Giuffrè editore.

Gli studiosi del fenomeno delle Autorità Indipendenti hanno precisato che dette autorità “*non sono un istituto, ma un fenomeno giuridico*”²⁷, le stesse infatti non nascono da un preciso disegno del legislatore in esecuzione di un dato modello quanto piuttosto sono istituzioni concepite sulla spinta di un’esigenza di autonomia ed imparzialità. Non è presente nell’ordinamento una legge che disciplini aspetti comuni delle autorità indipendenti o che le definisca come tali e per tale ragione è impossibile individuare in modo puntuale caratteristiche comuni in senso assoluto a tutte le autorità.

È stato evidenziato che “*i tentativi di ricostruire una categoria omogenea assumono consistenza certa solo quando operano in via negativa, ossia rimarcano che non sono organi dell’amministrazione statale, non sono strutture del Parlamento, non sono giudici*”²⁸.

Si è percepito che la gestione dei settori sensibili, coinvolgenti la tutela di interessi di particolare rilevanza costituzionale, necessita dell’apporto tecnicamente qualificato di organismi di garanzia indipendenti “*muniti cioè di una peculiare posizione di terzietà, di rincarata imparzialità, di neutralità, d’indifferenza rispetto agli interessi stessi*”²⁹.

²⁷ G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia* in Riv. trim. dir. Pubbl, 1997, 645 ss.

²⁸ F. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità Amministrative indipendenti*, in Dir.Amm. n.1/1966, 1 ss. citato in *Corso di diritto amministrativo: profili sostanziali e processuali*, a cura di F. CARINGELLA, Giuffrè editore ed. VI, Volume 1, pg. 1092.

²⁹ Così F. LONGO, *Ragioni e modalità dell’istituzione delle autorità indipendenti* in CASSESE-FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna 1996 13V.

Le principali caratteristiche delle Autorità indipendenti sono quindi rinvenibili nella terzietà rispetto al potere politico, intesa come indipendenza vera e propria, e l'elevato tasso di tecnicismo e conoscenza del settore di interesse dell'autorità da parte del suo staff, anche quest'ultimo indipendente dal potere politico.

C'è chi ha intravisto, nella nascita delle Authorities, una confessione di impotenza nel Parlamento che, nel dar vita alle singole Autorità, avrebbe ammesso la propria impotenza e riconosciuto la propria incapacità a disciplinare la materia e l'impossibilità da parte degli apparati ministeriali e del plesso giudiziario a dare risposta alla sete di regolazione del settore.³⁰

Tuttavia sono emersi dubbi in ordine alla copertura ed alla compatibilità costituzionale di tale fenomenologia, la quale, distaccandosi dagli organi classici, assolve a funzioni paragiurisdizionali in un'ottica di pura neutralità, non ispirata alla cura degli interessi pubblici ma alla necessità di garantire il rispetto delle regole e senza dover rispondere al Governo del loro operato essendo, come detto, le Autorità, del tutto esenti da controlli ed interferenze da parte dello stesso.

L'Anac, a differenza della maggior parte delle altre autorità indipendenti, ha subito una stratificazione normativa che ha origine molto remota e solo nel 2014, con il d.l. 90/2014 ha assunto la veste di Autorità Amministrativa Indipendente.

³⁰ F. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Amm.* 1/96, 4.

Dopo aver ripercorso, seppur brevemente, la nascita dell'autorità fino all'accorpamento nella stessa dei poteri della CIVIT e dell'AVCP, si può rinvenire in tale accorpamento il “salto di qualità sul piano strutturale”³¹ avvenuto in favore dell'ANAC, che l'ha resa autonoma e indipendente dal Governo, attraverso la modifica della sua composizione. Essa infatti oggi è composta da un Presidente dotato di poteri monocratici in materia di misure di straordinaria e temporanea gestione delle imprese per fatti corruttivi ex. Art.32 della L. n.90/2014 e da quattro componenti scelti *“tra esperti di elevata professionalità, anche estranei all'amministrazione, con comprovate competenze”* e, in maniera del tutto innovativa rispetto al passato, anche tra *“soggetti di notoria indipendenza e comprovata esperienza in materia di contrasto alla corruzione”*.

Il procedimento di nomina è differenziato per il Presidente e per i componenti; il primo viene nominato su proposta del Ministro per la pubblica Amministrazione e la semplificazione di concerto con il ministro della Giustizia e il Ministro dell'interno; i componenti sono nominati su proposta del solo Ministro per la Pubblica Amministrazione, le proposte sono presentate dal Ministro al Consiglio dei Ministri che deve deliberarne in senso favorevole previo parere favorevole delle Commissioni Parlamentari competenti. La delibera di approvazione viene poi trasfusa nel Decreto del Presidente della Repubblica che formalizza in ultimo la nomina.

³¹ S. STICCHI DAMIANI, *i nuovi poteri della Autorità Anticorruzione*, in *Libro dell'anno del Diritto 2015*, Roma, 2015.

Al procedimento, quindi, partecipano sia organi del Governo in sede di proposta ed approvazione, sia organi del Parlamento in sede consultiva per il tramite delle competenti commissioni parlamentari.

Le Autorità Indipendenti, caratterizzate, anche nella definizione, da un elevato tasso di indipendenza dal potere governativo, si differenziano tra di loro in autorità cd. “tendenzialmente governative” ed “autorità indipendenti pure”.

Nella nomina delle alte cariche dell’AGCM, ad esempio, non vi è interferenza governativa e pertanto si può parlare di indipendenza pura mentre per altre Autorità come l’ANAC, la Consob e l’Isvap vi è l’intromissione del potere esecutivo.

Parte della dottrina ha rilevato che l’intromissione del governo nel procedimento di nomina delle alte cariche dell’ANAC sarebbe bilanciata dal controllo da parte del Parlamento per mezzo dei pareri in sede consultiva, da quello svolto dal Presidente della Repubblica in sede di formalizzazione della nomina, ma soprattutto dal fatto che il mandato ha una durata di sei anni che tende a “scavalcare” la durata della legislatura e insieme al divieto di rielezione costituisce una garanzia dai possibili condizionamenti da parte del potere politico.

La definitiva qualifica di Autorità Indipendente è stata raggiunta dall’ANAC per mezzo del D.l. 90/2014 che le ha conferito, colmando una lacuna funzionale, poteri di natura sanzionatoria.

Dal 2014 all’ANAC furono attribuite tutte le competenze in materia di corruzione per mezzo della funzione di prevenzione, di vigilanza, di regolazione e controllo.

È stato evidenziato che, proprio in virtù dell'essere l'unico soggetto che governa il settore dell'anticorruzione, l'ANAC sarebbe “*un prototipo del tutto nuovo di Authority*” in possesso di profili atipici rispetto alle altre Autorità, stante l'attribuzione alla stessa di poteri normalmente non riscontrabili in altre, poteri che possono riassumersi nel riconoscimento in capo alla stessa del ruolo centrale nel settore della lotta alla corruzione, potere che è, normalmente, tipico della responsabilità politico-governativa³².

La dottrina ha altresì evidenziato che, essendo l'ANAC l'unica Autorità di *governance* del settore, la funzione di vigilanza da essa svolta non può considerarsi limitata all'attività di controllo esercitata sui “vigilati” ma piuttosto andrebbe considerata come una macro funzione omnicomprensiva all'interno della quale ricondurre tutte le altre riconosciute all'Autorità³³.

Una lettura costituzionalmente orientata dell'attribuzione in capo all'Autorità di cotante funzioni, secondo parte della dottrina, sarebbe rinvenibile negli artt.97, 98 e 3 della Costituzione. La riconduzione di tutte le attività di contrasto alla corruzione in capo ad un'unica Autorità sposa in maniera ottimale con il parametro del buon andamento e della imparzialità della PA, il principio di imparzialità di cui all'art.98 tende a garantire l'esclusivo perseguimento

³² In tal senso S. PIPERATA, *l'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione vigilanza e politiche di prevenzione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano 2017.

³³ M.L. Chimenti, *il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel nuovo codice degli appalti*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit. L. TORCHIA in *la nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori speciali* Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su “*La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*”, Varenna 17-19 settembre 2015, in www.giustizia-amministrativa.it, p. 5..

dell'interesse pubblico da parte dei funzionari e, inoltre, il parametro dell'art.3 della Costituzione può essere invocato al fine di individuare l'Autorità Indipendente come soggetto atto ad eliminare le cause di diseguaglianza dovute ai fenomeni corruttivi all'interno della P.A.-.

Le competenze e le funzioni dell'Autorità andrebbero dunque interpretate come strumenti di garanzia di un macro settore di rilevanza costituzionale che è quello della legalità della Pubblica Amministrazione.³⁴

4. L'evoluzione delle Autorità in materia di contratti pubblici

4.1 L'AVLP nel sistema delineato dalla Legge Merloni

Nell'ordinamento italiano l'intera disciplina dell'affidamento e dell'esecuzione dei lavori pubblici è stata oggetto di una prima vera e propria "revisione" ad opera della legge 11 febbraio 1994, n. 109, "*Legge quadro in materia di lavori pubblici*".

La legge n. 109 del 1994 nota come Legge Merloni, dal nome dell'Onorevole Francesco Merloni, Ministro dei lavori pubblici durante il Governo Ciampi, ha innovato la disciplina degli appalti di lavori pubblici, ridefinito istituti e procedure e delineato un nuovo assetto dei compiti e delle responsabilità all'interno della pubblica amministrazione.

La legge Merloni trova il proprio spunto dalla crisi di Tangentopoli, scoppiata circa due anni prima per l'inchiesta "Mani pulite", avviata dalla procura di Milano, che aveva portato alla luce la necessità per il legislatore di intervenire

³⁴ Sul punto E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire e giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in Giorn. Dir. amm, 2016, n.4, p.500.

nella materia della contrattualistica pubblica con norme di assoluto rigore, tendenti a limitare ogni margine di discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Il termine Tangentopoli, coniato in Italia nel 1992, venne ed è tutt'ora utilizzato per definire un sistema diffuso di corruzione politica.

Il periodo di Tangentopoli inizia a Milano il 17 febbraio del 1992 con l'arresto di M. Chiesa, all'epoca presidente del Pio Albergo Trivulzio, ospedale milanese, quando venne colto in flagrante mentre accettava una tangente di sette milioni di lire dall'imprenditore Luca Magni, che gestiva una società di pulizie con l'intento di assicurarsi la vittoria nell'appalto per le pulizie dell'ospizio. Quello di Chiesa fu il primo di una serie di arresti di imprenditori e uomini politici provenienti da quasi tutti i partiti di governo, inquisiti per reati di concussione, corruzione, ricettazione, associazione a delinquere e violazione della legge sul finanziamento pubblico dei partiti. Man mano che le indagini procedevano venne scoperto un utilizzo sistematico di tangenti nell'aggiudicazione e gestione di appalti pubblici relativi a opere infrastrutturali, istituti penitenziari ed enti pubblici di varia natura. Il termine Tangentopoli divenne dunque sinonimo di "corruzione" nel senso di scambio di denaro privato per accesso privilegiato alle decisioni della pubblica amministrazione.

Dai primi anni novanta si iniziò, a livello sociale, ad intendere la corruzione non solo come riferita alla stretta nozione penalistica del fatto o come comportamenti corruttivi in senso stretto ma come *mala gestio* della res

pubblica, intesa quale fenomeno comprendente comportamenti opachi, abusivi, sprechi e gestione interessata o distorta delle risorse e dei beni pubblici³⁵.

Fino a quel momento il mercato dei lavori pubblici era caratterizzato da un'ampia flessibilità, il mondo della progettazione era marginale o inesistente, la discrezionalità della amministrazione nella scelta del contraente non era vincolata al criterio dell'offerta più bassa.

In tale quadro sociale si inseriva la legge Merloni disegnando un sistema di disciplina della contrattualistica pubblica molto rigido in cui alla Pubblica Amministrazione furono ridotti al massimo i margini di discrezionalità circa la scelta del contraente³⁶.

Uno degli obiettivi perseguiti con la Legge Merloni è stato quello di riorganizzare l'intera disciplina del settore degli appalti di opere pubbliche sulla base di principi uniformi e ridurre i margini di incertezza normativa determinati dalla eccessiva proliferazione e dallo sviluppo diacronico delle fonti normative.

Prima dell'approvazione della legge quadro, la disciplina in materia di aggiudicazione ed esecuzione dei lavori pubblici risultava frammentata in numerose disposizioni legislative e regolamentari, alcune di carattere generale, applicabili a tutte le tipologie di lavori, altre di carattere speciale, in quanto riferite a particolari interventi ovvero a determinati soggetti appaltanti.

³⁵ In tal senso GIUSEPPE LEOTTA, *Introduzione generale al fenomeno in Riflessioni in tema di lotta alla Corruzione*, a cura dell'Istituto di Studi Giuridici del Lazio "Arturo Carlo Jemolo", Carocci editore, 2017.

³⁶ Basti considerare che la legge Merloni impose come criterio di aggiudicazione delle procedure ad evidenza pubblica quello del "prezzo più basso", criterio che per natura non consente all'amministrazione alcun margine di discrezionalità nella valutazione delle offerte.

L'ordinamento di settore, inoltre, era reso ancora più complesso dalla compresenza di una pluralità di livelli di produzione normativa e dalle difficili modalità di raccordo tra normativa comunitaria, statale e regionale. Alla normativa statale andavano infatti ad aggiungersi le numerose leggi approvate dalle regioni, sia a statuto ordinario che a statuto speciale, nell'ambito della potestà legislativa riconosciuta nella materia dei lavori pubblici di interesse regionale.

La legge Merloni enuncia indirizzi e principi uniformi ai quali si ispira l'attività amministrativa nel settore degli appalti e definisce una nuova disciplina della materia, estesa all'intero ciclo di realizzazione delle opere pubbliche, dalla programmazione, alla progettazione, all'affidamento, all'esecuzione dei lavori. La legge tende inoltre a porsi come fonte di carattere generale e, per evitare che successive normative possano compromettere, attraverso deroghe o modifiche implicite, la certezza del quadro legislativo, dispone ai sensi dell'art. 1) comma IV) che eventuali deroghe, modifiche o abrogazioni delle norme in essa contenute potranno essere disposte solo per dichiarazione espressa con specifico riferimento a singole disposizioni della legge medesima³⁷. Va evidenziata l'ampiezza dell'ambito di applicazione sia oggettivo che soggettivo della Legge Merloni, veniva infatti resa omogenea la disciplina applicabile agli appalti di opere pubbliche, in precedenza differenziata, per quanto attiene alle procedure di affidamento, a seconda dell'importo dei lavori.

³⁷ Art 1 comma 4 legge n. 109/1994: *“Le norme della presente legge non possono essere derogate, modificate o abrogate se non per dichiarazione espressa con specifico riferimento a singole disposizioni”*.

La legge aveva come obbiettivo il riordino del complessivo quadro normativo, a tal fine era prevista un'ampia delegificazione nel settore dei lavori pubblici, dettando norme regolatrici della materia e riservando al Governo la regolamentazione di vasti ambiti di intervento normativo.

L'art. 3 disponeva infatti che, nell'esercizio della potestà regolamentare ad esso attribuita, il Governo avrebbe dovuto adottare entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge, un regolamento contenente la completa disciplina dei diversi istituti ad integrazione delle norme regolatrici e dei principi enunciati dalla legge quadro.

La legge Merloni insieme alla normativa di elaborazione governativa costituiva pertanto un complesso normativo organico al quale era stata ricondotta tutta la normativa di settore abrogando gli atti normativi in vigore che disciplinavano la medesima materia ad eccezione delle norme sulla legislazione antimafia.

Le problematiche maggiori rilevabili consistevano nell'eccessiva rigidità che caratterizzava la stessa legge Merloni, una rigidità in aperto contrasto la eccessiva ed opposta flessibilità che aveva fino a quel momento governato il mercato dei lavori pubblici. In precedenza il mondo della progettazione era marginale o inesistente, la discrezionalità della amministrazione nella scelta del contraente era vincolata al criterio dell'offerta più bassa e le pubbliche amministrazioni erano debolissime e in certi casi conniventi.

La nuova disciplina dettata dalla legge quadro ebbe l'effetto di spostare l'equilibrio tra flessibilità e rigore a favore di quest'ultimo, generato da una

totale sfiducia del sistema, delle stazioni appaltanti nonché delle imprese, ma diede vita ad un rallentamento dell'intero settore.

La legge Merloni si inseriva - oltre che nel contesto storico nazionale delineato nelle righe precedenti - nel processo di integrazione europea. Il legislatore nazionale, nel disciplinare lo svolgimento delle procedure per l'affidamento di contratti di appalto, si è trovato nella necessità di dover tener conto ed adeguarsi ai principi cardine della comunità ed ha introdotto nella legislazione nazionale norme coerenti con l'obiettivo dell'abbattimento delle frontiere e della libera circolazione di merci, dei servizi, dei lavoratori, del capitale e di libertà di stabilimento delle imprese oltreché disposizioni atte a consentire, a tutela del principio della concorrenza, la più ampia partecipazione alle gare di appalto.

Sino al 1994, l'adeguamento della legislazione nazionale ai principi europei ed alle disposizioni delle direttive è avvenuto con interventi non organici. Tra le leggi promulgate sino ad allora con riguardo alla disciplina degli affidamenti pubblici, pare opportuno segnalare la Legge 584/1977³⁸ - *“Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea”*, che introdusse nell'ordinamento italiano il principio in virtù del quale andava consentita la partecipazione alle gare nazionali delle imprese degli altri Stati della comunità, e fu prevista la possibilità per i concorrenti di partecipare alle gare anche in raggruppamento temporaneo di imprese.³⁹

³⁹ Articolo 20: *“Sono ammesse a presentare offerte per gli appalti di cui alla presente legge, nonché per appalti in genere di opere pubbliche eseguite a cura delle amministrazioni e degli enti pubblici, dei loro concessionari o da cooperative o consorzi ammessi a contributo o*

La Legge Merloni ed il relativo regolamento di attuazione, emanato con il DPR 554/1999, hanno operato una revisione ed un riordino dell'intera disciplina dell'affidamento e dell'esecuzione dei *lavori pubblici* sulla spinta dei principi sanciti a livello comunitario e, come detto, della necessità per il legislatore nazionale di una riduzione dei margini di “*incertezza normativa*”, determinati dall'eccessiva proliferazione e dallo sviluppo diacronico delle fonti normative⁴⁰.

Come innanzi ricordato, fino all'approvazione della “*legge Merloni*”, la disciplina in materia di aggiudicazione ed esecuzione dei lavori pubblici risultava frammentata in numerose disposizioni legislative e regolamentari, alcune di carattere generale, altre di carattere speciale. L'eccessiva stratificazione di fonti, introdotte nel corso di più di un secolo di produzione normativa, aveva generato numerose difficoltà interpretative ed applicative aggravate dallo scarso coordinamento delle norme adottate⁴¹.

In tale contesto la legge Merloni si presentava come soluzione per il riordino del complessivo quadro normativo in materia di contratti pubblici, proponendosi il fine di dare attuazione alle direttive comunitarie *medio tempore* intervenute.

concorso finanziario dello Stato o di enti pubblici, imprese riunite che abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, qualificata capogruppo, la quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e delle mandanti, nonché consorzi di cooperative di produzione e di lavoro regolati dalla legge 25 giugno 1909, numero 422, e dal regio decreto 12 febbraio 1911, n. 278 e successive modificazioni e integrazioni.

⁴⁰ P.BONACCI, *Il riordino normativo nel settore degli appalti di opere pubbliche*, Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari. - 1995, n. 1-3, p. 253-269.

⁴¹ Cfr. nota n. 39

Con l'adozione della legge Merloni, che ha consentito il riassetto del quadro normativo vigente, sono stati pertanto individuati i principi cardine nel settore degli appalti ed è stata stabilita una disciplina unitaria relativa all'intero ciclo di realizzazione delle opere pubbliche.

Una delle più rilevanti innovazioni apportate nel settore degli appalti di opere pubbliche dalla Legge Merloni è stata l'istituzione dell'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici. L'Autorità venne immaginata dal legislatore nazionale come misura atta a superare le disfunzioni connesse alla diffusione dei comportamenti illeciti emersi con Tangentopoli.

L'idea del legislatore di creare un'Autorità di vigilanza nel settore dei lavori pubblici ha avuto due ispirazioni, l'una di matrice interna e l'altra di matrice comunitaria. Dal fronte europeo era pervenuta una decisa sollecitazione in tal senso, poi esplicitamente tradotta soprattutto in una Comunicazione della Commissione Europea: il Libro Verde su "gli appalti pubblici nell'unione Europea" del 27 novembre 1996 nella quale gli stati membri furono invitati a istituire Autorità Nazionali specializzate nel settore dei lavori pubblici, indipendenti dalle stazioni appaltanti, che potessero assicurare la conformità al diritto comunitario dei comportamenti degli operatori, attraverso la risoluzione dei dubbi interpretativi più gravi e dei problemi di accesso al mercato^{42,43}.

⁴² In tal senso R. GAROFOLI - G. FERRARI *Codice degli Appalti Pubblici*, V ed. commento all'art.6, Nel Diritto ed., Roma 2012.

⁴³ Il LIBRO VERDE, adottato dalla commissione europea con Comunicazione del 27 Novembre 1996, su proposta del Commissario M. Monti, con riguardo alle AAI di regolazione, afferma ai punti 3.44 e 3.45 che:

"3.44 Autorità di questo tipo per essere efficaci (ed essere riconosciute come tali) dovrebbero godere di una reale indipendenza ed avere il potere di costringere gli organismi acquirenti a

L'art.4 della l.n.109/94 definisce l'Autorità come “organismo indipendente”⁴⁴ chiamato a garantire, attraverso la vigilanza sul sistema degli appalti di lavori pubblici, l'osservanza dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure

correggere gli errori commessi in sede di applicazione delle procedure sugli appalti. Tuttavia il loro eventuale contributo non dovrebbe essere valutato, inizialmente, in termini di errori individuati quanto piuttosto in termini di miglioramenti apportati per garantire un più corretto funzionamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti. Tali autorità potrebbero svolgere un ruolo di prim'ordine per migliorare i sistemi di aggiudicazione: potrebbero fornire utili consigli agli organismi acquirenti, verificare le prassi d'aggiudicazione degli appalti sotto il profilo dell'efficacia ed avere la conferma che esiste un sistema di dichiarazioni obbligatorie che consentano agli Stati membri di fornire alla Commissione tutti i dati statistici necessari. Potrebbe anche essere utile prevedere uno scambio regolare di informazioni fra organismi analoghi. In tal modo si costituirebbe una rete amministrativa permanente fra gli Stati membri. La creazione di siffatte autorità non può nuocere all'attuale sistema di ripartizione dei poteri, si tratti di quelli della Commissione, custode del Trattato, o di quelli dei giudici nazionali incaricati, in particolare in virtù delle direttive "Ricorsi", di tutelare i diritti delle imprese. Ogni eventuale conflitto tra la Commissione e le predette autorità dovrebbe essere risolto dalla Corte di giustizia la quale, ai sensi dell'articolo 164 del trattato CE, assicura l'interpretazione uniforme e corretta applicazione del diritto comunitario.

3.45: La Commissione invita gli Stati membri a prendere in considerazione la creazione o l'individuazione di un'autorità indipendente di questo tipo. A suo avviso in alcuni casi tale funzione potrebbe essere svolta da organismi già esistenti. I compiti da svolgere potrebbero infatti figurare tra le funzioni assolve dalla Corte dei conti dello Stato membro o da un'autorità equivalente che goda di un'indipendenza effettiva ed incontestabile. La Commissione presterà una particolare attenzione alle reazioni di tutte le parti interessate in merito all'idea di designare autorità nazionali indipendenti per gli appalti pubblici. Essa invita tutti gli Stati membri interessati a mettere a punto un progetto pilota per verificare la fattibilità del sistema.”

⁴⁴ Art.4 comma 2 Legge Merloni: “L'Autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione ed è organo collegiale costituito da cinque membri nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. I membri dell'Autorità, al fine di garantire la pluralità delle esperienze e delle conoscenze, sono scelti tra personalità che operano in settori tecnici, economici e giuridici con riconosciuta professionalità. L'Autorità sceglie il presidente tra i propri componenti e stabilisce le norme sul proprio funzionamento”.

di scelta del contraente e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra operatori economici ⁴⁵ .

L'Autorità assumeva, pertanto, un ruolo centrale nella funzione di vigilanza "successiva" sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare in materia di appalti di lavori pubblici, sull'economicità dell'esecuzione dei lavori pubblici e sul sistema di qualificazione delle imprese esecutrici dei lavori. Possedeva poteri di controllo e di indagine nei confronti degli operatori economici, nonché di tipo ispettivo e sanzionatorio e compiti di segnalazione e denuncia. All'Autorità era stato demandato il compito di vigilare affinché l'attività amministrativa in materia di opere pubbliche garantisse, così come previsto dall'articolo 1 della legge stessa *"la qualità"* di tali opere e che si svolgesse secondo *"criteri di efficienza ed efficacia"* e *"procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori"*.

Al fine di garantire il conseguimento degli obiettivi di cui all'articolo 1, il legislatore introdusse il sistema di "qualificazione" degli esecutori dei lavori pubblici i quali erano tenuti a improntare la loro attività ai principi di *"qualità, della professionalità e della correttezza"*. Tale legge ha demandato ad un apposito regolamento l'introduzione⁴⁶ di *"un sistema di qualificazione unico per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo dei lavori pubblici di importo*

⁴⁵ In tal senso R. GAROFOLI - G. FERRARI in *"la nuova disciplina dei contratti pubblici"*, II ed.2017/2018, Nel Diritto ed. Roma.

⁴⁶ Regolamento emanato con il DPR 34/2000.

superiore a 150.000,00 euro, articolato in rapporto alle tipologie ed all'importo dei lavori stessi".

Il sistema di qualificazione, attuato dalle SOA organismi di diritto privato è tuttora vigente⁴⁷.

Relativamente ai soggetti ammessi alle gare la legge Merloni ha aperto le porte ai “consorzi stabili” inserendoli tra i soggetti giuridici ammessi a partecipare alle procedure.

4.2 Le Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE: il recepimento in Italia mediante l'adozione del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e del DPR 207/2010 – dall'AVLP all'AVCP

Nel 2004, il legislatore europeo ha riorganizzato il quadro normativo in materia di appalti semplificando l'intero *corpus* normativo mediante l'emanazione delle direttive n.ri 2004/17/CE e 2004/18/CE .

La direttiva 18/2004/CE ha unificato in un unico testo le procedure di aggiudicazione dei contratti di appalti di lavori, forniture e servizi nei settori ordinari.

La direttiva 17/2004/CE ha innovato la disciplina relativa all'aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture nei settori “*speciali*” (acqua, energia, trasporti e servizi postali).

Le Direttive del 2004 sono state recepite dall'ordinamento italiano nel Decreto Legislativo di aprile 2006 n.163 c.d. “*codice dei contratti pubblici*”.

⁴⁷ Sino alla istituzione delle SOA vigeva l'albo nazionale dei costruttori -ANC- attuato dal Ministero dei Lavori Pubblici.

Il codice sostituisce la legge Merloni del 1994 ed i decreti legislativi 157/95 e 158/95 che disciplinavano gli appalti di servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali.

Si è giunti così all'adozione di un unico testo comprensivo della disciplina relativa agli appalti di importo superiore alle soglie comunitarie, di quelli di importo inferiore alle soglie comunitarie, affidati non solo dalle pubbliche amministrazioni in senso stretto ma anche da soggetti che pur non essendo ascrivibili a tale categoria, in considerazione del settore operativo di riferimento o della loro natura, erano tenuti ad applicare, in tutto o in parte, le disposizioni del codice dei contratti pubblici per la scelta del contraente. Pertanto, erano tenuti ad applicare, in tutto o in parte, le disposizioni di cui al D.lgs. 163/2006, non solo le pubbliche amministrazioni (Stato, Regioni;enti locali, enti pubblici non economici), ma anche soggetti diversi dalle Pubbliche Amministrazioni in senso stretto quali: 1) gli organismi di diritto pubblico (ad esempio l'ANAS S.p.A.); 2) società con capitale pubblico anche non maggioritario che operano ai fini della produzione dei beni e servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza; 3) soggetti privati concessionari di lavori pubblici e servizi pubblici; 4) i soggetti privati che operavano nei settori speciali, (gas, energia termica, elettricità, acqua, servizi di trasporto, servizi postali, carbone ed altri combustibili solidi, porti ed aeroporti, etc.) in virtù di diritti speciali ed esclusivi.

L'obbligo per i soggetti privati operanti nei settori speciali di applicare procedure ad evidenza pubblica, ovvero per i contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie, procedure coerenti con i principi dettati dal trattato

istitutivo della Comunità Europea a tutela della concorrenza, trovava e trova tutt'ora la sua giustificazione nell'attribuzione ai predetti operatori di un diritto "speciale" o "esclusivo" che gli consente di esercitare - in assenza di una effettiva concorrenza - in un determinato territorio una delle attività economiche richiamate.

Tale posizione di privilegio venne bilanciata dal legislatore europeo e dal legislatore nazionale con la previsione a carico del medesimo operatore dell'obbligo di adottare, per la individuazione dei contraenti ai quali affidare contratti di lavori, servizi e forniture necessarie per lo svolgimento dell'attività demandatagli, procedure coerenti con i principi di cui al trattato istitutivo della comunità europea - se si trattava di contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie - e procedure disciplinate dal Codice per i contratti di importo superiore alle soglie comunitarie.

Nel 2010 con il DPR n.207/2010 è stato adottato il "regolamento di esecuzione ed attuazione" del codice dei contratti pubblici.

Il Codice dei contratti pubblici ed il relativo regolamento di esecuzione e attuazione confermarono la regola secondo cui gli operatori economici, per essere ammessi ad una procedura indetta per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi o forniture avrebbero dovuto essere in possesso di requisiti di idoneità morale e di capacità professionale, economico-finanziaria nonché tecnico-organizzativa adeguata e pertinente all'oggetto dell'appalto. Relativamente agli esecutori di lavori pubblici ha confermato l'operatività del sistema di qualificazione introdotto dalla legge Merloni e dal DPR n.34/2000 che, come innanzi ricordato, aveva introdotto il sistema di qualificazione,

attuato dalle SOA e, con riguardo alle procedure preordinate all'affidamento di contratti di servizi e/o forniture, confermava la necessità di un accertamento da parte della Stazione appaltante, di volta in volta, del possesso da parte dei concorrenti dei requisiti richiesti ai fini della partecipazione alla gara.

Nel rispetto dei principi di libera concorrenza e della più ampia partecipazione alle gare di appalto, il Codice dei contratti pubblici ed il regolamento di attuazione ed esecuzione confermavano la possibilità per i raggruppamenti temporanei, per i consorzi e i consorzi stabili, di partecipare alle gare di appalto e, nel recepire le indicazioni della Comunità Europea, introducevano nell'ordinamento nazionale l'istituto dell'Avvalimento.

Dall'analisi della direttiva 17/2004/CE si rilevava l'esigenza per il legislatore comunitario di prevedere misure di liberalizzazione dei settori sopra indicati finalizzate a garantire la graduale e completa apertura dei mercati alla libera concorrenza e la necessità per il legislatore comunitario di stabilire disposizioni di coordinamento tra gli stati aderenti per gli appalti con un valore superiore a una certa soglia.

Tale coordinamento fondava sui principi di ispirazione comunitaria di parità di trattamento, di cui il principio di non discriminazione è una particolare espressione, sul principio di mutuo riconoscimento, sul principio di proporzionalità nonché sul principio di trasparenza. In considerazione della natura dei settori interessati da tale coordinamento, lo stesso, pur continuando a salvaguardare l'applicazione di tali principi deve tendere all'istituzione di pratiche commerciali leali e permettere la massima flessibilità.

La direttiva 18/2004/CE razionalizzava e omologava la disciplina degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture con l'obiettivo di rendere il sistema di assegnazione ed esecuzione degli appalti più fluido ed efficiente. La tendenziale uniformazione e standardizzazione delle procedure aveva l'obbiettivo di abbattere i tempi e i costi di partecipazione e gestione dei procedimenti e di contribuire a ridurre il contenzioso a fronte di incertezze e lungaggini, a vantaggio di una migliore allocazione di risorse economiche degli operatori e delle stazioni appaltanti.

Il Codice dei Contratti pubblici di cui al d.lgs.163/2006 ha ampliato l'oggetto della vigilanza dell'Autorità, estendendolo a tutti i settori dei contratti pubblici, considerando anche i contratti di acquisizione di servizi e forniture⁴⁸ e modificando il nome in Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, AVCP.

Oltre all'ampliamento dell'ambito dell'attività di vigilanza, la disciplina introdotta dall'art.6 del Codice, secondo il quale l'attività di vigilanza è tesa a garantire l'osservanza dei principi di cui all'art.2 e, segnatamente, il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara, ha segnato, secondo la dottrina, *“una prima evoluzione del concetto stesso di vigilanza”*⁴⁹ che inizia ad assumere una connotazione più ampia attraverso la valorizzazione

⁴⁸ In merito all'estensione dell'ambito di competenza dell'AVCP, G. VIRGULTI, *Commento agli artt.6 e 8 del D.lgs. n.163/2006*, in *Codice dell'appalto pubblico*, a cura di BACCARINI, CHINÈ, PROIETTI, 2011,90.

⁴⁹ R. GAROFOLI - G. FERRARI *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, II ed. 2017/2018, nel diritto Ed., Roma, pg.133 e ss.-.

delle finalità di tutela della concorrenza del mercato e dei principi di ispirazione comunitaria recepiti nel Codice dei Contratti Pubblici.

Nonostante l'ampliamento del concetto di vigilanza, la stessa restava ancorata al momento "successivo" rispetto all'attività amministrativa ed al controllo della corretta gestione delle risorse pubbliche⁵⁰.

La nuova AVCP veniva analizzata attentamente dal Consiglio di Stato in sede di Adunanza Consultiva sullo schema del Codice dei Contratti. Il C.d.S. rinviene la fonte comunitaria dell'Autorità indipendente nell'art. 81.2 della direttiva n. 2004/18⁵¹ e nell'art. 72.2 della direttiva n. 2004/17⁵².

L'Attribuzione in capo all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici dei compiti di vigilanza oltre che nel settore dei lavori anche nei settori delle forniture e dei servizi è frutto dell'attuazione dell'espresso criterio di delega di cui all'art. 25, comma 1, lett. c) della "legge comunitaria 2004" n. 62 del 2005.

⁵⁰ Sulla funzione di vigilanza attribuita all'AVCP, CELONE, *la funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui Contratti pubblici*, monografia, Milano 2012.

⁵¹ Articolo 81 - Meccanismi di controllo: "Conformemente alla direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, gli Stati membri assicurano l'applicazione della presente direttiva tramite meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti. A tal fine essi possono, tra l'altro, designare o istituire un'agenzia indipendente".

⁵² Articolo 72: Meccanismi di controllo : Conformemente alla direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni(32), gli Stati membri assicurano l'applicazione della presente direttiva tramite meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti. A tal fine essi possono, tra l'altro, designare o istituire un'agenzia indipendente.

La legge comunitaria del 2004 ha introdotto il criterio relativo all'indipendenza funzionale e alla autonomia organizzativa dell'Autorità ed alla propria autonomia finanziaria (art. 1, commi 65 e 67, della legge n. 266 del 2005). Il Codice ha esteso i poteri regolamentari dell'Autorità e al contempo semplificato la sua struttura.

Il Consiglio di Stato in sede consultiva ha osservato che la struttura dell'Autorità non è *“più irrigidita in schemi predeterminati dal legislatore ma affidata a forme e metodi di auto-organizzazione”*.

Il Consiglio di Stato, richiamando la sentenza n.482 del 1995 della Corte Costituzionale, con la quale quest'ultima ha respinto i ricorsi delle Regioni che denunciavano la violazione di competenze ad esse costituzionalmente riservate, derivante dall'istituzione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ed evidenziato che l'istituzione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ha rappresentato uno dei cardini della riforma della materia, valorizzando l'esercizio della funzione di vigilanza e l'idoneità dell'Autorità a garantire una conoscenza completa ed integrata del settore dei lavori pubblici, unitaria a livello nazionale. La suprema Corte Costituzionale evidenziava che le attribuzioni dell'Autorità non sostituivano né surrogavano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo, ma esprimono una funzione di garanzia, strumentale rispetto alla conoscenza ed alla vigilanza nel complessivo settore dei lavori pubblici, ribadiva che l'estensione delle competenze dell'Autorità non si pone in alcun modo in contrasto con le prerogative delle Regioni e che i principi espressi con la sentenza n. 482 del 1995 della Corte costituzionale, sono validi anche per l'estensione delle

competenze attribuite all’Autorità, *“che si aggiungono, e non si sostituiscono, alle eventuali ulteriori competenze in tema di controllo e vigilanza previste in sede regionale”*.

Il Consiglio di Stato ha chiarito che l’ampliamento dei poteri di vigilanza anche ai contratti di lavori, servizi e forniture, ai quali non sarebbero applicabili direttamente le direttive da recepire, non si poneva in contrasto con la legge delega, che prevedeva espressamente l’attribuzione all’Autorità di *“compiti di vigilanza nei settori oggetto della presente disciplina”*, specificando che per *“settori oggetto della disciplina”* andava intesa la disciplina del Codice e non solo quella di recepimento delle direttive.

Tra altri specifici compiti dell’Autorità, elencati dall’art. 6, la bozza di Codice analizzata dal Consiglio di Stato prevedeva al comma 7 il potere di formulare al Governo proposte in ordine alle modifiche occorrenti in relazione alla legislazione che disciplina i contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, anche tali compiti, pur non essendo previsti espressamente nella legge delega andavano ricondotti a quelle generali funzioni meramente ausiliarie, *“tipiche delle autorità indipendenti e che rientrano nei compiti di vigilanza del settore”*.

La lett. n) dello stesso art.6 comma 7 della bozza di codice prevedeva che l’Autorità potesse svolgere, su iniziativa delle parti, attività di composizione delle controversie insorte tra stazioni appaltanti ed operatori economici durante le procedure di gara, in tempi ristretti e comunque non superiori a venti giorni e che le modalità di svolgimento del procedimento sarebbero state individuate con regolamento dell’Autorità.

A riguardo di tale ultimo potere, il massimo organo di Giustizia Amministrativa *“pur comprendendo la ratio che giustifica una tale disposizione, tendente ad introdurre un meccanismo precontenzioso, del tutto facoltativo e finalizzato alla deflazione del contenzioso”* ha osservato che si trattava dell’attribuzione all’Autorità di una funzione para-contenziosa, non prevista nei criteri fissati dalla legge delega e che l’attribuzione di tale funzione non derivava dalle direttive comunitarie, che si limitavano a prevedere che gli Stati membri *“assicurano l’applicazione delle direttive tramite meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti”* né dalla cd. *“direttiva ricorsi”* n. 89/665/CEE, che non prevedeva l’attribuzione di una tale funzione ad una autorità indipendente. Alla luce di quanto osservato il C.d.S. ha consigliato al legislatore di eliminare la previsione in capo all’Autorità di tale potere, in quanto *“l’attribuzione di una funzione del tutto nuova e para-contenziosa ad una autorità indipendente richiede un espresso intervento del legislatore e non è consentita in questa sede dal descritto contenuto della legge delega.*

L’art. 8 del Codice ha attribuito all’Autorità un potere regolamentare anche per disciplinare il proprio funzionamento, l’esercizio della funzione di vigilanza e del potere sanzionatorio. Al riguardo, il Consiglio di Stato in sede consultiva, sulla base delle osservazioni formulate dalla medesima Sezione in occasione della valutazione della bozza del *“Codice delle Assicurazione”* ha affermato che *“l’attribuzione di poteri normativi alle autorità indipendenti deve ormai*

*ritenersi compatibile con il nostro sistema ordinamentale; in special modo, per quanto concerne i poteri di auto-organizzazione*⁵³.

Con riguardo al potere regolamentare dell’Autorità il Consiglio di Stato ha evidenziato che *“l’esercizio di poteri normativi da parte di autorità indipendenti pone problematiche particolari quando tali poteri siano destinati ad incidere sulle posizioni dei privati”* e che in tali ipotesi, l’esercizio di poteri regolatori da parte di autorità poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri del *“circuito di responsabilità”* delineato dall’art. 95 della Costituzione sarebbe giustificato anche in base all’esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. Il C.d.S. ha evidenziato che per evitare il rischio di una caduta di legalità l’Autorità da un lato avrebbe dovuto prevedere idonee garanzie partecipative in sede di approvazione dei propri regolamenti e dall’altro dovrà dotarsi di sistemi di consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti vigilati⁵⁴.

Sulla base di tali considerazioni, è stato consigliato al legislatore di aggiungere all’art. 8, comma 1 il seguente periodo: *“Al fine di migliorare la qualità della normazione e dei propri atti generali l’Autorità utilizza metodi di consultazione preventiva, consistenti nel dare preventivamente notizia del*

⁵³ Cons. Stato, Sez. atti norm., 14 febbraio 2005, n. 11603/04; parere reso sul Codice delle assicurazioni.

⁵⁴ Il rapporto tra consultazione e qualità della regolazione è sottolineato anche, a livello comunitario, dal Protocollo n. 7 al Trattato di Amsterdam, in quanto una regolamentazione negoziata e concordata ha maggiori probabilità di essere accettata e quindi applicata.

progetto di atto e nel consentire agli interessati di far pervenire le proprie osservazioni, da valutare motivatamente” consiglio recepito nel testo definitivo del Codice di cui al d.lgs.163/2006.

La dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate in merito al potere regolamentare delle AAI alla luce della relazione di indipendenza che vi è tra le stesse ed il potere politico. È evidente infatti che anche le AAI sono sottoposte alla legge ed operano nell’ambito di poteri conferitegli dalla legge stessa ma tali autorità non sono soggette alla direzione politica del governo né lo stesso potrà rispondere dinanzi al Parlamento dell’operato di tali amministrazioni indipendenti.

Le AAI esercitano, in virtù di attribuzione legislativa, nei diversi settori della vita sociale cui sono preposte, un potere normativo regolamentare. Tale funzione di regolazione propria delle AAI si esprime in attraverso vari poteri amministrativi, a carattere puntuale o generale, poteri ablatori, sanzionatori, autorizzatori etc.

In capo a tutte le Autorità di controllo dei mercati è prevista la titolarità di poteri di regolamentazione, sia aventi efficacia interna, sia produttivi di effetti all’esterno e quindi nei confronti dei soggetti, operatori e utenti del settore economico sociale di competenza.

Le AAI hanno poteri di regolamentazione interna per ciò che concerne l’organizzazione propria nella sua accezione più ampia ed adottano in merito regolamenti attraverso i quali le autorità stabiliscono il loro funzionamento e l’organizzazione interna, si tratta di poteri che rientrano nell’autonomia organizzativa delle amministrazioni e degli enti pubblici che però, nel caso

delle AAI presentano la peculiarità di non essere soggetti, tali regolamenti, a procedimenti di controllo.

Per quanto concerne invece i poteri a carattere normativo produttivi di effetti all'esterno, tutte le autorità sono titolari di vaste attribuzioni legislative, presentando tuttavia la legislazione vigente rilevanti differenze quanto al tipo di disciplina. Vi sono casi infatti in cui è la stessa legge a stabilire espressamente che determinati atti dell'autorità con rilevanza esterna abbiano natura di "regolamenti" tuttavia, solo talvolta la legge stabilisce con precisione le modalità ed i criteri oggettivi di regolamentazione mentre il più delle volte vi sono solo previsioni generiche su cui si fonda il potere normativo delle autorità.

Le norme attributive alle AAI di poteri che possono tradursi, ed effettivamente si traducono, in atti a contenuto normativo spesso consistono in mere attribuzioni di potere, mentre solo in pochi casi dettano prescrizioni specifiche cui le autorità debbono attenersi nella adozione dei relativi atti.

Dal punto di vista del procedimento, l'attività normativa delle AAI appare impostata secondo un modello unitario e del tutto alternativo a quello proprio degli atti normativi del governo. Gli elementi di tale modello organizzativo sono fondamentalmente il procedimento partecipato e la motivazione. In tali procedimenti i soggetti portatori di interessi diventano parti necessarie e dell'attività di partecipazione viene dato ampio riscontro nella motivazione degli atti.

L'attribuzione alle AAI di poteri normativi in senso tecnico ha suscitato molteplici problemi di ordine costituzionale, sia alla luce della circostanza che

la Costituzione non contempla tali autorità che alla luce del fatto che gli atti normativi secondari contemplati sono ammessi oltre che in capo allo Stato, solo in capo agli enti di Governo territoriale nonché alle Università e altre istituzioni di alta cultura.

Tali problematiche vengono considerate per lo più superate dal diritto europeo che prevede ampie attribuzioni di poteri di regolazione in capo a tale tipo di Autorità ed alla luce del principio contenuto nel nostro sistema della atipicità delle fonti secondarie. È solo la legge a poter attribuire un siffatto potere alla pluralità di soggetti normatori del nostro sistema. Una volta ammesse le AAI come organizzazioni di regolazione di settore, ad esse non potrebbe essere sottratto il potere normativo connaturato allo stesso modello di tali amministrazioni. Tuttavia tale potere normativo deve necessariamente essere supportato da adeguata base legislativa.

Tornando all'esame della disciplina introdotta dal d.lgs. 163/2006 e della nuova configurazione dell'autorità la dottrina ha osservato che per mezzo del Codice dei contratti il concetto di vigilanza *“viene ad assumere una connotazione più ampia attraverso la valorizzazione delle finalità di tutela della concorrenza del mercato e dei principi di ispirazione comunitaria recepiti nel Codice”*⁵⁵.

Tuttavia la vigilanza restava caratterizzata, dal fatto che il momento in cui la stessa veniva attuata era, per la maggior parte, “successivo” e non “preventivo”

⁵⁵ F. TALLARO – *Evoluzione dell’Autorità* - in *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, a cura di R.GAROFOLI e G.FERRARI, II ed., nel diritto ed., Roma

rispetto ai fenomeni distorsivi dell'attività amministrativa in materia di contratti pubblici e gestione delle risorse⁵⁶.

4.3 Il D.L. 90/2014, dall'AVCP all'ANAC

Come anticipato negli scorsi paragrafi Il d.l. 90/2014 ha realizzato una complessa revisione normativo-organizzativa dell'Autorità introducendo “*un elemento di discontinuità nel panorama delle altre autorità indipendenti e (...) attribuendo al Presidente speciali poteri in diversi ambiti*”⁵⁷.”

L'art. 19 del decreto ha disposto la soppressione dell'AVCP e la decadenza dei suoi organi di vertice e ordinato il trasferimento dei relativi compiti, funzioni e risorse all'ANAC.

Il decreto ha ridisegnato totalmente il volto dell'Autorità, preoccupandosi, per un verso, di regolamentare le modalità di transizione all'ANAC di competenze,

⁵⁶ Sul punto, CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui Contratti pubblici, Milano 2012*. In tale monografia l'autore approfondisce la cd. “vigilanza indipendente” dell'AVCP al fine di rintracciare, all'interno di questa funzione complessa, la presenza di “un potere imperativo di regolazione”, considerato consustanziale alla stessa nozione di vigilanza, e di superare così la prevalente posizione della dottrina e della giurisprudenza che – in assenza di un'espressa norma attributiva del potere – hanno ammesso che l'Autorità potesse adottare atti generali ed individuali di natura regolatoria nei confronti delle stazioni appaltanti ma non hanno riconosciuto a tali atti effetti giuridici vincolanti. In particolare nel *genus* delle funzioni di vigilanza l'autore distingue: a) una vigilanza “preventiva”, con finalità principalmente interpretativa ed integrativa della normativa, nonché orientativa e confermativa delle attività dei soggetti vigilati, che si concretizza soprattutto nell'adozione di regolamenti e di atti e provvedimenti generali, anche di *soft law*; b) una vigilanza “successiva”, con finalità spiccatamente correttiva e conformativa e con una portata tendenzialmente generale, che è di solito esercitata tramite provvedimenti individuali di regolazione, inseriti talvolta all'interno di schemi provvedimentali tradizionali, rubricati, ad esempio, come autorizzazioni o diffide, oppure ancora come atti individuali di *moral suasion*.

⁵⁷ ANAC – Relazione annuale 2014, Roma Camera dei Deputati 2 luglio 2015.

funzioni e risorse della soppressa AVCP, per l'altro, focalizzando la nuova *mission* istituzionale, che assomma in sé vecchie funzioni delle due Autorità e poteri di nuova attribuzione sulla prevenzione della corruzione.

La ratio della scelta di riorganizzare l'Autorità, passando attraverso la soppressione dell'AVCP e la concentrazione della strategia complessiva di prevenzione della corruzione, estesa anche al settore degli appalti pubblici, in capo a una sola Autorità, va rintracciata anche nella situazione di grave allarme sociale determinatasi all'indomani delle vicende giudiziarie che hanno visto coinvolti, nei mesi immediatamente precedenti alla decretazione di urgenza, importanti appalti legati alla realizzazione di Esposizione Universale di Milano (Expo 2015) e del Modulo sperimentale elettromeccanico (Mose) della laguna di Venezia. È stato evidenziato che si è avvertita l'esigenza stringente di costituire un unico presidio forte a tutela della legalità nella gestione della cosa pubblica e di ricomprendere nella strategia complessiva di prevenzione della corruzione anche il settore degli appalti pubblici, di alta rilevanza economica e strategica per il Paese, esposto più di ogni altro al rischio di annidamento di sacche di illiceità e di mala gestione⁵⁸.

Alla luce dei pesanti cambiamenti normativi ed organizzativi intervenuti, la nuova missione istituzionale dell'ANAC è stata ridisegnata nella *«prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, nelle società partecipate e controllate anche mediante l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali, nonché mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e comunque in ogni settore della PA che*

⁵⁸ ANAC – Relazione annuale 2014, Roma Camera dei Deputati 2 luglio 2015.

potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi, evitando nel contempo di aggravare i procedimenti con ricadute negative sui cittadini e sulle imprese, orientando i comportamenti e le attività degli impiegati pubblici, con interventi in sede consultiva e di regolazione»⁵⁹. Il legislatore è intervenuto in chiave ampliativa sull'attività di segnalazione da parte dei cittadini, abilitando l'ANAC a ricevere non solo le segnalazioni da parte dei cittadini, ma anche quelle dei dipendenti pubblici nelle forme di cui all'art. 54-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165⁶⁰, e degli avvocati dello Stato, ove vengano a conoscenza, nell'ambito della propria attività, di violazioni di disposizioni di legge o di regolamento o di altre anomalie e irregolarità relative ai contratti pubblici.

Tra le rilevanti novità introdotte dal D.L. 90/14, come anticipato, figurano i poteri, attribuiti al Presidente dell'Autorità, di alta sorveglianza sulle procedure di affidamento per la realizzazione di Expo 2015⁶¹ e di proposta al prefetto delle misure straordinarie di gestione dei contratti pubblici nei confronti delle imprese aggiudicatrici di appalti in presenza di situazioni sintomatiche di condotte illecite⁶².

Un'ulteriore importante competenza assegnata all'Autorità frutto del riscontro da parte del legislatore dei ritardi e della lievitazione dei costi relativi alla realizzazione di molte opere pubbliche, concerne la vigilanza sulle varianti in

⁵⁹ Cfr. Piano di riordino dell'ANAC in www.anticorruzione.it.

⁶⁰ Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, whistleblower.

⁶¹ art. 30 del d.l. 90/2014.

⁶² art. 32 del d.l. 90/2014.

corso d'opera connessa all'obbligo per le SA di comunicare all'ANAC l'adozione di varianti per gli appalti sopra la soglia comunitaria (art. 37 del d.l. 90/2014).

Il mutato quadro istituzionale e le nuove competenze acquisite hanno imposto all'ANAC l'adozione di un nuovo modello organizzativo più funzionale alla nuova missione delineata dal legislatore.

Ciò si è tradotto nella definizione di una struttura organizzativa più snella, con la divisione dell'Autorità in due aree funzionali, una dedicata alle attività di vigilanza, un'altra alle attività di regolazione, sotto il coordinamento del Segretario Generale.

Al fine di garantire maggiore omogeneità nelle strategie di intervento, all'interno della prima area, le attività di vigilanza sui contratti pubblici sono state demandate a due uffici, uno per il settore dei lavori ed uno per quello dei servizi e delle forniture, ai quali si è aggiunto un ufficio dedicato alla vigilanza sulle varianti in corso d'opera, due uffici preposti alla vigilanza sul sistema di qualificazione e un ufficio sanzioni.

Alle due aree si sono affiancate poi una serie di strutture alle dirette dipendenze del Presidente, in primis l'Unità Operativa Speciale (UOS) per Expo 2015, alla quale vennero affidate le attività di verifica poc'anzi citate, e altri uffici con il compito di definire le strategie e i piani di vigilanza dell'Autorità, i programmi e le attività ispettive, di gestire le attività consultive ed il precontenzioso.

È stato evidenziato che in relazione a queste ultime, l'ufficio competente costituisce un vero e proprio "presidio" giuridico in quanto cura l'elaborazione di pareri non solo in materia di precontenzioso e contratti pubblici, ma anche

in materia di prevenzione della corruzione, trasparenza, incompatibilità e inconfiribilità di incarichi e conflitti di interesse⁶³.

In questa rinnovata veste, l'Autorità ha dato notevole impulso alla propria azione di vigilanza, indirizzo e regolazione delle SA nell'affidamento e nell'esecuzione contratti pubblici.

Le azioni dell'Autorità si concretizzarono innanzitutto nella rivisitazione di alcuni importanti regolamenti al fine di evolverli rispetto alla nuova *mission* istituzionale. Tra questi, l'approvazione del "Regolamento in materia di attività di vigilanza e di accertamenti ispettivi" e del "Regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui all'art 8, comma 4, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Il nuovo assetto organizzativo e regolamentare ha permesso all'Autorità di garantire il rispetto del Codice mediante l'avvio di protocolli di vigilanza collaborativa (o anche protocolli di azione) con importanti Stazioni Appaltanti, e di far emergere, attraverso istruttorie ed accertamenti ispettivi, il persistere di gravi disfunzioni nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti pubblici, tanto nel settore dei lavori, soprattutto in relazione alla progettazione e alla realizzazione di importanti infrastrutture viarie e ferroviarie, quanto in quello dei servizi e delle forniture, con particolare riferimento alle società a partecipazione mista pubblico-privato.

⁶³ ANAC- relazione annuale 2014, Roma, Camera dei Deputati, 2 luglio 2015.

Anche l'attività consultiva e di composizione delle controversie è stata rafforzata nell'ottica di prevenire o risolvere le controversie prima che le parti si rivolgano al giudice amministrativo.

Proprio in merito a tale attività, l'Autorità ha adottato il regolamento del 14 gennaio 2015, "Modalità operative per l'esercizio della funzione consultiva di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190 e decreti attuativi e, in materia di appalti pubblici ai sensi dell'art. 3, comma 3 del 'Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163", volto a disciplinare l'esercizio dell'attività consultiva svolta dall'Autorità nella materia degli appalti pubblici al di fuori dei casi di precontenzioso, oltre all'attività consultiva per la soluzione di questioni interpretative e applicative poste dalla l. 190/2012 e dei relativi decreti attuativi.

L'istituto del precontenzioso è stato potenziato attraverso la rivisitazione del suo regolamento, avvenuta nel mese di settembre 2014. L'incremento sensibile del numero dei pareri rilasciati dall'Autorità nel 2014 rispetto al 2013 diede un segno evidente dell'attenzione sempre maggiore del sistema verso l'Autorità, vista come un soggetto in grado di intervenire efficacemente e tempestivamente nella composizione dei conflitti tra operatori economici e Stazioni appaltanti. Nel 2014 l'Autorità aveva approvato 15 atti tra determinazioni, linee guida, segnalazioni al Governo e al Parlamento e bandi-tipo, rispetto agli 11 del 2013 e ai sei del 2012 e numerosi sono stati gli interventi regolatori sia di portata interpretativa sia relativi a specifici settori.

È evidente, alla luce del netto incremento di attività regolatoria ed uniformatrice del sistema da parte dell’Autorità, che l’attività di controllo ha spostato il proprio baricentro dal controllo “successivo” al controllo “preventivo” e che l’originaria mission di sola vigilanza, si è “definitivamente arricchita con i compiti di regolazione”⁶⁴.

4.4 Le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2015/25/UE e l’assetto del nuovo Codice dei Contratti di cui al d.lgs. 50/2016

il 28 marzo 2014 vennero pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea tre direttive volte a riformare il settore degli appalti pubblici e delle concessioni: la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei cd. “settori ordinari”, la direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei cd. “settori speciali” (acqua, energia, trasporti, servizi postali) e la direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione.

Le direttive sono entrate in vigore il 18 aprile 2014 e gli Stati membri avevano il compito di recepirne le disposizioni entro il 18 aprile 2016.

L’intenzione che ha animato il legislatore comunitario è stata quella di riconoscere maggiore discrezionalità alle amministrazioni aggiudicatrici, onerando queste ultime dalle connesse responsabilità per le scelte operate.

Le modifiche e integrazioni avvenute nel corso dell’evoluzione della normativa dettata dal Codice del 2006, avevano espresso la volontà del legislatore di fornire una puntuale disciplina su ogni possibile aspetto delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, comprimendo fortemente i margini di discrezionalità delle stazioni appaltanti.

⁶⁴ DE NICTOLIS, il nuovo codice dei contratti pubblici, in *Corr. Giur.*, 2016, 5, 503.

Le ragioni alla base di tale “iper-regolamentazione”, come detto nei paragrafi precedenti, andava individuata nell’obiettivo di prevenire fenomeni di corruzione o di diversa alterazione della legalità delle procedure. Invero, si è ritenuto che una regolamentazione non eccessivamente puntuale creasse il contesto ideale per il proliferare di fenomeni di illegalità, corruzione o, comunque, di insana distorsione del modello legale tipico.

L’eccessivo formalismo ha però contribuito ben poco in termini di semplificazione, trasparenza, tutela della concorrenza e del mercato, esso ha piuttosto incentivato il proliferare del contenzioso amministrativo spesso legato alla violazione o falsa applicazione di regole talmente puntuali da risultare di fatto inapplicabili senza un margine di errore⁶⁵ ed anzi, parte della dottrina evidenziava come l’eccessivo formalismo, oltre che determinare lentezze strutturali a tutto detrimento dello sviluppo e degli investimenti, le aveva rese anche poco trasparenti e poco garantiste della tutela della concorrenza e del mercato⁶⁶.

Uno dei tratti distintivi delle nuove direttive appalti del 2014 è proprio quello del maggior spazio di discrezionalità riconosciuto alle amministrazioni appaltanti che, assumendosi le relative responsabilità, saranno dotate degli strumenti necessari per indirizzare la procedura di aggiudicazione verso gli

65 In tal senso F. MARTINES, *La direttiva UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l’articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti* in *Federalismi.it*, rivista di diritto pubblico, europeo e comparato n.11/2015.

66 In tal senso M. E. BUCALO, *Autorità Indipendenti e soft law - Forme, contenuti, limiti e tutele*, Giappichelli editore, ed.2018.

obiettivi di tutela del mercato, semplificazione amministrativa ed efficienza complessiva del sistema.

Le tre direttive si pongono obiettivi ambiziosi da raggiungere, il primo di questi è quello di rendere più efficiente l'uso dei fondi pubblici, che vengono allocati attraverso contratti pubblici, per realizzare questo specifico obiettivo occorrono procedure improntate a canoni di semplificazione, flessibilità e correttezza. Il secondo obiettivo prefissato è quello di garantire la dimensione europea del mercato dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, assicurando la tutela della concorrenza, vietando pratiche discriminatorie, e tutelando piccole e medie imprese.

Tra gli obiettivi principali delle direttive vi è, inoltre, quello di proporre un uso strategico degli appalti pubblici, come strumento di politica economica e sociale, promuovendo l'innovazione tecnologica, la crescita sostenibile, la tutela ambientale, obiettivi sociali, quali la tutela dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dei contratti pubblici e l'impiego nel lavoro dei soggetti svantaggiati.

Infine, esse hanno come obiettivo quello della promozione della lotta contro la corruzione attraverso procedure semplici e trasparenti, rimuovendo incertezze normative.

Ulteriore novità è quella dell'utilizzo degli appalti come strumento di politica sociale, dell'occupazione e dell'ambiente. Le nuove direttive del 2014, in particolare la direttiva 2004/24/CE, pongono un'attenzione specifica al tema della tutela sociale e del lavoro.

Un aspetto che caratterizza in modo innovativo e significativo la disciplina dettata dalla direttiva appalti 2014 è inoltre, l'impulso dato, più fortemente che nel passato, al tema della qualità e della innovazione nelle procedure di aggiudicazione dei lavori pubblici.

Ha certamente lo scopo di promuovere la qualità negli appalti la scelta netta che il legislatore comunitario ha compiuto in tema di criteri di aggiudicazione della gara, l'art. 67, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE stabilisce infatti che, fatte salve le disposizioni legislative nazionali, *“le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa”*. Pur mantenendo la facoltà degli Stati membri di non aderire a tale indirizzo, è evidente che il legislatore comunitario, a differenza di quanto avvenuto con la precedente direttiva 18/2004/CE, ha espresso una scelta decisa a favore del criterio suddetto rispetto a quello alternativo del prezzo più basso. Alla luce delle disposizioni della nuova direttiva, pertanto, il criterio del massimo ribasso non venne formalmente abolito ma la sua possibilità di adozione è risulta significativamente ridimensionata, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa costituisce, dunque, la regola, mentre quello del massimo ribasso l'eccezione.

Le direttive in esame fondano, dunque, su una *ratio* diversa rispetto alla normativa precedente perché il mercato dei contratti pubblici rappresenta uno strumento per realizzare non solo il principio di concorrenza tra imprese ma anche una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva.

Il legislatore nazionale, con la legge n. 234 del 2012 sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa europea si è posto l'obiettivo di un recepimento per così dire “snello”, senza cioè aggravare lo stesso di un surplus di regolamentazione ulteriore che – come osservato – rischia di creare più danni che vantaggi⁶⁷.

⁶⁷ F. DE MARTINES in *La direttiva UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, Federalismi.it, rivista di diritto pubblico, europeo e comparato n.11/2015. L'autore, richiamando la dottrina formatasi sull'evoluzione del d.lgs. 163/2016, afferma “Di certo, il tipo di recepimento dovrà tenere conto anche del diverso modello di sistema giuridico vigente negli Stati membri. In Italia, il recepimento delle direttive del 2004 ha assunto una natura che condivisibilmente è stata definita “rielaborativa”, ovvero per il tramite di norme che hanno fatto propria la disciplina comunitaria con uno sforzo di adattamento ispirato ai principi tipici dell'ordinamento interno delle procedure negoziali ad evidenza pubblica spesso non del tutto coerenti con l'impianto rinvenibile nelle direttive comunitarie. Tradizionalmente il sistema normativo degli appalti in Italia è stato caratterizzato dall'esigenza di tutelare in via prioritaria (per non dire esclusiva) l'interesse dell'autorità pubblica contro i rischi derivanti da una gestione non corretta del danaro pubblico; tale obiettivo – come rilevato – è stato perseguito attraverso l'introduzione di regole molto puntuali, formali, rigide e rigorose. Il file rouge delle direttive (sia di quelle del 2004 che di quelle del 2014) è individuabile invece nella necessità di realizzare il perseguimento dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza e al mercato. Il confronto (o conflitto?) fra queste esigenze fondamentali è stato fronteggiato dal legislatore italiano del 2006 mediante il suddetto recepimento rielaborativo, con uno sforzo di adattamento che, per molte delle norme introdotte, ha determinato rilievi da parte della Commissione Europea circa l'effettivo rispetto delle scelte contenute nelle direttive. Questo processo così complesso di trasposizione del diritto comunitario degli appalti nel diritto interno non ha certamente giovato a quello che è certamente un obiettivo comune per tutti gli ordinamenti giuridici: la coerenza di sistema e la certezza delle regole. Proprio per tale ragione si ritiene che il percorso di recepimento delle direttive appalti 2014 possa costituire l'occasione per orientare la disciplina interna, tenendo conto delle esperienze pregresse, verso un nuovo orizzonte muovendo da tecniche di trasposizione del diritto comunitario più coerente che le istanze di rinnovamento e sistematicità che provengono dalla prassi. Per l'approfondimento l'autore rinvia a F. ASTONE, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici ed il codice dei contratti*, in F. SAITTA (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici, di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008, p. 1 ss.; ID., *Il diritto europeo*

Tale intento è desumibile anche da quanto disposto dall'art. 32, comma 1, lett. c) della l. 24 dicembre 2012, n. 234 secondo cui “*gli atti di recepimento di direttive dell’Unione europea non possono prevedere l’introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse ai sensi dell’art. 14, commi 24 bis e 24 quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246*”. Il recepimento “snello” delle direttive trova un proprio contro bilanciamento dal necessario rafforzamento delle funzioni di regolazione dell’Autorità preposta alla vigilanza sui contratti pubblici.

Sin da subito gli studiosi hanno evidenziato che tale scelta avrebbe richiesto un rafforzamento del ruolo dell’Autorità chiamata a vigilare e a regolare il settore della contrattualistica pubblica.

Dall’iter seguito dal legislatore nazionale nel mercato dei contratti pubblici, affrontato negli scorsi paragrafi è possibile rinvenire che obiettivo del legislatore nazionale è stato, almeno dal 1992, quello di tutelare in via prioritaria (per non dire esclusiva) l’interesse dell’autorità pubblica contro i rischi derivanti da una gestione non corretta del danaro pubblico; tale obiettivo – come rilevato – è stato perseguito attraverso l’introduzione di regole molto puntuali, formali, rigide e rigorose.

Il *fil rouge* delle direttive (sia di quelle del 2004 che di quelle del 2014) è individuabile, invece, nella necessità di realizzare il perseguimento dell’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza e al mercato.

dei contratti pubblici e la sua trasposizione nell’ordinamento interno, Roma, 2010, in particolare, p. 42 e ss.; G. FIDONE, *Il codice dei contratti pubblici*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, p. 10.

La direttiva 2014/24/UE⁶⁸ stabiliva espressamente che gli Stati membri avrebbero dovuto provvedere affinché *“a) siano disponibili gratuitamente orientamenti ed informazioni per l’interpretazione e l’applicazione del diritto dell’Unione sugli appalti pubblici, al fine di assistere le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici, in particolare le PMI, nella corretta applicazione della normativa dell’Unione in materia” e “b) sia disponibile il sostegno alle amministrazioni aggiudicatrici per quanto riguarda la pianificazione e la conduzione delle procedure d’appalto”*.

Il legislatore comunitario ha cercato di individuare un punto di bilanciamento tra la disciplina di ispirazione pro-concorrenziale ed il rafforzamento del ruolo delle autorità di controllo statali al fine di garantire una guida univoca nell’esercizio della ampia e maggiore discrezionalità riconosciuta in capo alle stazioni appaltanti.

Non appena è stata pubblicata la direttiva appalti, parte della dottrina ha evidenziato che la scelta del legislatore europeo avrebbe potuto essere accolta con un adeguamento delle norme all’epoca vigenti⁶⁹ rendendo più efficaci le funzioni affidate all’AVCP⁷⁰.

La stesura della legge delega di recepimento delle direttive ha avuto un periodo di gestazione che ha assorbito quasi tutto il biennio assegnato dal legislatore europeo per il recepimento delle tre direttive appalti e concessioni. Basti pensare che le direttive in questione sono state pubblicate nella Gazzetta UE il

⁶⁸ art. 83, par. 4.

⁶⁹ Il riferimento è all’art.6 del d.lgs. 163/2006 che regolava i poteri dell’AVCP.

⁷⁰ F. DE MARTINES in *“La direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l’articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti”*, Federalismi.it-.

28 marzo 2014 e sono entrate in vigore il successivo 28 aprile. Da allora i Parlamenti nazionali avevano a disposizione ventiquattro mesi per esercitare la delega nell'ambito degli ordinamenti interni.

Uno dei tratti caratterizzanti del nuovo quadro normativo che emerge dalla legge delega n.11 del 2016 è costituito dal significativo rafforzamento del ruolo dell'ANAC quale "Autorità di regolazione e vigilanza" del settore. È stato evidenziato che con l'emanazione della legge delega *"l'Autorità viene ad assommare una congerie di compiti, funzioni e facoltà di tale latitudine da farne un unicum nell'ambito del panorama nazionale delle Autorità Amministrative Indipendenti"*⁷¹.

L'Autorità assume un ruolo chiave nel sistema degli appalti, con l'attribuzione delle più ampie funzioni di sostegno della legalità e lotta alla corruzione, l'Autorità diventa *"baricentro e protagonista assoluta del sistema degli appalti pubblici nella veste di organo regolatore del settore"*⁷².

Con il D. Lgs. 50/2016, nuovo Codice dei contratti, all'ANAC sono stati attribuiti nuovi e rilevanti compiti di regolazione e di prevenzione. In particolare l'art. 213 del Codice, oltre ad attribuire all'Autorità al primo comma il ruolo di vigilanza e di controllo sugli appalti pubblici, prevede strumenti di "regolazione flessibile" volti a garantire la promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti in un'ottica di omogeneità dei procedimenti. Detti strumenti di "regolazione flessibile" vengono individuati

⁷¹ CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo codice: opportunità e profili di criticità*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016

⁷² B. VALCASTELLI, *Il nuovo ruolo dell'Anac* in *l'Amministrativista*, rivista giuridica, edizione speciale *il nuovo codice dei contratti pubblici* (d.lgs. 50/16), Giuffrè ed.

nelle linee guida, bandi tipo, capitolati tipo, contratti tipo ed altri strumenti volti a favorire lo sviluppo di migliori pratiche.

Il Codice ha previsto un meccanismo di centralizzazione in capo all'ANAC delle Banche dati, con l'istituzione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, nella quale sono confluite tutte le informazioni contenute nelle banche dati esistenti, anche a livello territoriale.

Il quadro generale delle ulteriori funzioni attribuite all'ANAC⁷³ si rinviene sempre nell'art. 213 del Codice. In particolare nel comma III, dedicato tra l'altro alla funzione di vigilanza, si prevede che l'Autorità vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali e sui contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza ai sensi dell'art.1 comma 2 lett. *fbis*) della l. n.190/2012, nonché sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del Codice.

L'Autorità è chiamata a vigilare affinché sia garantita l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici e ad accertare che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario. L'ANAC ha il compito di segnalare al governo ed al Parlamento fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore, formulare al governo proposte in ordine alle modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore, predisporre ed inviare al Governo e Parlamento una relazione annuale sull'attività svolta evidenziando le disfunzioni riscontrate nell'esercizio delle proprie funzioni.

⁷³ Molte delle quali, come chiarito nei precedenti paragrafi, già previste dall'art.6 del d.lgs. 163/2006 in capo all'AVCP)

L'Autorità vigila sulla corretta applicazione della disciplina del Codice degli appalti e delle procedure di affidamento ivi previste.

Il legislatore ha ritenuto di poter riequilibrare la flessibilità introdotta dalle Direttive comunitarie con l'esigenza di prevenire un uso improprio della stessa demandando all'ANAC un ruolo nuovo di regolatore del sistema ed al contempo un ruolo paragiurisdizionale.

Il nuovo Codice dei contratti ha attribuito all'ANAC il potere di regolazione del settore, prevedendo l'abrogazione del d.p.r. 207/2010 di attuazione del precedente codice e attribuendo all'ANAC la funzione di regolazione finalizzata a garantire una corretta attuazione delle disposizioni legislative in materia di contratti pubblici.

Fortemente connessi alla funzione di regolazione ed a quella di vigilanza appaiono il potere ispettivo ed il potere sanzionatorio dell'ANAC, previsti in termini generali dai commi 5 e 6 dell'art. 213, nonché la legittimazione a impugnare atti e provvedimenti relativi ai contratti pubblici previsti dall'art.211 co.1 bis⁷⁴.

Particolarmente significativa è la funzione precontenziosa, innovata rispetto alla precedente previsione dell'art. 6 co.7 del d.lgs.163/2006 lett. n)⁷⁵ che

⁷⁴ Art.213 co.7 d.lgs. 50/16: *“Nell'ambito dello svolgimento della propria attività, l'Autorità può disporre ispezioni, anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse, avvalendosi eventualmente della collaborazione di altri organi dello Stato nonché dell'ausilio del Corpo della Guardia di Finanza, che esegue le verifiche e gli accertamenti richiesti agendo con i poteri di indagine ad esso attribuiti ai fini degli accertamenti relativi all'imposta sul valore aggiunto e alle imposte sui redditi.”*

⁷⁵ Art.6 co.7) lett. n) d.lgs. 163/2006 *su iniziativa della stazione appaltante e di una o più' delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo*

attribuiva all'AVCP il potere di esprimere su iniziativa della stazione appaltante o di una o più altre parti un parere "non vincolante" relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di affidamento. L'art. 211 del nuovo Codice dei Contratti ha innovato l'istituto del precontenzioso attribuendo al parere forza vincolante e di conseguenza attribuendo all'Autorità funzioni paragiurisdizionali. La vincolatività del parere è temperata dalla previsione di cui all'art.120 c.p.a. secondo cui tale atto è impugnabile innanzi alle competenti sede giudiziarie.

Con la segnalazione n.3 del 21 maggio 2014 l'AVCP aveva evidenziato che la stessa avrebbe potuto svolgere un ruolo determinante nella regolazione del mercato dei contratti pubblici attraverso atti interpretativi delle norme esistenti e individuando le *best practices* di settore.

Tale segnalazione è stata recepita nell'co.2 dell'art.211 che ha attribuito all'Autorità, seppur - come si analizzerà nei paragrafi che seguiranno - per un periodo limitato, il potere di raccomandazione vincolante.

Il ruolo che l'ANAC è chiamata a svolgere dal nuovo Codice degli appalti ha rappresentato un fertile terreno di indagine per un'analisi dell'evoluzione del sistema normativo. La ricerca è stata indirizzata allo studio dell'evoluzione del ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione alla luce delle novità introdotte dal D. Lgs. 50/2016 e dell'utilizzo da parte dell'Autorità di tali poteri dirompenti e soprattutto forse prima sconosciuti nel nostro ordinamento.

svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione; si applica l'articolo 1, comma 67, terzo periodo, della legge 23 dicembre 2005, n. 266;

CAPITOLO II - IL NUOVO RUOLO DELL'ANAC QUALE ORGANO DEPUTATO ALLA DEFLAZIONE DEL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO

1. I profili del contenzioso

Il nuovo Codice ha dedicato grande attenzione ai profili del contenzioso e della deflazione dello stesso per il tramite di una serie di “strumenti di precontenzioso”.

Oltre a confermare istituti quali l'accordo bonario, la transazione e l'arbitrato, il Codice ha consegnato all'ANAC due nuovi strumenti: il potere di emanare “parere vincolante” per le parti che abbiano preventivamente consentito ad attenersi a quanto in esse stabilito, da un lato, e le raccomandazioni vincolanti alla stazione appaltante ad agire in via di autotutela e a rimuovere gli eventuali effetti degli atti illegittimi, quest'ultima assistita, in caso di trasgressione, dall'irrogazione di sanzioni pecuniarie incidenti sul sistema di valutazione della Stazione Appaltante.

Entrambi gli strumenti impattano fortemente sulla pubblica amministrazione e tendono a disincentivare il contenzioso amministrativo.

Tali poteri, come anticipato troverebbero equilibrio alla luce della prevista impugnabilità di entrambe le di tipologie di atti dinnanzi al giudice amministrativo.

2. Il potere di raccomandazione vincolante e la difficile collocazione nel sistema

Il potere di raccomandazione vincolante è stato sin da subito fortemente criticato⁷⁶, nella sua formulazione originaria sottoposta al vaglio del Consiglio di Stato era previsto in capo all’Autorità un potere di sospensione cautelare degli atti connesso al potere di raccomandazione.

Il Consiglio di Stato, con parere n.855/2016 reso sullo schema del Codice dei Contratti, evidenziando che tali poteri “*esorbitano dai meccanismi collaborativi ammessi*” ritenne che tali poteri fossero inammissibili in quanto attribuiti ad un’Autorità differente da quella giudiziaria.

Nella versione del D.lgs.50/2016, come emanato in recepimento delle direttive comunitarie, il comma 2 dell’art.211 attribuiva all’ANAC il potere di invitare mediante atto di raccomandazione, la Stazione Appaltante a rimuovere in autotutela i vizi di legittimità delle procedure di gara riscontrati dall’Autorità

⁷⁶ Il Consiglio di Stato chiamato ad esprimere il proprio parere sullo schema del Codice dei Contratti, il 1 aprile 2016, con parere n.855/2016 evidenziava che “*gli strumenti precontenzioso apprestati dal codice (parere vincolante dell’ANAC sull’accordo delle parti; raccomandazione dell’ANAC alle stazioni appaltanti a rimuovere atti in autotutela), se non ben definiti nei presupposti, procedimento, ed effetti, potrebbero sortire l’effetto di generare ulteriore contenzioso, con una eterogenesi dei fini che l’intervento legislativo si prefigge.*” Con particolare riferimento al potere di raccomandazione vincolante evidenziava altresì che la formulazione di cui alla bozza del Codice dei contratti “*presenta significative criticità: a) sul piano della compatibilità con il sistema delle autonomie, in quanto introduce un potere di sospensione immediata e uno di annullamento mascherato che esorbitano dai meccanismi collaborativi ammessi dalla Consulta con la sentenza 14 febbraio 2013, 20, pronunciata sull’art. 21 bis della legge n. 287/1990; b) sul crinale della ragionevolezza e della presunzione di legittimità degli atti amministrativi, in quanto la sanzione colpisce il rifiuto di autotutela, ossia un provvedimento amministrativo di cui è da presumere la legittimità fino a prova contraria. Si crea in questo modo una sorta di responsabilità da atto legittimo.*”.

durante l'esercizio del potere di vigilanza. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante emanata dell'Autorità entro il termine assegnato era punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di € 250,00 e il limite massimo di € 25.000,00 "posta a carico del dirigente", sanzione che incideva altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti.

Il potere di raccomandazione venne considerato come un potere del "*del tutto innovativo*"⁷⁷ e, oltretutto, dalla formulazione dell'articolo, come un potere conferito "in bianco".

Nonostante il termine "raccomandazione" caratterizza lo strumento paragiurisdizionale quale un provvedimento di *soft law*, lo stesso, per come immaginato dal legislatore, era ben più incisivo. L'inosservanza della raccomandazione avrebbe determinato, infatti, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria in capo al dirigente e conseguenze sul piano della responsabilità disciplinare e contabile. La raccomandazione che normalmente è per definizione un atto non vincolante, di pura *soft law* - e pertanto ricollegabile a quelle *rules of conduct*, regole o norme di condotta di natura normativa che prescrivano o invitino i destinatari ad adottare certi comportamenti o certe misure ma dotate di effetti che esulano dalla forza giuridica vincolante - nel secondo comma dell'art.211 era costruita come

⁷⁷ M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi appalti pubblici*, capitolo *Strumenti alternativi alla tutela giurisdizionale*, Giuffrè editore, Milano 2017.

misura obbligatoria per il soggetto destinatario della stessa⁷⁸ fermo restando il sussistere della garanzia per l'Amministrazione non concorde con la scelta dell'ANAC in merito alle valutazioni e alla sanzione irrogata dall'Autorità di potere impugnare il provvedimento sanzionatorio innanzi le competenti sedi giudiziarie.

Il 31 ottobre 2016, l'ANAC ha richiesto il parere del Consiglio di Stato sullo schema di regolamento in materia di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art.211 co. 2 e 213 del d.lgs. 50/2016, che al suo interno disciplinava lo svolgimento del procedimento di raccomandazione ed ha allegato allo schema di regolamento una relazione illustrativa.

Il Presidente del Consiglio di Stato, con decreto n. 146 del 3 novembre 2016 ha istituito una Commissione speciale per l'esame dello schema e l'espressione del parere. L'Autorità con la relazione illustrativa evidenziava ai giudici di Palazzo Spada *“il carattere di novità che, nell'ambito della vigilanza sui contratti pubblici, ha il potere di raccomandazione, introdotto dal codice dei contratti pubblici”* e il significativo impatto che l'adozione degli atti di raccomandazione avrebbe potuto produrre sui contratti pubblici di appalto e concessione.

Il Consiglio di Stato, già in premesse, rilevava come il codice, in attuazione dell'art. 1, comma 1, lett. t), della legge delega (l. n. 11 del 2016), avesse rafforzato i poteri dell'Autorità con l'attribuzione, in particolare, di un potere

⁷⁸ Cfr. sul punto DE NICTOLIS, *il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti* 5/2016, 503, secondo cui: *L'art.211, co.2 disciplina un potere di raccomandazione a vincolatività indiretta, dell'ANAC nei confronti delle stazioni appaltanti.*

finalizzato all'emissione di raccomandazioni vincolanti nei confronti delle stazioni appaltanti, per l'annullamento in autotutela di atti della procedura di gara illegittimi.

In sede di parere, il massimo organo di Giustizia Amministrativa ha chiarito che il potere regolamentare esercitato dall'ANAC in questa materia, così come quello delle Autorità indipendenti in generale, e quelle di regolazione nello specifico, è corollario delle attribuzioni loro riconosciute dalla legge, strettamente connesso all'elemento di indipendenza che le connota e che consente loro di esercitare direttamente i compiti di regolazione e controllo dei settori alla cui salvaguardia sono preposte⁷⁹.

Il Consiglio di Stato ha rilevato che il fondamento del potere di raccomandazione vincolante può originarsi, genericamente, *«nell'esercizio delle proprie funzioni»* da parte dell'ANAC e che *“anche se occasionato o sollecitato dall'esercizio di altre funzioni, è espressione della vigilanza esercitata dall'ANAC sui contratti pubblici e, correttamente, l'esercizio del relativo potere viene proceduralizzato nell'ambito della vigilanza, quale sua propria sedes materiae.”*

Il Consiglio di Stato, nel parere ricondusse il potere di raccomandazione vincolante al *genus* della vigilanza ed in particolare alla *species* di “vigilanza

⁷⁹ In senso analogo Consiglio di Stato nel parere n. 1920 del 14 settembre 2016, con riferimento allo schema di regolamento ANAC per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del codice (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 245 del 19 ottobre 2016).

dinamica” affermando che si trattava di un istituto nuovo per l’ordinamento, di difficile inquadramento nel nostro sistema⁸⁰.

Prendendo le mosse dalle disposizioni della Legge delega n.11/2016 il Consiglio di Stato ha richiamato criticità già evidenziate in precedenza⁸¹ e ne ha evidenziate ulteriori che sono emerse dalla concreta attuazione dell’istituto. La legge delega al comma 1, lett. t), prevedeva l’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*».

⁸⁰ Il Consiglio di Stato, nel parere n. 855 del 2016, aveva già espresso motivate riserve sull’introduzione del nuovo istituto, segnalandone la natura di «*annullamento mascherato*», non facilmente compatibile con il riparto delle competenze riconosciute alle singole amministrazioni e con il sistema delle autonomie, e ne ha evidenziato in particolare l’anomalia della portata effettuale, sul piano della ragionevolezza e della presunzione di legittimità degli atti amministrativi sino a loro annullamento, in quanto la sanzione amministrativa, prevista dall’art. 211, comma 2, del codice colpisce il rifiuto di autotutela e, cioè, un provvedimento di cui deve presumersi la legittimità, sino a prova contraria, quasi a prefigurare una inedita «*responsabilità da atto legittimo*».

Nel medesimo parere la Commissione speciale ha raccomandato al legislatore una formulazione della disposizione in chiave di vigilanza collaborativa – pure prevista, in via generale, dall’art. 213 del codice – non dissimile da quella prevista dall’art. 21-*bis* della l. n. 287 del 1990 per l’Antitrust, compatibile con i principi fissati dalla Costituzione e con i limiti della legge delega, che nella lettera t) parla di «*controllo*» al fine di giustificare il potere dell’ANAC, usando una nozione coincidente con la qualificazione adoperata dal giudice delle leggi con riguardo alla legittimazione conferita dall’art. 21-*bis* all’Autorità garante della concorrenza e del mercato (Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20).

⁸¹ Cfr. parere sullo schema del Codice Appalti.

I giudici di Palazzo Spada ritennero che la lett. t) del comma 1 *“viene evidentemente considerata la base fondante del potere di raccomandazione vincolante”* ma che tuttavia era lecito dubitare sull’interpretazione fornita dall’ANAC della norma dalla quale l’autorità avrebbe ricavato il conferimento del potere di “raccomandazione” come una forma, anche indiretta, di annullamento d’ufficio e che la norma avrebbe consentito, quindi, di introdurre una nuova fattispecie di autotutela doverosa, dai connotati peculiari.

Veniva evidenziato che alla base dell’istituto dell’annullamento, come previsto dall’art. 21-nonies, comma 1, della l. n. 241 del 1990, vi è l’idea che il relativo potere può essere esercitato solo *«dall’organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge»*, e che la legge delega non contiene alcuna espressa attribuzione all’ANAC di un sostanziale potere di annullamento, seppure nella forma della “raccomandazione vincolante”.

Il Consiglio di Stato rilevava che *“il legislatore delegato, nell’assenza di una disposizione di delega inequivocabilmente attributiva all’ANAC, sul piano sostanziale, del potere di annullamento d’ufficio, ha attuato solo in parte il suo disegno innovatore, facendo della “raccomandazione vincolante” – quasi un ossimoro – il motore della revisione, ma mantenendone in capo alle singole stazioni appaltanti il veicolo formale, attraverso l’emanazione dell’atto conclusivo di tale inedita sequenza procedimentale.”*

Il Consiglio di Stato rilevava altresì alcune perplessità strutturali sull’istituto in termini giuridici ed alcune perplessità relative all’utilizzo dello stesso, derivanti dalla creazione di una responsabilità oggettiva avulsa dalla gravità (e dalla stessa esistenza) della violazione che inficia l’atto di gara censurato

dall’Autorità, che avrebbe potuto successivamente essere smentita dal giudice amministrativo. Ulteriori perplessità venivano evidenziate in merito alla circostanza che la sanzione amministrativa pecuniaria prevista a carico del solo dirigente sembrava recidere il rapporto di immedesimazione organica tra la stazione appaltante e il dirigente, deresponsabilizzando - anche agli effetti contabili - la stazione appaltante⁸² nonché relativamente alla efficacia “in concreto” del meccanismo, il quale non escludeva che la stazione appaltante avrebbe potuto sottrarsi alla raccomandazione, restando inerte o confermando espressamente l’aggiudicazione ritenuta illegittima, preferendo andare in contro alle sanzioni ovvero impugnando la raccomandazione vincolante, e ciò anche in considerazione della incerta efficacia dissuasiva della sanzione pecuniaria⁸³;

Di particolare rilevanza appare l’osservazione fornita dal massimo organo di giustizia amministrativa secondo cui tale istituto avrebbe potuto avere l’effetto contrario rispetto all’intento del legislatore di deflazionare il contenzioso amministrativo in quanto al contenzioso tra stazioni appaltanti e operatori economici si sarebbe potuto aggiungere quello, tutto interno alla sfera dei pubblici poteri, tra l’ANAC e le stazioni appaltanti, sia in ordine alla legittimità dei rispettivi contrastanti atti sia, e non da ultimo, in ordine alle eventuali (e reciproche) conseguenze risarcitorie.

⁸² A riguardo i giudici di palazzo Spada rilevano anche che vi sarebbe una dubbia compatibilità con l’art. 28 della Costituzione.

⁸³ Il Consiglio di Stato rileva che la sanzione, se rapportata ad appalti e concessioni di grande valore appare di modesto importo e potrebbe non raggiungere l’obiettivo di persuadere l’amministrazione.

Il Consiglio di Stato segnalava al Governo la necessità di riconsiderare la disposizione dell'art. 211, comma 2, del codice evidenziando che *“ove si volesse attribuire direttamente all'ANAC un vero e proprio potere di autotutela sostitutiva, non sarebbe sufficiente un intervento correttivo mediante decreto legislativo delegato, ma occorrerebbe una scelta legislativa espressa del Parlamento.”*

La Commissione rilevò che le raccomandazioni vincolanti acquistavano un rilievo senza dubbio preminente nell'espletamento da parte dell'Autorità del potere di vigilanza e per la novità e la incisività del potere riconosciuto all'ANAC di intervenire direttamente sullo svolgimento delle gare, esercitando una funzione non più solo di vigilanza ab externo sulla legittimità delle procedure di affidamento.

Sulla natura dello strumento della raccomandazione vincolante la Commissione rilevò che la raccomandazione vincolante si connotava quale provvedimento amministrativo a contenuto decisorio ed a carattere autoritativo, che obbliga la stazione appaltante a esercitare formalmente il potere di autotutela, annullando l'atto ritenuto illegittimo e rimuovendone gli eventuali effetti⁸⁴.

⁸⁴ La Commissione evidenzia che: *“da un lato, esso non può essere racchiuso, al di là del nomen iuris, nel modello della semplice “raccomandazione”, intesa quale invito all'esercizio di un potere spettante ad altro soggetto (si parla, infatti, di “raccomandazione vincolante” e dall'altro, non integra nemmeno gli estremi dell' “intervento sostitutivo”, che presuppone l'inerzia della stazione appaltante e provvede in suo luogo; - dall'altro ancora, il riferimento dell'art. 211, comma 2, al modello della “autotutela” deve tener conto del fatto che si tratta di un caso particolare di “autotutela doverosa” in cui, pur restando la stazione appaltante la titolare del potere formale di rimozione dell'atto, l'annullamento di questo discende da un ordine vincolante di un altro soggetto (l'ANAC), laddove invece l'art. 21-*

L'istituto inseriva nel Codice una forma di "autotutela doverosa" difficile da coniugare con i principi che disciplinano il ricorso all'istituto dell'autotutela e con i principi sottesi alla stessa che delineano un procedimento amministrativo di secondo grado all'interno del quale viene effettuata una nuova ponderazione dell'interesse pubblico primario, tenendo conto di tutti gli elementi *medio tempore* intervenuti⁸⁵.

Una parte della dottrina⁸⁶ ha ritenuto sussistere in capo all'Anac un potere discrezionale nell'*an* e nel quando ricorrere all'adozione delle raccomandazioni alla luce della circostanza che il legislatore aveva stabilito il presupposto per l'esercizio del potere nel riscontro, da parte dell'Autorità, di un vizio di legittimità degli atti delle procedure ad evidenza pubblica, ma non prevedeva un obbligo per l'ANAC di adottare la raccomandazione. Invero l'art.213, co.6 del Codice dei contratti, circoscriveva l'obbligo dell'ANAC alla trasmissione degli atti e dei propri rilievi agli organi di controllo e alle competenti Procure della Repubblica solo laddove le irregolarità avevano rilevanza penale. Non vi era cenno nella norma ad una doverosità dell'invio delle raccomandazioni. Il solo vero obbligo in capo all'Anac previsto dalla

nonies, comma 1, della l. n. 241 del 1990, stabilisce che «il provvedimento amministrativo illegittimo [...] può essere annullato d'ufficio [...] dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge». Ci si trova di fronte, insomma, ad una fattispecie a formazione progressiva, in cui vi è una separazione tra un sostanziale ordine di revisione degli atti di gara attribuito all'ANAC e la formale titolarità della rimozione di tali atti in capo alla stazione appaltante.

⁸⁵ In tal senso LIPARI, *La tutela giurisdizionale precontenziosa nel nuovo codice dei contratti pubblici* (d.lgs. 50/16), in www.federalismi.it, 2016, 5.

⁸⁶ FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici* in *Urbanistica e appalti*, 8-9/2016 p.837.

norma era quello di procedere alla trasmissione degli atti e dei propri rilievi alle competenti Procure della Repubblica, qualora le irregolarità avessero rilevanza penale ed agli organi competenti ed alla Corte dei Conti qualora dalle irregolarità potesse derivare un danno alla pubblica Amministrazione e/o un danno erariale.

Dalla formulazione della norma discendeva un potere “in bianco” in capo all’Autorità la quale discrezionalmente avrebbe potuto, nell’ambito della propria attività di vigilanza, scegliere se attivare o meno il procedimento di raccomandazione.

Secondo una diversa ricostruzione, parte della dottrina⁸⁷ ha ritenuto che l’Autorità sarebbe sempre stata obbligata ad esercitare il potere di raccomandazione una volta venuta a conoscenza, a seguito di esposto, dell’illegittimità dell’atto di una procedura ad evidenza pubblica.

Tale interpretazione muoveva dal considerando 122 della direttiva 2014/24/UE che attribuirebbe all’ANAC il compito di tutelare in maniera oggettiva l’ordinamento⁸⁸.

⁸⁷ VELTRI, *il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche, rielaborazione del contributo della relazione al convegno sul tema “Il nuovo codice dei contratti pubblici”* – Aula Magna SPISA, Bologna 23 maggio 2016.

⁸⁸ Considerando 122 della Direttiva 2014/24/UE “*La direttiva 89/665/CEE prevede che determinate procedure di ricorso siano accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione del diritto dell’Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto. La presente direttiva non dovrebbe pregiudicare tali procedure di ricorso. Tuttavia, i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto. Dovrebbero pertanto avere la*

Relativamente al perimetro di azione occorre rilevare che il potere di raccomandazione era stato inteso dal legislatore come limitato al settore delle procedure ad evidenza pubblica e che al di fuori delle stesse, anche nel caso in cui l’Autorità avesse rilevato comportamenti illegittimi nell’adozione di un provvedimento della pubblica amministrazione, la stessa non avrebbe potuto agire per il tramite di detto strumento.

Il 15 febbraio 2017 l’ANAC ha adottato il “Regolamento sull’esercizio dell’attività di vigilanza in materia di contratti pubblici”⁸⁹. Nella relazione illustrativa al regolamento l’Autorità, tenendo conto delle osservazioni mosse dal Consiglio di Stato, ha svolto una revisione della bozza di regolamento prefissandosi una serie di obiettivi tra i quali quello di definire in modo preciso le tipologie di provvedimenti da adottare a conclusione del procedimento di vigilanza. Sotto questo profilo ha ritenuto necessario circoscrivere in modo tassativo l’ambito di operatività delle raccomandazioni vincolanti, nei modi previsti dalla legge delega, all’accertamento e alla rimozione degli effetti di eventuali atti illegittimi attinenti alla procedura di gara, ha precisato che, in linea di continuità con la vigilanza già esercitata, tali accertamenti e raccomandazioni avrebbero potuto riguardare tutte le fattispecie

possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all’autorità o alla struttura competente. Al fine di non creare duplicazioni di autorità o strutture esistenti, gli Stati membri dovrebbero essere in grado di prevedere il ricorso ad autorità o strutture di controllo generali, organi di vigilanza settoriali, autorità di vigilanza comunali, autorità competenti in materia di concorrenza, al Mediatore o ad autorità nazionali competenti in materia di audit.”

⁸⁹ pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 49 del 28 febbraio 2017

contrattuali del codice e quindi anche le procedure di affidamento delle concessioni e del partenariato pubblico privato e tutte le fasi dei contratti pubblici, dovendosi intendere le “procedure di affidamento” non come la sola fase di affidamento del contratto, ma come tutta la vita del contratto, dalla fase dell’individuazione della controparte contrattuale alla esecuzione del contratto. Le indicazioni fornite dai Giudici di Palazzo Spada spinsero l’Autorità a rafforzare le garanzie di partecipazione al procedimento per i soggetti coinvolti con particolare riferimento alla stazione appaltante ed al dirigente responsabile nei procedimenti conclusi con raccomandazioni vincolanti, visto anche il regime sanzionatorio ad essi connesso.

Anche successivamente all’emanazione del regolamento, la dottrina continuò a manifestare perplessità in merito all’istituto ed alla sua difficile collocazione all’interno del sistema ed alla stessa definizione dell’istituto⁹⁰.

Le maggiori criticità rilevate dagli studiosi ebbero ad oggetto il rapporto tra il potere attribuito dalla norma all’Autorità e l’istituto della autotutela, richiamato dalla norma. Difatti, come analizzato, in caso di rilevati comportamenti illegittimi l’ANAC ha il potere di “invitare” l’amministrazione ad annullare in autotutela gli atti ritenuti illegittimi e, nel caso di mancato adeguamento da parte dell’amministrazione alle raccomandazioni formulate è tenuta ad applicare le sanzioni.

⁹⁰ Sul punto R. DE NICTOLIS, *il nuovo codice dei contratti pubblici*, in Urb e App., 5-2016, 503 ss. spec. 539; M. A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 15-2016; M. LIPARI, *la tutela giurisdizionale e precontenziosa nel nuovo Codice dei Contratti pubblici (d.lgs. 50/16)*, in www.federalismi.it 10-2016.

Per come configurata, la norma sembrava attribuire un potere di autotutela doveroso in seguito ad un apprezzamento di illegittimità effettuato da un organo diverso da quello che ha emanato l'atto⁹¹. Venne evidenziato che la norma aveva di fatto attribuito all'Autorità il potere di decidere sulla sorte degli atti di gara in autotutela, rendendo l'amministrazione mera esecutrice del *decisum* dell'Autorità.

È stato altresì evidenziato che l'annullamento d'ufficio non è l'unico rimedio disciplinato dall'istituto generale dell'autotutela amministrativa e che, anzi, nell'autotutela, oltre ai poteri ad esito eliminatorio, vi rientrano poteri ad esito conservativo che *“in una logica di sistema, dovrebbero essere assistiti da un regime di preferenza”*⁹².

3. L'abrogazione del potere di raccomandazione e il nuovo potere di legittimazione attiva dell'Autorità

Le perplessità manifestate furono recepite dal legislatore che con il d. lgs. 56/2017 del 19 aprile 2017, primo correttivo al nuovo Codice dei Contratti pubblici, ha abrogato il comma 2 dell'art. 211 ed eliminato il potere di raccomandazione vincolante.

Non è stato possibile pertanto, nell'attività di ricerca, analizzarne l'evoluzione né, tantomeno, l'utilizzo pratico dell'istituto delle raccomandazioni vincolanti in quanto il “Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici” che ha disciplinato le modalità attuative dello stesso, come

⁹¹ In tal senso S. TUCCILLO, *le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative*, in www.federalismi.it, 6/2017.

⁹² S. TUCCILLO, cfr. nota 84.

detto, è stato pubblicato il 15 febbraio 2017 ma dopo solo due mesi l'istituto è stato abrogato con il I correttivo al Codice e sostituito con l'attribuzione della legittimazione ad impugnare i provvedimenti in materia di contratti pubblici.

Infatti, ai sensi del comma 1bis dell'art.213 per come riformulato ad opera del d.l. 24 aprile 2017 n.50, compete in capo all'ANAC ad oggi ha il potere di 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.

Il successivo comma 1ter disegna un particolare procedimento prodromico all'impugnativa. L'Autorità, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificatamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante e, se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'Autorità è legittimata ad agire presentando ricorso dinnanzi al TAR competente entro i successivi trenta giorni.

Lo strumento in esame attribuisce per la prima volta all'Autorità il potere di agire in giudizio, legittimandola a impugnare atti e provvedimenti viziati da violazioni della normativa in materia di contratti pubblici. La previsione di cui alla nuova formulazione dell'art. 211, comma 1-bis, secondo cui l'Autorità 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 S.A., qualora ritenga che questi violino le norme in materia di contratti pubblici investe l'Autorità di un'ipotesi generale di legittimazione al ricorso, non subordinata a particolari regole procedurali e che consente di esercitare un potere di impugnazione veloce e snello.

L'ipotesi disciplinata dal successivo comma 1-ter è contrassegnata, per le ipotesi di "gravi violazioni" del Codice, da un preventivo passaggio, rappresentato da un parere motivato emesso dall'Autorità e dalla mancata adesione allo stesso da parte della stazione appaltante.

L'art.213 co.1 ter, infatti, prevede che l'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del Codice, 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 e, se questa non vi si conforma entro il termine assegnato, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può proporre ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Il parere ha lo scopo di sollecitare l'esercizio del potere di autotutela amministrativa, la quale raggiunge il suo scopo allorquando l'amministrazione si conforma al parere. La *ratio* ispiratrice della previsione in esame è stata accostata alla *ratio* sottesa al diverso istituto del soccorso istruttorio, in un'ottica di immediato intervento, emendativo di eventuali errori nell'espletamento dell'attività amministrativa, cercando di evitare il ricorso all'intervento giurisdizionale.

La funzione attribuita all'ANAC è, in tal senso, riconducibile al potere/dovere di vigilanza preventiva affidata alla stessa Autorità, in un'ottica deflattiva del

contenzioso, preordinata a promuovere l'interlocuzione con la stazione appaltante allo scopo di stimolarne lo spontaneo adeguamento. In tali casi l'Autorità non solo segnala "le violazioni riscontrate", ma indica anche "i rimedi da adottare per eliminarle".

La previsione recata dal novellato art. 211 non costituisce un *unicum* nel nostro sistema giuridico che già prevede casi di legittimazione attiva in capo alle Autorità indipendenti. Tra questi il potere già attribuito all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dall'articolo 21-bis della legge 287/1990 avente ad oggetto la legittimazione "speciale" dell'Autorità in materia di provvedimenti amministrativi lesivi delle norme a tutela della concorrenza; alla Banca d'Italia e la Consob che sono da tempo legittimate, ai sensi del d.lgs. 58/1998, ad impugnare le deliberazioni o gli atti delle società vigilate adottati in violazione di alcune disposizioni sul diritto di voto in materia di intermediazione finanziaria.

Lo spazio di "discrezionalità" riconosciuto dalla norma all'ANAC nell'esercizio del potere di impugnazione, ha consentito all'Autorità di operare una selezione delle fattispecie che, per gravità e consistenza, rendono opportuno il ricorso a questo strumento.

L'Autorità ha, così, definito espressamente gli atti impugnabili, le fattispecie legittimanti il ricorso, il procedimento per l'emissione del parere motivato, le modalità di proposizione del ricorso, nonché i rapporti con altri procedimenti dell'Autorità e le forme di pubblicità delle relative delibere, elementi tutti che hanno trovato spazio nel Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, commi 1-bis e 1-ter, adottato dall'ANAC il 23 giugno 2018.

Il testo finale è stato valutato in maniera positiva dal Consiglio di Stato nel parere n. 1119 del 2018, ed è il frutto di un lavoro di confronto e recepimento non solo delle osservazioni espresse dal supremo consesso, ma anche di quelle pervenute dagli stakeholder, a seguito della procedura di consultazione pubblica che l'ANAC ha ritenuto di svolgere con gli operatori del settore.

Nella sua formulazione definitiva, il regolamento è entrato in vigore il 1° agosto 2018 e ha consentito, da subito, l'esercizio in concreto dei nuovi poteri conferiti.

Pare opportuno analizzare i punti cardine del regolamento che disciplina la legittimazione all'impugnazione dell'ANAC. All'art. 3 viene specificato che l'impugnazione di cui all'articolo 211, comma 1-bis, del codice, si esercita nei confronti di atti relativi a contratti "di rilevante impatto". L'Autorità precisa che per "rilevante impatto" si intendono i contratti che riguardano un ampio numero di operatori; i contratti relativi ai "grandi eventi", ad interventi disposti a seguito di calamità naturali, alla realizzazione di grandi infrastrutture strategiche.

Si esercita, altresì, nei confronti dei contratti riconducibili a fattispecie criminose, situazioni anomale o sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti.

Nei confronti dei contratti relativi ad opere, servizi o forniture aventi particolare impatto sull'ambiente, il paesaggio, i beni culturali, il territorio, la salute, la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e nei confronti dei contratti aventi ad oggetto lavori di importo pari o superiore a 15 milioni di euro ovvero servizi e/o forniture di importo pari o superiore a 25 milioni di euro.

Viene precisato che il termine per l'esercizio del potere di impugnazione decorre, per gli atti soggetti a pubblicità legale o notizia dalla data di pubblicazione mentre per gli altri atti dall'acquisizione della notizia da parte dell'Autorità, dell'emanazione dell'atto.

All'art.4 viene precisato che gli atti impugnabili sono tutti gli atti legati alle procedure ad evidenza pubblica delle stazioni appaltanti nei settori ordinari e settori speciali⁹³.

L'art. 6, nel prevedere le fattispecie tassative legittimanti l'Autorità ad emettere un parere motivato ed, in caso di esito negativo, a ricorrere al giudice amministrativo, sono: a) l'affidamento di contratti pubblici senza previa pubblicazione di bando o avviso nella GUUE, nella GURI, sul profilo di committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'Autorità, laddove tale pubblicazione sia prescritta dal codice; b) affidamento mediante procedura diversa da quella aperta e ristretta fuori dai casi consentiti, e quando questo abbia determinato l'omissione di bando o

⁹³ Articolo 4 - Atti impugnabili:

Nell'esercizio dei poteri di cui al presente capo l'Autorità impugna i seguenti atti: Regolamenti e atti amministrativi di carattere generale, quali bandi, avvisi, sistemi di qualificazione degli operatori economici istituiti dagli enti aggiudicatori nei settori speciali, atti di programmazione, capitolati speciali di appalto, bandi-tipo adottati dalle stazioni appaltanti, atti d'indirizzo e direttive che stabiliscono modalità partecipative alle procedure di gara e condizioni contrattuali; provvedimenti quali delibere a contrarre, ammissioni ed esclusioni dell'operatore economico dalla gara, aggiudicazioni, validazioni e approvazioni della progettazione, nomine del RUP, nomine della commissione giudicatrice, atti afferenti a rinnovo tacito, provvedimenti applicativi della clausola revisione prezzi e dell'adeguamento dei prezzi, autorizzazioni del Responsabile del procedimento e/o approvazioni di varianti o modifiche, affidamenti di lavori, servizi o forniture supplementari.

avviso ovvero l'irregolare utilizzo dell'avviso di pre-informazione di cui all'articolo 59, comma 5 e all'articolo 70 del codice;

c) atto afferente a rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture;

d) modifica sostanziale del contratto che avrebbe richiesto una nuova procedura di gara ai sensi degli articoli 106 e 175 del codice;

e) mancata o illegittima esclusione di un concorrente nei casi previsti dall'articolo 80 e dall'articolo 83, comma 1, del codice;

f) contratto affidato in presenza di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'UE in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 del TFUE;

g) mancata risoluzione del contratto nei casi di cui all'articolo 108, comma 2 del codice;

h) bando o altro atto indittivo di procedure ad evidenza pubblica che contenga clausole o misure ingiustificatamente restrittive della partecipazione e, più in generale, della concorrenza.

La procedura consta di una serie di atti concatenati tra loro. L'art.8 prevede che entro 60 giorni dall'acquisizione della notizia, il Consiglio dell'Autorità emette un parere motivato nel quale sono segnalate le violazioni riscontrate e indicati i rimedi da adottare per eliminarle. Tali rimedi devono essere adottati entro sessanta giorni dall'avvenuta trasmissione del parere alla stazione appaltante. L'art.9 precisa che l'ufficio competente è tenuto a verificare le misure adottate dalla stazione appaltante, ed in caso di riscontro di mancata adozione di atti adeguati alle prescrizioni contenute nel parere l'Autorità è tenuta a proporre

ricorso dinnanzi il competente giudice amministrativo entro 30 giorni dalla ricezione della risposta da parte della stazione appaltante e, in caso di mancato riscontro da parte della stessa, allo scadere del termine di 60 giorni previsto all'art.9 co.2, termine entro il quale la stazione appaltante è tenuta ad informare l'ANAC delle misure intraprese.

Viene precisato all'art.11 che l'Autorità deve ricevere notizia dell'illegittimo operato di una stazione appaltante durante l'esercizio della propria attività istituzionale e la stessa valuta prioritariamente le segnalazioni ricevute da autorità giudiziaria amministrativa, dai pubblici ministeri, dall'Avvocatura dello Stato e che è facoltà dell'Autorità di valutare le segnalazioni ricevute da terzi dando priorità ai casi più gravi, intesi quest'ultimi come le situazioni in cui sono coinvolti un maggior numero di interessi.

Alla luce della terzietà che contraddistingue l'attività dell'ANAC la stessa ha posto in termini residuali le ipotesi di attivazione su segnalazione di privati al fine di scongiurare rischi di strumentalizzazione da parte di operatori economici direttamente lesi dall'atto oggetto di censura⁹⁴, nel regolamento è stato precisato che l'Autorità acquisisce la notizia nell'esercizio della propria attività istituzionale «ordinariamente d'ufficio» ed è stato chiarito che le segnalazioni da parte di terzi possono essere valutate dall'Autorità in considerazione delle risorse disponibili e tenendo conto della gravità della violazione e della rilevanza degli interessi coinvolti dall'appalto.

Ciò in quanto l'Autorità, come anche considerato dal Consiglio di Stato nel parere reso, non agisce in giudizio su istanza di parte, perché non esercita un

⁹⁴ In tal senso ANAC - relazione annuale 2018, Roma Camera dei Deputati 6 giugno 2019.

potere amministrativo in senso stretto, ma piuttosto un diritto di azione, il cui esercizio è rimesso esclusivamente al suo titolare.

Il Consiglio di Stato in sede di parere n.1119 del 2018 ha evidenziato che con il Regolamento sull'esercizio dei poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione di cui all'art. 211, commi 1 bis e 1 ter si è introdotto nel sistema un peculiare strumento di vigilanza collaborativa con le stazioni appaltanti che si coniuga con i più generali poteri di vigilanza e controllo volti ad assicurare - quanto più possibile - il pieno ed effettivo rispetto dei principi su cui sono imperniati gli appalti pubblici.

La sostituzione del potere di raccomandazione vincolante con il potere dell'ANAC di ricorrere al giudice amministrativo nel caso in cui le amministrazioni non dovessero aderire al parere reso dall'Autorità fa venir meno le perplessità sorte sull'inquadramento dell'anomalo ed esorbitante istituto delle raccomandazioni vincolanti ed allo stesso tempo non incide sul potere di vigilanza attribuito all'Autorità e consente a quest'ultima di svolgere in maniera adeguata e nei limiti prefissati dalle norme di rango primario, il proprio ruolo nel settore.

4. I pareri di precontenzioso

4.1. Il potere di emanare pareri di precontenzioso per come delineato dal d.lgs. 163/2006 ed il forte riscontro nel sistema.

Come anticipato nel I Capitolo, il potere di precontenzioso era stato già previsto in capo all'AVCP dall'art.6 del d.lgs. 163/2006. L'attività di vigilanza "tradizionale" incentrata sulla repressione veniva ampliata con la più nuova forma di vigilanza – prevenzione, una vigilanza collaborativa svolta al fianco

delle stazioni appaltanti nell'espletamento delle procedure di gara, al fine di accompagnarle nell'orientamento delle loro scelte.

Con riferimento alle modalità di attuazione del potere di esprimere pareri di precontenzioso l'AVCP il 10 ottobre 2006⁹⁵ adottò un apposito regolamento, per disciplinare il procedimento di soluzione delle controversie, in attuazione dell'art.6 co.7 lett n) del d.lgs. 163/2006.

Nel sistema non si trattò di una novità assoluta. Invero nello schema di regolamento generale della legge Merloni⁹⁶ fu proposta l'attribuzione in capo all'AVCP del potere di esprimere pareri vincolanti ma la Corte dei Conti censurò la norma ricusandone il visto (art.4, co.4, D.P.R. 21 dicembre 1999 n.554) per mancanza di copertura legislativa.

Il legislatore con il d.lgs. 163/2006 ha optato per una soluzione più "debole" consentendo all'Autorità di esprimere un "parere non vincolante", laddove il vecchio regolamento avrebbe voluto una determinazione ad efficacia vincolante. È stato evidenziato che la scelta del legislatore del d.lgs.163/2006 era *"un'ulteriore conferma della persistente diffidenza dell'ordinamento, pur*

⁹⁵ Pubblicato in G.U., 24 ottobre 2006 n.248, sostituito dai regolamenti 10 gennaio 2008, 1° marzo 2012, 24 aprile 2013, 13-14 febbraio 2014.

⁹⁶ Si legge nella relazione governativa al regolamento: *<<non essendo configurabile allo stato dell'ordinamento - al di là degli aspetti sanzionatori - un potere dell'Autorità di emettere statuizioni con effetto vincolante erga omnes e, nemmeno verso singoli (...) si è ritenuto di prevedere un meccanismo che attribuisca all'Autorità, investita del relativo potere della volontà consensuale, la regolamentazione della specifica fattispecie, attraverso un momento di composizione stragiudiziale e pregiudiziale della possibile vertenza, che consenta all'autorità di dettare la regola per il caso concreto>>.*

*di fronte all'esperienza di altri paesi, ad immaginare un'istituzione forte a presidio di un settore delicatissimo che è e rimane a rischio*⁹⁷.

Il paradigma del precedente iter procedimentale era definito dal Regolamento del 30 giugno 2008 e prevedeva che la presentazione della domanda poteva avvenire da uno o più soggetti interessati alla gara, ma anche da soggetti portatori di interessi diffusi. La scelta di legittimare attivamente i portatori di interessi diffusi dimostrava la circostanza che il legislatore ha inteso negli ultimi anni elevare la ricerca di legittimità a bene di interesse a carattere generale e obbiettivo del sistema, inteso nella più ampia accezione.

Nella configurazione del precedente codice degli appalti vi era una sorta di “tutela cautelare spontanea” nel senso che quando la richiesta di parere proveniva da una amministrazione la stessa avrebbe acconsentito a non proseguire la procedura prima dell’emanazione del parere, mentre se il parere era richiesto da parte del privato l’amministrazione era solo invitata a non provvedere per evitare di pregiudicare l’esito del parere.

La legge definiva il provvedimento finale adottato da un’apposita commissione per la soluzione delle controversie quale “decisione denominata parere”. Si trattava evidentemente di un atto di *soft regulation* a contenuto tenue in contrasto con il significato letterale del termine “decisione” e più facilmente riconducibile agli atti di indirizzo delle Autorità Amministrative indipendenti. Come anticipato nei paragrafi che precedono, il d.l. 90/14 ha conferito all’Autorità una nuova dimensione e, a seguito della riconfigurazione

⁹⁷ M. CORSINI - G. FERRARI in, *Codice degli Appalti Pubblici* V ed. a cura di R. GAROFOLI – G. FERRARI commento all’art.6 del d.lgs.-.

istituzionale e dei cambiamenti organizzativi operati, ha iniziato una fase di continua sperimentazione dei modelli organizzativo gestionali di cui è stata dotata.

Con il D.L. 90/14 sono delineati maggiormente i poteri ispettivi, poteri di vigilanza speciale dell'autorità volti ad un tipo di controllo collaborativo.

L'Autorità ha adottato il Regolamento n.33 del 2015 che definiva i criteri ed il procedimento da attuare per la formulazione di pareri su istanza dei privati e di pubbliche amministrazioni, pareri da esprimere su singoli casi concreti in materia di prevenzione alla corruzione, di incompatibilità e inconfiribilità di incarichi, etica pubblica e conflitti di interesse, contratti pubblici e obbligo di trasparenza.

Nel corso del 2015 i provvedimenti su istanza di parte emessi dall'Autorità sono stati circa seicento, di questi 200 ca. hanno assunto la forma di parere (anche pareri sotto forma semplificata così come era previsto all'art.8 del citato Regolamento) con i quali l'Autorità ha elaborato ipotesi di soluzione del caso concreto in seguito ad un procedimento nel quale avevano diritto di parteciparvi tutte le parti interessate. Le restanti questioni sollevate all'Autorità (ca. 400) si sono concluse senza un provvedimento ma con un richiamo da parte dell'Autorità dell'orientamento consolidato, proprio o della giurisprudenza, sulla questione dedotta in richiesta di parere, al fine di permettere di trarne una possibile soluzione della problematicità evidenziata.

I pareri espressi dall'Autorità continuavano ad avere un carattere tenue e di indirizzo in quanto gli stessi non vincolavano le parti, per cui, all'atto dell'emissione dei pareri, l'Autorità richiede alle stazioni appaltanti di dare

comunicazione degli eventuali provvedimenti assunti in seguito dagli operatori.

A prescindere dalla natura di atto di *moral suasion* non vincolante, dei pareri dell'ANAC per così come definiti dal Regolamento n.33/2015, nel 2015 i dati confermavano che il precontenzioso è andato affermandosi in maniera molto forte nel campo dei contratti pubblici come valido rimedio di risoluzione delle criticità.

4.2. I pareri di precontenzioso alla luce del Nuovo Codice dei Contratti

Il D. lgs. n. 50/2016, anche alla luce del successo ottenuto dalla funzione precontenziosa come ADR *Alternative Dispute Resolution* per come disciplinato dal vecchio codice, ha confermato la disciplina previgente attribuendo all'ANAC la funzione di componimento stragiudiziale delle controversie insorte nella fase di scelta del contraente. Il nuovo codice ha attribuito maggiori poteri all'ANAC ed ampliato lo strumento di ADR prevedendo, all'art. 211 comma 1, che il parere espresso dall'Autorità possa assumere caratteri vincolanti per le parti che “*abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito*”. I primi commentatori⁹⁸ hanno evidenziato, così come il Consiglio di Stato in sede di parere sulla bozza del codice dei contratti, che la norma per come ampliata dal nuovo codice dei contratti potrebbe aver dato vita ad un istituto non più in grado di incidere quale strumento deflattivo del contenzioso, al quale l'istituto in esame è preordinato. È stato evidenziato che vi sarebbe una difficoltà di teorizzare per le parti un

⁹⁸ VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche* in www.giustizia-amministrativa.it, 2016

vincolo preventivo rispetto al parere dell'ANAC anche alla luce del fatto che trattandosi di un parere di precontenzioso non vi dovrebbe essere già un conflitto vero e proprio tra le stesse.

Un'ulteriore questione di carattere pratico venne individuata nella difficoltà di definire l'ambito soggettivo del vincolo derivante dal parere ANAC. La dottrina ha evidenziato che il parere, per assolvere alla sua funzione deflattiva del contenzioso avrebbe dovuto vincolare non solo il singolo operatore e la stazione appaltante ma anche tutti i controinteressati e che, tuttavia, è difficile che le parti interessate e controinteressate addivengano ad una spontanea adesione preventiva al parere delle Autorità anche alla luce del fatto che in una procedura ad evidenza pubblica il numero dei controinteressati è potenzialmente pari al numero dei concorrenti. Potrebbe quindi in linea astratta accadere che un parere vincolante per una o due parti possa essere contestato senza limiti da altri soggetti specie quando al parere si attenga la stazione appaltante in favore di una controparte diretta⁹⁹.

Un altro rischio riferito alla poca effettività dell'azione deflattiva dell'istituto è stato rinvenuto nella circostanza che il termine entro il quale l'ANAC deve pronunciarsi sulla richiesta di parere, pari a 30 giorni, coincide con quello per la proposizione del ricorso giurisdizionale che decorre dalla richiesta delle parti che, evidentemente, sarà successiva rispetto alla data di conoscenza dell'atto e

⁹⁹ DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Corr. Giur.*, 2016, 5, 503

dunque al *dies a quo* per il decorso del termine per proporre il ricorso giurisdizionale¹⁰⁰.

Ci si è posti poi il problema di stabilire se, una volta sopraggiunto il parere vincolante dell'ANAC, che è autonomamente impugnabile, l'interesse al ricorso dell'operatore economico debba concentrarsi su tale parere o se persista l'onere di impugnare anche i provvedimenti originali contestati. Secondo la dottrina maggioritaria sarebbe da accogliere la seconda soluzione in quanto l'atto dell'ANAC non sarebbe capace di incidere direttamente su tali provvedimenti ma si limiterebbe a dare un parere sulla loro legittimità¹⁰¹.

Alla nascita dell'istituto, per come riformulato dal nuovo codice venne evidenziato che lo stesso *“potrà essere efficace solo se l'ANAC saprà, nei suoi pareri, essere talmente autorevole da far rendere prevedibile che in un eventuale contenzioso giurisdizionale il Giudice non potrebbe che aderire alla tesi del parere. Diversamente, il rischio è che il contenzioso si moltiplichi, aggiungendosi a quello sugli atti di gara quello sui pareri dell'ANAC”*¹⁰².

¹⁰⁰ Sul punto si veda VELTRI, opera citata alla nota n.98, secondo il quale *“il parere deve essere impugnato pena l'inammissibilità dell'impugnazione dell'atto amministrativo che lo recepisce, e dunque se la vicenda riguarda ad esempio una possibile esclusione, ancor prima che arrivi l'atto amministrativo conforme al parere l'offerente interessato, o l'offerente contro interessato (a seconda del tenore del parere), avrà un ulteriore atto da contestare con conseguente aggravio sul versante giurisdizionale”*.

¹⁰¹ In tal senso DE NICTOLIS, op. cit. sub. 99, ove si evidenzia quanto segue: *“Secondo la disciplina sinora vigente il parere ANAC non era vincolante e dunque non era impugnabile, sicchè anche dopo l'espressione di parere, il contenzioso aveva ad oggetto sempre e solo gli atti di gara, nella nuova disciplina il parere vincolante è impugnabile, sicchè oggetto del giudizio sono sia gli atti originari di gara, sia il parere ANAC, con il rischio di un aumento del contenzioso”*.

¹⁰² DE NICTOLIS, op. cit. n.99, nello stesso senso anche Veltri, op. cit. n.99

Alla luce delle modifiche introdotte dal d.lgs. 50/2016, l'Anac ha predisposto uno Schema di regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso ai sensi dell'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Il nuovo regolamento sostituisce i regolamenti già approvati ai sensi dell'art. 6, comma 6, lett. n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il vecchio Codice dei contratti pubblici, adottato dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture – poi assorbita dall'ANAC.

L'Autorità, prima della pubblicazione del regolamento ha chiesto il parere del Consiglio di Stato. Quest'ultimo, in sede di valutazione dello schema di regolamento ha ritenuto di dover muovere la propria analisi dalla fonte primaria, richiamando quanto osservato in proposito dal Consiglio di Stato nel parere dato sullo schema del nuovo Codice dei contratti pubblici ed in particolare dall'analisi dell'art. 211 che ha introdotto nel sistema due strumenti in funzione deflattiva del contenzioso, il parere di precontenzioso vincolante e il potere di raccomandazione.

Il Consiglio di Stato, alla luce della circostanza che il parere ha carattere vincolante nei confronti delle parti che abbiano manifestato la volontà di aderirvi, al fine di evitare che lo strumento diventi un surrogato della giurisdizione amministrativa, confliggente con il principio di indisponibilità dell'interesse legittimo, in sede di parere sullo schema del nuovo codice dei contratti aveva suggerito al governo di precisarne la natura di decisione amministrativa e, dunque, soffermarsi sull'impugnabilità del parere innanzi agli organi della giustizia amministrativa, nonché l'assenza di un vincolo di "adeguata motivazione", invece presente nel testo originario. Il governo ha

recepito le indicazioni fornite dal Consiglio di stato e nella formulazione dell'art.211 del nuovo codice dei contratti, come pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, è stata precisata la natura di decisione amministrativa e, dunque, l'impugnabilità del parere innanzi agli organi della giustizia amministrativa.

Nonostante il regolamento avesse ad oggetto solo il potere di emanare pareri di precontenzioso e non anche l'istituto delle raccomandazioni vincolanti, prevista al comma 2 dell'art.211, il C.d.S. ha ritenuto necessario considerare l'intera disposizione di cui al codice *“poiché le due fattispecie presentano una funzione complementare, com'è dimostrato già dalla collocazione nello stesso articolo.”*

In tal modo gli istituti sono in rapporto “naturale” di alternatività e davano luogo ad un sistema di tutela pre-processuale completo, attivabile su iniziativa di parte (parere di precontenzioso), o, in mancanza, d'ufficio (potere di raccomandazione).

L'art. 211 del Codice dei Contratti non contiene un'espressa previsione del potere in capo all'Autorità, di regolamentare l'istituto del precontenzioso, ma il Consiglio di Stato in sede di parere sulla bozza di regolamento ha ritenuto che *“non vi è dubbio circa la legittimazione dell'ANAC ad adottare questo tipo di regolamenti, che in passato nessuno ha mai messo in discussione”* anche alla luce del fatto che *“alle Autorità indipendenti in generale ed a quelle di regolazione in particolare il potere regolamentare spetta quale corollario delle attribuzioni loro riconosciute dalla legge, strettamente connesso all'elemento di indipendenza che le connota, esso traducendosi nel riconoscimento del*

potere di esercitare direttamente i compiti di regolamentazione e controllo dei settori alla cui salvaguardia sono preposte”.

Con riguardo alla collocazione del regolamento in esame nel sistema delle fonti, lo stesso va ricondotto alla categoria dei regolamenti di organizzazione di cui all’art. 17, comma 1, lett. d) della legge 23 agosto 1988, n. 400 che attribuisce il potere regolamentare per “l’organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni”.

Tuttavia, il Consiglio di Stato ha posto in evidenza che il regolamento di organizzazione e funzionamento, quale fonte subordinata, andava analizzato alla luce della sua possibile incidenza sul diritto di difesa delle parti che intendano attivare lo strumento di tutela. Il regolamento in oggetto può senz’altro indicare le attività strettamente organizzative degli Uffici dell’ANAC e alcune modalità estrinseche di compimento degli atti delle parti, ma non può, invece, limitare la protezione del diritto di azione delle parti stesse. Viene anche sottolineato che la funzione di regolazione trova una propria copertura nei principi costituzionali di cui agli artt. 41 e 97 Cost. e nei principi comunitari di libera concorrenza, diritto di circolazione e di stabilimento, opera elettivamente in una materia dove i tratti di tecnicità e neutralità, tipici delle Autorità di settore, sono esaltati dall’attribuzione di poteri di intervento che interferiscono con la tutela processuale, tanto da far correre il rischio di una trasformazione in senso giurisdizionale della procedura.

Il sistema riconosce che gli atti di regolazione adottati dalle Autorità, proprio perché espressione di un potere che è carente sotto il profilo della legalità sostanziale e promananti da soggetti che sfuggono al tradizionale circuito della

responsabilità politica, devono necessariamente essere adottati nel rispetto di un procedimento articolato, aperto al contraddittorio e alla partecipazione dei soggetti interessati, e sottoposto al vaglio consultivo del Consiglio di Stato.

Ritiene il supremo organo di Giustizia Amministrativa che *“si è così instaurata una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell’attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri regolatori e amministrativi in bianco, tanto maggiore è l’esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessanti nel procedimento finalizzato all’assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull’assetto del mercato e sugli operatori.”* Il regolamento costituisce una fonte normativa tipica tendente a dettare norme di azione per la Pubblica Amministrazione e non già regole di condotta per gli operatori.

Il decreto in esame è essenzialmente rivolto all’interno, anche se con inevitabili ricadute sui terzi, mentre le linee guida vincolanti sono rivolte all’esterno. Alla luce di tali osservazioni, ritengono i giudici di palazzo Spada che le stesse confermano la natura di regolamento di organizzazione.

Il Consiglio riconduce il regolamento nel sistema delle ADR, sia pure con indiscutibili tratti di specialità, poiché la procedura riposa sulla volontà delle parti, in base a un sistema binario, a seconda che vi sia o meno l’assenso all’efficacia vincolante del parere, e sfocia in un atto amministrativo che, quando ha efficacia vincolante, può essere impugnato in sede giurisdizionale.

Viene evidenziato che nonostante le ADR *“attengono generalmente a diritti disponibili, tale principio appare insuperabile solo nell’ambito dei mezzi non*

aggiudicativi, come la mediazione o la negoziazione assistita, che hanno una connotazione marcatamente privatistica, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale. Nell'ipotesi in esame, invece, la procedura è svolta e decisa da un organo pubblico, che appartiene al novero delle Autorità indipendenti di settore, come AGCM, cui sono riconosciute funzioni non lontane dalla giurisdizione.”

Nei casi in cui il parere non sia vincolante, l'istituto è agevolmente riconducibile agli atti di *moral suasion*, sul modello dei *responsa* di romanistica memoria, poiché il terzo da cui proviene non è un privato ma un'Autorità pubblica, che ha compiti di vigilanza e regolazione del settore.

Immediatamente è stato evidenziato che la previsione dell'efficacia vincolante su richiesta di parte, unita alla facoltà di fare ricorso giurisdizionale avverso il parere, complica il sistema. Da un lato in quanto, essendo il parere impugnabile, lo stesso avrebbe potuto essere automaticamente vincolante a prescindere dalla volontà delle parti, anche alla luce del fatto che nell'ordinamento, quando è previsto il ricorso (facoltativo) ad Autorità indipendenti, l'efficacia vincolante della decisione non è subordinata al previo consenso delle parti¹⁰³.

La bozza di regolamento sottoposta al vaglio del Consiglio di Stato prevedeva la possibilità in astratto che solo una parte potesse dichiarare di volersi attenere al *decisum* e che solo per quest'ultima il parere avrebbe avuto efficacia vincolante. Il massimo organo di giustizia amministrativa ha evidenziato che

¹⁰³ si pensi al ricorso al difensore civico o alla commissione per l'accesso.

l'efficacia soggettiva variabile compromette, se non l'effetto di deflazione, la linearità del sistema.

L'ANAC, recependo in gran parte le osservazioni del Consiglio di Stato, pur se espressione di suggerimenti di natura non vincolanti, ha emanato il 5 ottobre 2016 il "Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50"^{104 105}.

Con riguardo alla problematica evidenziata dal Consiglio di Stato circa l'efficacia soggettiva variabile l'Anac ha mantenuto in essere tale peculiarità e pertanto il parere vincola le parti che abbiano dichiarato di volersi attenere.

Nel dettaglio, la portata del vincolo ha effetti diversi a seconda del soggetto che si è impegnato al rispetto del parere: per la stazione appaltante, il vincolo

¹⁰⁴ pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 245 del 19 ottobre 2016

¹⁰⁵ Il regolamento ed il procedimento per come disciplinato dallo stesso può essere riassunto nei termini che seguono: L'art. 3 del Regolamento prevede che, nel caso di presentazione di istanza singola, le altre parti interessate hanno la possibilità di manifestare espressa adesione all'istanza, con la conseguenza che il parere reso acquisisce efficacia vincolante per tutti coloro che, con tale adesione, hanno manifestato il loro consenso. Nel caso di presentazione d'istanza congiunta, l'art. 4 prevede, invece, che gli istanti ne diano comunicazione anche agli altri soggetti interessati, i quali potranno manifestare anch'essi la loro adesione. Anche in questo caso il parere reso è vincolante per le parti che vi hanno acconsentito. Nell'ordine di trattazione delle istanze, viene data priorità a quelle per le quali sia stata manifestata la volontà di attenersi al parere reso (art. 5). Si precisa che l'istituto, di natura amministrativa, pur perseguendo un effetto deflattivo del contenzioso, è improntato ai canoni del procedimento amministrativo. Sono, infatti, previste garanzie procedurali per l'instaurazione del contraddittorio tra le tutte le parti interessate che, attraverso la presentazione di memorie scritte, possono rappresentare la propria posizione nell'ambito del procedimento (art. 7). La trattazione scritta, infine, soddisfa il principio del giusto procedimento, consentendo a ciascuno degli interessati di intervenire e prendere posizione ai fini dell'istruttoria. Il parere viene approvato dal Consiglio, previa relazione del Consigliere delegato, comunicato alle parti interessate e pubblicato nel sito internet dell'Autorità.

comporta la necessità di effettuare un intervento in autotutela, qualora l'ANAC ritenga illegittimo l'atto oggetto del parere. Per l'operatore privato l'obbligo si traduce nel dovere di astenersi da ulteriori contestazioni, qualora l'ANAC consideri legittimo l'atto di gara¹⁰⁶.

Relativamente all'ambito oggettivo, il parere può essere chiesto solo per questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, pertanto è possibile richiedere la pronuncia all'Autorità anche prima che la stazione appaltante abbia adottato un determinato atto, purché in relazione ad esso, sia effettivamente documentata una divergenza di posizione tra le parti della vicenda.

Con riguardo ai termini, l'ANAC è tenuta a pronunciarsi attraverso il parere entro il termine di trenta giorni dalla richiesta di parere. Il termine non è coordinato, come già evidenziato dal Consiglio di Stato in sede di parere sulla bozza di regolamento, con il termine per il ricorso giurisdizionale, anch'esso di trenta giorni. Detto termine può anche essere sospeso qualora ricorra la necessità di acquisire documentazione integrativa o effettuare un supplemento di istruttoria.

Nella relazione annuale ANAC 2016, presentata a Roma il 6 luglio 2017 alla Camera dei Deputati, il Capitolo 13, intitolato "L'attività consultiva", l'Autorità ha esposto un'analisi del potere "precontenzioso" e dei primi effetti dell'istituto, per come modificato dal nuovo codice.

¹⁰⁶ In tal senso DE NICTOLIS, *il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti* n.5/2016, 503.

L'Autorità ha ribadito la natura dell'istituto quale strumento di ADR, qualora lo stesso per volontà delle parti abbia efficacia vincolante nei confronti delle stesse e pertanto ritiene che debba inquadrarsi nel sistema quale "*strumento di conciliazione, di natura amministrativa, su base volontaria, alternativo al ricorso giurisdizionale*".

Tra i vantaggi derivanti dall'istituto in esame l'Autorità ha posto enfasi sulla riduzione di tempi e dei costi in termini di strutture umane ai fini della risoluzione della controversia rispetto all'iter giurisdizionale.

4.3. Analisi degli effetti dello strumento dei pareri di precontenzioso in seguito alle modifiche introdotte dal d.lgs 50/16

Nel corso del 2016 l'Autorità ha emesso 460 pareri e 125 nel primo trimestre del 2017¹⁰⁷, sia sotto forma di pareri (alcuni dei quali redatti in forma semplificata, come previsto dall'art. 10 del Regolamento), nei quali l'Autorità ha elaborato un'ipotesi di soluzione del caso concreto sottoposto alla sua valutazione a conclusione di un procedimento aperto alla partecipazione di tutte le parti interessate, sia con decisioni di rito.

Già nei primi mesi di vita dell'istituto il ricorso ai pareri vincolanti è stato elevato, basti pensare che dal 20 ottobre 2016, data di entrata in vigore del regolamento, al dicembre 2016 i pareri vincolanti resi dall'Autorità sono stati 11 e nel primo trimestre del 2017 ben 15, considerando solo i pareri resi su istanza congiunta.

¹⁰⁷ Dati ricavati dalla relazione annuale ANAC 2016, pg. 283.

I dati confermano che sin dalla nascita del nuovo precontenzioso ANAC lo strumento è considerato dagli operatori del settore una valida soluzione per le liti sorte in sede di gara.

Il monitoraggio svolto dall'Anac sui dati forniti dalle stazioni appaltanti nell'anno 2016 ha rilevato un tasso di aderenza al parere di circa l'85,5% da parte delle stazioni appaltanti, che hanno agito in autotutela o hanno proseguito le operazioni di gara precedentemente sospese, conformandosi all'orientamento espresso nelle relative pronunce.

A poco più di un anno dalla pubblicazione del nuovo Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del Codice, l'attività di *Alternative Dispute Resolution*, ovvero l'attività amministrativa di conciliazione, su base volontaria, alternativa al ricorso giurisdizionale, esercitata dall'Autorità, ha registrato un ampio riconoscimento, da parte sia delle stazioni appaltanti sia degli operatori economici ed è stato inteso quale valido strumento di verifica e controllo della regolarità e legittimità delle procedure di gara.

Dai dati forniti dall'ANAC¹⁰⁸, Nel corso del 2017, a fronte delle istanze di parere congiunto o avanzate individualmente dai soggetti coinvolti in procedimenti di gara, l'Autorità si è espressa con l'adozione di un totale di 471 provvedimenti, sia sotto forma di pareri, nei quali l'Autorità ha elaborato un'ipotesi di soluzione del caso concreto sottoposto alla sua valutazione, sia con decisioni di rito.

¹⁰⁸ Relazione Annuale Anac 2017, Roma Senato della Repubblica, 14 giugno 2018

Agli inizi del 2018, alla luce dell'ampio riscontro ottenuto dal precontenzioso nel mercato degli appalti, l'Autorità ha avvertito l'esigenza di incrementare la tempestività e dunque l'efficacia dei pareri resi, fermo restando il rispetto dei principi partecipativi ricercando proposte di snellimento dell'iter di redazione e approvazione dei pareri in ragione del valore complessivo dell'appalto e della semplicità di risoluzione della questione prospettata quando questa sia di pacifica soluzione.

L'attività di monitoraggio delle determinazioni adottate dalle stazioni appaltanti riguardo i pareri tradottisi in giudizi di non conformità alla vigente normativa ha condotto a rilevare, nel periodo compreso tra novembre 2016 e luglio 2017, che in 74 casi le amministrazioni interessate hanno riscontrato nei termini richiesti di essersi adeguate alle decisioni deliberate dall'Autorità, mediante, ad esempio, atto di revoca dell'aggiudicazione o determinazione di riammissione del concorrente illegittimamente escluso.

L'ANAC ha reso noto che in taluni casi di giudizio di non conformità, le stazioni appaltanti, in sede di riscontro degli effetti del parere¹⁰⁹, hanno ribadito

¹⁰⁹ Art.13 regolamento del 05 ottobre 2016 "Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50": "*1) La stazione appaltante e le altre parti, che abbiano manifestato la volontà di attenersi al parere, comunicano all'Autorità – Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici - mediante PEC, entro 35 giorni dalla ricezione del parere, la eventuale proposizione di ricorso avverso il parere ai sensi dell'art. 120 c.p.a. ovvero le determinazioni adottate al fine di adeguarsi al parere stesso, ovvero l'avvenuta acquiescenza al parere. 2) In ogni caso le parti, anche quando non hanno manifestato la volontà di attenersi al parere, comunicano all'Autorità – Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici - mediante PEC, entro 35 giorni dalla ricezione del parere, le proprie determinazioni conseguenti al parere. 3) Nel caso di omissione o non veridicità delle comunicazioni di cui al presente articolo, si applica l'articolo 213, comma 13, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e a tal fine l'Ufficio Precontenzioso e Affari*

la legittimità del proprio operato, in ragione della completa esecuzione del contratto medio tempore intervenuta o della necessità di proseguire comunque la procedura di gara già avviata al fine di garantire la continuità della prestazione di prossima scadenza.

Laddove siano stati ravvisati comunque profili di criticità, è stata disposta la trasmissione ai competenti Uffici di vigilanza per gli eventuali seguiti di competenza. In ipotesi residuali, le amministrazioni coinvolte, pur non aderendo alla deliberazione resa, hanno rappresentato la volontà di tenere in considerazione per il futuro le considerazioni fornite.

Nel primo semestre del 2017 il tasso di adeguamento medio alle pronunce di precontenzioso è risultato essere pari a circa all'83% da parte delle stazioni appaltanti, che hanno agito in autotutela o hanno proseguito le operazioni di gara precedentemente sospese, conformandosi comunque all'orientamento espresso nelle relative delibere.

Agli inizi del 2018, in merito all'attività di precontenzioso svolta dall'Autorità, il Presidente Raffaele Cantone, affermava che *“l'istituto continua a riscuotere grande successo tanto che le decisioni hanno consentito il formarsi di una vera e propria giurisprudenza¹¹⁰”*.

Giuridici trasmette gli atti all'Ufficio dell'Autorità competente per l'applicazione delle sanzioni.

¹¹⁰ Intervento del Presidente Raffaele Cantone Relazione annuale Roma, Senato della Repubblica 14 giugno 2018.

I dati del 2018 hanno confermato che l'attività di precontenzioso è in continuo aumento. Rispetto al 2017 i pareri rilasciati sono incrementati di ca. il 50%, nel 2017 si aggiravano intorno ai 450 e nel 2018 i pareri rilasciati sono stati 685¹¹¹. L'attività di monitoraggio svolta dall'ANAC sulle determinazioni adottate dalle stazioni appaltanti riguardo i pareri tradottisi in giudizi di non conformità alla vigente normativa ha condotto a rilevare che, con riferimento all'annualità 2018, il tasso di adeguamento medio alle pronunce di precontenzioso è stato pari circa al 70,50%. Dai riscontri forniti dalle stazioni appaltanti è emerso che le stesse hanno agito in autotutela mediante, ad esempio, atto di revoca dell'aggiudicazione o determinazione di riammissione del concorrente illegittimamente escluso ovvero proseguito le operazioni di gara precedentemente sospese, conformandosi, comunque, all'orientamento espresso nelle relative delibere. In numerosi casi di giudizio di non conformità, le stazioni appaltanti, pur riscontrando entro il termine previsto, hanno rappresentato di prendere atto di quanto stabilito nel parere, ma di dover confermare il proprio operato soprattutto in ragione della completa esecuzione del contratto medio tempore intervenuta o della necessità di proseguire, comunque, la procedura di gara già avviata, al fine di garantire la continuità

¹¹¹ Tale dato è ricavato Intervento del Presidente Raffaele Cantone Relazione annuale Roma, Senato della Repubblica 14 giugno 2018. Invero il Consiglio di Stato con parere n. 2781/18 ha rilevato che, *“con riferimento alla ricognizione effettuata dall'Ufficio Precontenzioso e Pareri sul periodo 1 gennaio 2017 - 2 febbraio 2018, attraverso le banche dati a disposizione, al fine di fornire le informazioni sulla efficacia del regolamento, la Commissione speciale rileva che, come chiarito dall'Autorità, su 976 istanze di parere di precontenzioso, circa la metà “sono state istruite e il relativo procedimento si è concluso con l'adozione di un formale provvedimento (deliberazione da parte del Consiglio o archiviazione diretta da parte dell'Ufficio)”*.

della prestazione di prossima scadenza. In ipotesi residuali, le amministrazioni coinvolte, pur non aderendo alla deliberazione resa, hanno rappresentato la volontà di tenere in considerazione per il futuro le considerazioni fornite nella pronuncia dell'Autorità.

Alla luce dei riscontri forniti dagli operatori nel corso del primo triennio di utilizzo del precontenzioso per come inquadrato nel sistema dal nuovo codice dei contratti si può affermare che da tale attività scaturiscono atti destinati ad essere utilizzati al di là della vicenda concreta, e che i pareri, oltre che svolgere una funzione di precontenzioso, creano dei veri e propri orientamenti giurisprudenziali di nuova tipologia, ricollegabili ad atti di indirizzo.

Il forte utilizzo da parte degli operatori del sistema delle decisioni assunte dall'Autorità, anche se non direttamente interessati alle vicende concrete, l'ha portata negli anni a ritenere utile predisporre delle vere e proprie rassegne ragionate sulle decisioni dalle quali è possibile attingere anche le "massime" su alcune questioni di particolare interesse (partecipazione in forma associata, soccorso istruttorio, avvalimento e subappalto).

Alla luce del riscontro ottenuto nei primi anni di vita dell'istituto per come rimodulato dal Nuovo Codice dei Contratti è possibile affermare che lo strumento del parere di precontenzioso vincolante ha raggiunto a pieno titolo il carattere di ADR inteso quale strumento deflattivo del contenzioso amministrativo e svolge, al contempo, una funzione para-normativa tendente ad uniformare il sistema sulla base di decisioni assunte su casi concreti.

Come anticipato nelle righe precedenti l'Autorità si era prefissata l'obiettivo di semplificare ulteriormente le procedure di adozione dei pareri ed accelerare

i tempi di risposta. Nel corso del 2018 sono stati elaborati il Regolamento sull'attività consultiva adottato del 21 novembre 2018 ed il Regolamento di precontenzioso pubblicato il 10 gennaio 2019 che hanno al contempo abrogato i precedenti regolamenti.

Sarà utile nei prossimi mesi analizzare gli effetti di tale nuova regolamentazione degli istituti e se con gli stessi l'Autorità ha raggiunto gli obiettivi prefissatisi.

CAPITOLO III - LA NUOVA RICONFIGURAZIONE DELL'ANAC QUALE ORGANO DEPUTATO ALL'ATTUAZIONE DEL D.LGS. 50/16 - GLI STRUMENTI DI REGOLAZIONE

1. Le Fonti dell'ordinamento

Per fonti del diritto si intende quel sistema di atti o fatti che costituiscono il tessuto normativo del nostro ordinamento giuridico. Tale composta fenomenologia è sistemizzata in una struttura gerarchica rigida in base alla quale il carattere normativo di ciascuna fonte dipende da un'attribuzione di potestà normativa operata direttamente o indirettamente dalla Costituzione in capo all'Autorità che ha emanato l'atto.

Dai principi generali, il noto filosofo del diritto Hans Kelsen ne ricavò una struttura che venne definita "a gradini". Al vertice della struttura vi è la Costituzione la quale può autorizzare un soggetto, ad esempio il Parlamento, ad emanare norme giuridiche di rango primario, solo tale soggetto autorizzato dalla Costituzione può autorizzare un secondo soggetto, ad esempio il Governo, ad emanare norme giuridiche di rango gerarchico inferiore alle norme primarie. Si può pertanto affermare che la forza giuridica di ciascuna fonte normativa deriva, quindi, dalla sua riconducibilità alla Carta Costituzionale.

La assoluta supremazia delle fonti di rango costituzionale su tutte le altre è sancita e garantita dalla previsione di un procedimento aggravato per l'approvazione delle leggi di livello costituzionale ed un organo giurisdizionale, la Corte Costituzionale, che veglia sul rispetto da parte del legislatore ordinario dei principi costituzionali.

Tutti quegli atti ai quali la stessa Costituzione attribuisce valore e forza di legge vengono collocati al livello inferiore nella piramide delle fonti. A tali atti aventi forza di legge viene attribuito in via generale il potere di regolare qualunque materia, ivi compresa la possibilità di istituire fonti ad esse subordinate.

La conseguenza derivante dalla rigidità del sistema consiste nella circostanza che le fonti di rango primario costituiscono un *numerus clausus* e sono, pertanto, inidonee a istituire fonti di pari livello.

Al livello gerarchico inferiore rispetto alle fonti “primarie” si trova il *mare magnum* delle fonti “secondarie”¹¹², mentre le fonti primarie espressione della funzione amministrativa, queste ultime sono espressione della funzione politica. Le fonti di rango secondario costituiscono un sistema aperto ma le stesse debbono necessariamente essere legittimate da parte di fonti primarie ed essere, pertanto, sottoposte al principio di legalità. La caratteristica comune alle svariate fonti secondarie è data dal loro carattere normativo, dal possedere pertanto quelle caratteristiche della generalità, astrattezza ed efficacia *erga omnes* nonché il carattere innovativo rispetto all’ordinamento generale e l’attitudine ad incidere sulla determinazione degli interessi protetti.

L’innovatività degli atti di formazione secondaria non può generalmente operare incidendo nel corpo di legge legislativo se non in quanto la materia regolata sia delegificata. L’inferiorità della normazione secondaria rispetto a quella primaria comporta che la validità degli atti posti in essere nell’esercizio di essa sono subordinate all’osservanza della normazione primaria.

¹¹² In tal senso U. DI BENEDETTO in *Diritto Amministrativo, Giurisprudenza e casi pratici*, cap.I pg.10 Fonti del diritto, Maggiore editore ed.1996.

Fonte secondaria per eccellenza nel nostro ordinamento, anche ai sensi dell'art.3 delle preleggi¹¹³ e art. 5 L.A.C.¹¹⁴ sono i Regolamenti posti in essere dal Governo o altri organi - singoli Ministri, Regioni, Comuni e Province, Ordini professionali, Camere di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura etc. - che hanno natura formalmente amministrativa ma sostanzialmente normativa e che contengono statuizioni generali ed astratte e sono pertanto idonei ad innovare l'ordinamento generale seppure ad un livello inferiore rispetto alle fonti di livello legislativo.

I Regolamenti governativi, emanati dal Capo dello Stato ex. art. 87 Cost. e deliberati dal Governo o decretati da uno o più Ministri, hanno ricevuto una specifica disciplina dalla legge n.400 del 23 agosto 1988.

L'art.17 della legge 400 dell'88 prevede due grandi categorie di regolamenti: i regolamenti del Consiglio dei Ministri approvati previo parere - obbligatorio ma non vincolante - del Consiglio di Stato ed emanati con decreto del Presidente della Repubblica e i regolamenti ministeriali ed interministeriali. Questi ultimi sono stati previsti per la prima volta dalla L.400 del 1988 mentre precedentemente in dottrina si discuteva circa la loro ammissibilità non essendovi alcun riferimento costituzionale. I regolamenti ministeriali sono ammissibili nelle materie di competenza dei singoli ministri o di organi ad essi sotto ordinati e subordinatamente all'esistenza di una espressa autorizzazione

¹¹³ Ai sensi dell'art.3 delle preleggi *“Il potere regolamentare del Governo è disciplinato da leggi di carattere costituzionale .Il potere regolamentare di altre autorità è esercitato nei limiti delle rispettive competenze, in conformità delle leggi particolari”*.

¹¹⁴ Art. 5 della Legge sul Contenzioso Amministrativo di cui alla L. n. 2248/1865 : *“In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi.”*

di legge, sono subordinati ai regolamenti del Governo ed assumono veste di decreto ministeriale una volta ottenuto il parere del Consiglio di Stato.

I Regolamenti del Consiglio dei ministri vengono classificati dalla norma in sei categorie: regolamenti di esecuzioni di legge; regolamenti di attuazione di leggi contenenti norme di principio con esclusione delle materie riservate alle regioni; regolamenti in materie non riservate alla legge e prive di disciplina legislativa; regolamenti per l'organizzazione del lavoro e del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici in base agli accordi sindacali; regolamenti per la disciplina di materie non coperte da riserva assoluta di legge e rispetto alle quali una legge dello Stato ha autorizzato l'esercizio della potestà regolamentare disponendo altresì l'abrogazione delle norme vigenti ed indicando le norme regolatrici della materia.

Per quanto concerne l'oggetto di analisi pare opportuno soffermarsi sui regolamenti attuativi ed integrativi di legge recanti norme di principio. Questi ultimi superano la funzione meramente esecutiva propria degli altri regolamenti ed esplicano la funzione di precisare il contenuto del disposto legislativo completandone la trama. Una parte della dottrina ritiene che detti regolamenti rappresentano un'ipotesi di delegificazione di ampia portata, la loro capacità innovativa può essere spiegata in base al declassamento delle previgenti norme legislative operato dalla legge di autorizzazione della disciplina regolamentare, non sono i regolamenti che assumono forza di legge ma sono le norme delegificate che acquistano la stessa forza passiva dei regolamenti, diventando idonee ad essere da essi derogate¹¹⁵. Altra parte della

¹¹⁵ In tal senso A. M. SANDULLI, in *Manuale di Diritto Amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989

dottrina ritenne che è la stessa legge di autorizzazione a possedere l'effetto abrogativo, che però è condizionato sospensivamente all'entrata in vigore del regolamento. Tale ultima tesi è la strada intrapresa dal legislatore con la legge n.400/88 che al secondo comma dell'art.17 ha previsto la possibilità di emanare un regolamento per disciplinare materie non coperte da riserva assoluta di legge, e per le quali la legge, autorizzando l'esercizio della potestà regolamentare governativa, determina le norme generali regolatrici della materia e dispone l'abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari. Con tale fattispecie di regolamento si ha una delegificazione che fornisce un potere normativo reale.

Alla metà degli anni novanta la dottrina riteneva che tali ultimi regolamenti avrebbero potuto essere lo strumento attraverso il quale attribuire una nuova capacità normativa alla pubblica amministrazione e, evitando il sovraccarico del Parlamento, snellire l'apparato legislativo permettendo alla più duttile struttura dell'esecutivo di adeguarsi alle nuove istanze ed esigenze della collettività¹¹⁶. La richiamata dottrina riteneva che la delegificazione avrebbe assicurato un maggior grado di tutela dei privati, in quanto si passava da un mero controllo di legittimità costituzionale previsto per legge, ad un sindacato diffuso in quanto la natura di atto formalmente amministrativo del regolamento avrebbe soggetto lo stesso al giudizio di legittimità del G.A.-.

Veniva altresì rilevato che *“la potestà di porre in essere disposizioni innovative rispetto all'ordine legislativo preesistente appare connaturale agli*

¹¹⁶ U. DI BENEDETTO in Diritto Amministrativo, Giurisprudenza e casi pratici, cap.I pg.27
Fonti del diritto, Maggiore editore ed.1996.

ordinamenti giuridici del nostro tempo, nei quali il Potere legislativo non riesce a provvedere alla massa di normazione di cui la comunità ha bisogno, e avverte perciò l'esigenza di <<ritirarsi>> (ricorrendo appunto alla delegificazione o all'affidamento di potestà normativa derogatoria ad autorità amministrative) da certi settori della normazione o da certe esigenze di normazione extra ordinem”¹¹⁷.

Per i regolamenti in questione è richiesta una deliberazione del Consiglio dei Ministri, massimo organo di direzione e coordinamento della funzione amministrativa ed è strettamente collegato al Parlamento, pertanto i richiamati regolamenti segnano un punto di raccordo tra la funzione legislativa e quella amministrativa e sono atti di alta amministrazione che devono necessariamente avere una stretta aderenza alle leggi, tale necessità è resa evidente se si considera la previsione di un necessario parere del Consiglio di Stato e di un riscontro da parte della Corte dei Conti.

Il regolamento delegato, già dalla Legge 11 febbraio 1994, n. 109, legge quadro in materia di lavori pubblici, all'art. 3 venne utilizzato per delegificare una serie di materie in tema di lavori pubblici. La fonte di rango primario rinviava infatti la concreta disciplina all'emanazione di un regolamento delegato.

Con l'art. 25 della legge 18 aprile 2005, n. 62 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004), veniva conferita delega al governo di dare attuazione della

117 Cfr. A. M. SANDULLI, Manuale di diritto Amministrativo XIV edizione, Jovene editore, Napoli, Cap.I le Fonti pg.60.

direttiva 2004/17/CE del 31 marzo 2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, e della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

La predetta legge n. 62 del 2005 conferiva, inoltre, al Governo una ulteriore e distinta delega avente ad oggetto la adozione di «testi unici delle disposizioni dettate in attuazione delle deleghe conferite per il recepimento di direttive comunitarie, al fine di coordinare le medesime con le norme legislative vigenti nelle stesse materie, apportando le sole modificazioni necessarie a garantire la semplificazione e la coerenza logica, sistematica e lessicale della normativa» (art. 5, comma 1).

In attuazione della delega conferita al Governo ai fini dell'attuazione di tale normativa venne emanato il d.lgs. n. 163 del 2006, Codice dei Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Il Codice prevedeva, in coerenza con la legge delega, all'art.5, l'emanazione di un regolamento che disciplinasse l'esecuzione e l'attuazione del Codice.

L'attuazione della disciplina generale prevista dal Codice dei Contratti per mezzo di una fonte di rango secondario come il regolamento delegato trova copertura costituzionale per mezzo della delega prevista nella legge del Parlamento con la quale si conferisce al governo la delega di recepire nel sistema nazionale le previsioni normative comunitarie in tema di appalti pubblici ma trova al contempo copertura da un punto di vista concettuale delle

fonti alla luce della circostanza che la legge 400/88 ha irrigidito il sistema delle fonti normative secondarie arrivando a configurare il regolamento come l'unico atto sub legislativo consentito.

Una parte della dottrina, propensa in tal senso ha letto nel sesto comma dell'art.117 della costituzione, dove viene regolata l'esercizio della competenza regolamentare una costituzionalizzazione della sfera di attribuzione della pertinente responsabilità rendendo tale ultima fonte l'unica vera fonte di normazione di rango secondario¹¹⁸. Tale tesi propende pertanto per l'illegittimità costituzionale di quelle disposizioni legislative che autorizzano l'emanazione di atti normativi secondari al di fuori dello schema formale previsto dall'art.17 della L.400 del 1988.

La maggior parte della dottrina propende invece per la tesi secondo cui lo schema tipico disegnato dall'art.17 della legge citata non può essere considerato come unico e indefettibile ritenendo infatti che il principio di legalità esige soltanto che una legge autorizzi un atto secondario a dettare una disciplina regolamentare, ancorché con forme e modalità diverse da quelle prescritte dalla predetta disposizione. In tal senso la dottrina da ultimo richiamata definisce la legge n.440 dell'88 come "fragile e instabile" in ragione della sua inattitudine a vincolare il legislatore successivo ad utilizzare il solo modello regolamentare ivi previsto¹¹⁹.

¹¹⁸ G. GUZZETTA, *Problemi ricostruttivi e profili problematici della potestà regolamentare dopo la riforma del Titolo V in, Le Istituzioni del Federalismo* n. 6.2001.

¹¹⁹ In tal senso C. DEODATO, *Le Linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?* Il Consigliere di Stato Deodato cita a pg.4 E. CHELI, *La produzione normativa: sviluppo del modello costituzionale e linee guida di tendenza attuali*, in *Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea*, Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 2003.

Invero già il ricorso convulso al ricorso del regolamento è stato ritenuto evocatorio della crisi della rappresentanza politica e l'incapacità dei partiti politici di interpretare appieno la missione loro affidata dall'art.49 Cost. e di essere quindi strumento di raccordo dei cittadini con i governanti in vista della loro partecipazione alla vita politica del Paese¹²⁰.

2. I nuovi strumenti di attuazione previsti dal Codice degli Appalti

Con l'entrata in vigore del Nuovo Codice dei Contratti di cui al d.lgs. 50/2016 parte della dottrina rilevava che la rapida obsolescenza del diritto positivo nell'epoca della "accelerazione del tempo giuridico"¹²¹ aveva indotto il legislatore, consapevole di ciò, a demandare l'attuazione del codice a un sistema non più rigido e centralizzato, bensì plurale, articolato e più flessibile¹²² rispetto ad un unico regolamento di attuazione precedentemente utilizzato dal legislatore come strumento di attuazione.

Veniva anche evidenziato che l'approccio del nuovo codice esprimeva una matura consapevolezza per la complessità e la disillusione per riduzionismi inefficaci, e che questa nuova "esperienza pilota" si candidava ad essere un modello per successive riforme, rappresentando un laboratorio di sperimentazione da seguire con la massima attenzione.

¹²⁰ In tal senso F. SORRENTINO, *il Sistema delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Annuario AIPDA 2015, Le Fonti del diritto amministrativo, Atti del convegno annuale di Padova del 9-10 ottobre 2015*, ed. scientifica, Napoli.

¹²¹ Espressione coniata dal giurista, filosofo e drammaturgo Francese F. OST e rappresentata nel testo "*Le temps du droit*" Ed. Odile Jacob, 1999;

¹²² In tal senso S. STICCHI DAMIANO E M. CORRADINO in *Introduzione de I NUOVI APPALTI PUBBLICI - Commento al d.lgs.50/2016*, Giuffrè editore, Milano 2017.

L'idea del legislatore alla base del recepimento delle direttive era quella di adottare un codice "essenziale" che si limitasse a recepire le disposizioni fondamentali delle direttive rimettendo a successivi atti di *soft law* la definizione della disciplina di dettaglio. La dottrina ritenne che questa impostazione era la più idonea a risolvere alcune patologie del settore ed in particolare ad arginare il fenomeno del continuo *restyling* normativo¹²³.

Tra le principali disposizioni che il nuovo Codice dei Contratti ha riservato alla disciplina della "nuova" Autorità, il potere che si presenta maggiormente diromponente nel percorso di potenziamento dell'ANAC è il ruolo riconosciuto dal Codice, poi, all'attività di elaborazione delle linee guida da parte dell'Autorità stessa con riferimento a diversi aspetti ed istituti fondamentali della contrattazione pubblica.

La Legge delega n. 11 del 2016 all'art.1 comma 1 lett. f) prevedeva difatti la possibilità per il Governo di recepire gli strumenti di flessibilità previsti nelle direttive.

Ebbene il Governo, nell'attuare quanto previsto dalla legge delega ha demandato all'ANAC, con l'art. 213 del Codice, il compito di emanare linee guida, bandi tipo, capitolati tipo, contratti tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile al fine di garantire l'efficienza e la qualità dell'attività delle stazioni appaltanti.

Sempre il secondo comma del'art. 213 prevede che l'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, avrebbe dovuto dotarsi, nei modi previsti dal proprio

¹²³ In tal senso M. CORRADINO e B. NERI in *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, a cura di RAFFAELE CANTONE e FRANCESCO MERLONI, Giappichelli Editore, Torino, 2016

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...”

Da una prima analisi comparativa della disposizione in commento, così come inserita nella Legge delega e poi riformulata nel Codice, appare evidente che il legislatore delegato avesse optato per eliminare l’inciso “anche dotati di efficacia vincolante” rivolto ai suddetti atti di regolazione. Da ciò, tuttavia, non è stata ricavata l’intenzione del legislatore di rivolgere a tali atti funzione di mera *moral suasion*, come confermato dal medesimo comma 2 dell’art. 213 che ha espressamente previsto il diritto in capo agli interessati di impugnare le decisioni e gli atti assunti dall’ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa, impugnabilità che confermava sin dall’inizio la capacità lesiva dei suddetti atti e che presuppone la necessaria vincolatività degli stessi.

Dalle norme del Codice che prevedono il potere in capo all’Autorità di adottare linee guida volte alla disciplina di specifici aspetti dell’evidenza e della contrattazione pubblica ed un apposito termine per procedere all’elaborazione di tali atti, sono state estrapolate in una prima fase dello studio, diverse tipologie di linee guida.

La dottrina ha evidenziato forti perplessità sulla qualificazione giuridica di tale atto, del tutto atipico nel nostro ordinamento e sconosciuto al tradizionale assetto dei modelli di produzione del diritto.

È evidente che si tratta di uno dei maggiori esempi del fenomeno della “fuga dal regolamento”. Il fenomeno in esame comporta l’elusione delle garanzie

procedimentali sancite dall'art.17 della L.400/88 e la sottrazione al controllo del rispetto delle competenze normative delle Regioni.

L'affidamento in capo all'ANAC del compito di dare attuazione al codice dei contratti fu immediatamente criticato da parte della dottrina. Quest'ultima infatti ne rinveniva una delegittimazione da parte della società degli organi che dovrebbero assicurare la certezza delle regole nei confronti della società stessa¹²⁴. La stessa dottrina però evidenziava che la scelta del legislatore del codice di cui al d.lgs. 50/16 di ridurre le norme di rango legislativo a poche norme di mero principio e di sostituire i regolamenti di attuazione corredati dal parere preventivo di legittimità del Consiglio di Stato con regole tecniche "leggere" che, secondo gli ispiratori del disegno, avrebbero il pregio di essere più facilmente ridefinibili, era nata da un continuo mutamento del quadro regolatorio e dalla superfetazione delle norme che avevano ridotto la qualità della regolazione del sistema.

Le perplessità erano dovute anche ai differenti tipi di atti che vengono ricompresi sotto il termine "linee guida". Una prima classificazione doverosa va fatta tra a) Linee Guida approvate con Decreto Ministeriale, b) Linee Guida vincolanti adottate dall'ANAC e non approvate con decreto ministeriale e c) Linee Guida non vincolanti ma sempre adottate dall'ANAC.

Il Consiglio di Stato, con il parere del 6 luglio 2016 n.1767, ha evidenziato che *"il Legislatore del 2006 aveva optato per un modello unitario di attuazione"*

¹²⁴ A.M. SANDULLI in Introduzione dell'Annuario AIPDA 2015, *Le Fonti del diritto amministrativo, Atti del convegno annuale di Padova del 9-10 ottobre 2015*, ed. scientifica, Napoli.

delle regole da esso poste mediante l'adozione di un generale regolamento governativo. Il Legislatore della riforma ha optato per un sistema diversificato e più flessibile, basato essenzialmente su tre differenti tipologie di atti attuativi.”

Con il medesimo parere ha classificato le differenti tipologie di atti attuativi in uno “schema a tre”, i primi sarebbero quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell’Autorità nazionale anticorruzione, previo parere delle competenti commissioni parlamentari i secondi atti attuativi sono quelli adottati con delibera dell’ANAC a carattere vincolante *erga omnes*, e in particolare le linee guida mentre la terza tipologia è riconducibile agli adottati con delibera dell’ANAC a carattere non vincolante. L’indagine, nella sua fase primordiale, si è concentrata sulla natura di tali atti, una volta individuata la natura delle linee guida, si è potuto virare sulla analisi delle linee guida man mano adottate ed all’impatto che tali atti di “regolazione flessibile” hanno avuto e tutt’ora hanno sul sistema in generale.

3. Lo strumento delle linee guida e gli atti di soft regulation

La tesi di un sistema delle fonti secondarie necessariamente aperto risulta fondata sull’idea che il potere regolamentare, e, più in generale, il potere normativo secondario, possa essere conferito anche a soggetti autonomi e diversi dal Governo, declinandosi così l’art. I della Costituzione in modo nuovo ed adeguato ai tempi creando una nuova forma di democrazia partecipata in cui

i cittadini dialogano e dibattono con le istituzioni per la composizione di interessi diversi¹²⁵.

Si è da più parti rilevato come parlare di soft law sia di per sé un paradosso, in quanto il diritto è, per sua natura hard, rigido, forte in quanto obbligatorio¹²⁶.

La soft law è invece costituita da un complesso di regole poste aldilà di tali procedure formali ed i soggetti che contribuiscono alla sua formazione non sono istituzioni di governo, in altre parole la soft law è posta in essere attraverso nuove formule di gestione dei processi decisionali, la cosiddetta governance¹²⁷.

Normalmente tali nuovi soggetti regolatori traggono dal basso la propria legittimazione nonché la legittimazione degli atti di soft law prodotti alla luce delle esigenze normative che emergono dagli stessi settori da regolare ed alla luce della circostanza che tale regolazione avviene, in genere, attraverso procedimenti di natura partecipata e non imposta.

La sua natura negoziale è la ragione per la quale la soft law viene identificata nel fenomeno in forza del quale il diritto pubblico si sta differenziando sempre meno dal diritto privato ed è allo stesso tempo espressione della tendenza al

¹²⁵ F. CINTIOLI, *il sindacato del giudice amministrativo sulle Linee guida ANAC*, Relazione tenuta al convegno *L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma Madia*, tenutosi a Lecce, 28 e 29 ottobre 2016, in www.italiappalti.it

¹²⁶ M. DISTEFANO, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, in *Lav. Dir.*, 2003, p.17.

¹²⁷ R. BIN, *La scarsa neutralità dei neologismi*, cit. pp 19 e 22 e A. Algostino, *La soft law comunitaria ed il diritto statale. Conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?* In *costituzionalismo.it*, 2016, n.3 pg.258, spec. Nota 13, evidenzia che non si tratta solo di un problema linguistico: soft law sarebbe il superamento dell'hard law dal punto di vista della produzione giuridica, mentre governance il superamento del government intese come procedure decisionali tipiche delle istituzioni statali, un integratore del carattere democratico delle decisioni.

temperamento della “attitudine autoritaria dello Stato, per metodi maggiormente consensuali e partecipati di produzione del diritto”¹²⁸.

La forza innovativa della soft law è oggetto di ampio dibattito in dottrina, da un lato infatti vi sono coloro i quali ritengono che si tratta dello strumento rispondente alla necessità di regolare in modo più rapido e fluido le necessità del nuovo mondo globalizzato e tendono a considerare superata una “categorizzazione degli atti normativi fondata solo sulle forme”¹²⁹ e dall’altro lato vi è chi ritiene che una visione completa del fenomeno non può prescindere dalla prospettiva dei principi del costituzionalismo, basato su una sistemazione strettamente gerarchica delle fonti che non può tollerare la soft law se non come elemento eteronomo¹³⁰.

Il fenomeno della soft law nasce intorno agli anni sessanta del secolo scorso e diventa oggetto di approfondito studio della dottrina internazionalista intorno agli anni novanta, ha una genesi internazionalista dovuta all’assenza di un’Autorità centrale di legislazione e alla conseguenza che la produzione normativa era, pertanto, affidata a processi consensuali, che hanno evidenziato con il tempo la necessità di procedimenti regolativi più rapidi e flessibili, idonei a disciplinare ambiti complessi e soggetti a rapide modifiche¹³¹.

¹²⁸ In tal senso M. E. BUCALO, *Autorità Independenti e soft law*, pg.2 Giappichelli ed.

¹²⁹ A. POGGI, *Soft Law nell’ordinamento comunitario*, in www.rivistaic.it, l’autore cita il pensiero di A. D’ATENA, *L’anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Il diritto dell’Unione Europea*, 2001, p.591 e ss.

¹³⁰ A. ALGOSTINO, *La soft Law comunitaria e il diritto statale*, in www.costituzionalismo.it, fasc.3/2016 pg. 285.

¹³¹ P. COSTANZO, *Hard law e soft law: il senso di una distinzione*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’unione europea*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 2016.

La dottrina internazionalista ha definito la soft law come “*the legally binding character of which has been deliberately and sometimes explicitly denied by their authors, but which nevertheless cannot be considered as being merely morally or politically binding*”¹³². Le norme di soft law avrebbero in comune la prossimità al diritto ed una certa rilevanza legale, sebbene manchevoli di forza vincolante di per sé stesse. Posseggono dunque una valenza metagiuridica maggiore rispetto ai semplici impegni di natura politica ma non possono essere equiparati alle disposizioni giuridiche in senso stretto in quanto carenti di quel carattere proprio delle fonti, la vincolatività. La criticità maggiormente evidente delle norme di soft regulation consiste nella loro non aderenza al principio di legalità.

Secondo parte della dottrina la soft law sarebbe invece parametro della evoluzione della comunità internazionale e del diritto internazionale¹³³ e strumento di cooperazione tra gli Stati.

Dal punto di vista comunitaristico la soft law viene considerata vicina al genus degli “impegni” più rilevanti di quelli meramente politici ma meno di quelli giuridici, aventi in comune il fatto di non avere valore vincolante ma una certa prossimità con il diritto. Il termine soft law diventa sinonimo non di diritto in senso stretto ma, piuttosto, di *rules of conduct*, regola o norma di condotta di natura normativa che prescrive o inviti i destinatari ad adottare certi

¹³² Traduzione letterale “*il carattere legalmente vincolante di cui è stato deliberatamente e talvolta esplicitamente negato dai loro autori, ma che tuttavia non può essere considerato come un mero vincolo morale o politico*” la definizione è presa in D. THURER, *Soft Law*, in, *Encyclopedia of public International law*, 2000 a cura di R. BENRNHARD, IV, pp.452-453.

¹³³ M. DISTEFANO, op. citata, p.21.

comportamenti o certe misure. Si tratta di regole di condotta dotate di effetti che esulano dalla forza giuridica vincolante.

La soft law è caratterizzata da un'estrema eterogeneità, gli strumenti sulla quale la regolazione soft si è concentrata maggiormente negli ultimi decenni in Europa sono le comunicazioni, i codici di condotta e le linee guida. Trattasi di strumenti tendenti alla funzione di interpretare ed applicare il diritto comunitario esistente, quindi di strumenti di post-law, e trovano i loro equivalenti normalmente negli atti dei singoli Stati membri a carattere amministrativo.

Il carattere della eterogeneità non si limita solo alla forma ed alla provenienza degli atti di soft law ma la permea totalmente perché *“il diritto può essere soft con riguardo alla sua autorità, al suo contenuto, alla sua efficacia. Può esserlo inoltre in quanto espressione di una giuridicità allo stato incoattivo”*¹³⁴.

In funzione di post law vengono considerati quali atti di orientamento normativo e, proprio perché non dotati di efficacia giuridica vincolante, sono in grado di fornire un punto di partenza per trattative, accordi o negoziazioni.

Un altro orientamento si concentra sulla funzione pre-law degli atti di soft law accentuandone la capacità regolativa, in quanto tecnica di regolazione alternativa, complementare o preparatoria alla creazione degli atti comunitari tipici, i cui procedimenti di formazione sono previsti nei trattati. In tal senso la soft law in quanto soft regulation, garantirebbe la natura multilivello dell'Unione per mezzo della sua capacità di adeguarsi in modo flessibile a

¹³⁴ B. PASTORE, *Soft Law, gradi di normativa, teoria delle fonti*, cit. p.12, in *Lavoro e diritto*, 2003, n.1.

situazioni politico-istituzionali non tradizionali, riflettendosi anche in un modello decisionale aperto ad una più ampia gamma di attori ed interessi¹³⁵.

Costituendo la soft law una fonte di fatto, la stessa può essere annoverata tra le fonti extra ordinem, fonte in senso materiale, le quali “sono per definizione sempre effettive”¹³⁶. Da molti autori la soft law viene considerata come strumento suscettibile di incidere sul diritto e quindi “strumento di produzione giuridica (...) su un piano di fatto, non di rado ai confini tra giuridico e non giuridico”¹³⁷.

Altra parte della dottrina ritiene invece che la visione prescrittiva del diritto sia l’unica valida, sulla base della circostanza che normatività è sinonimo di prescrittività ed il contrario di descrittività e che, pertanto, la soft law sarebbe uno strumento di indebita influenza sui cittadini ed istituzioni, del tutto fuorviante rispetto ai principi del costituzionalismo¹³⁸.

Invero il concetto di sovranità per come definita nell’ambito dello Stato moderno ed intesa come riconduzione di ogni manifestazione di forza politica

¹³⁵ D.M TRUBEK, M.P. COTTRELL, M. NANCE, “Soft law” and “Hard Law” in *European Integratio: toward and theory of hybridity*, JEAN MONNET Working Paper 02/05, p.25 e ss.

¹³⁶ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *il sistema delle fonti*, Utet, Torino, 1988, p.260.

¹³⁷ A. ALGOSTINO, op. cit., p.262.

¹³⁸ Sul punto M. DOGLIANI, *Validità e normatività delle costituzioni*, in *costituzionalismo.it*, n.2/2004. L’autore ritiene che le costituzioni come tali possano essere solo prescrittive e normative e possano divenire descrittive e, dunque, totalmente “*indifferenti al mantenimento del loro contenuto* con il diffondersi di “*concezioni svalutative (...) la fronte dell’emergere di nuove regole contra o extra constitutionem accreditate e legittimate come conformi ad un ineludibile natura*”: l’evoluzione geopolitica, natura obbiettiva (a-politica) dello Stato di diritto, natura obbiettiva (a-politica) dell’UE come spazio adatto all’attuale fase di globalizzazione.

alla persona sovrana dello Stato¹³⁹ risulta ad oggi fortemente offuscata dal pluralismo politico e sociale, dalla formazione di centri di potere alternativi allo Stato, sia in senso politico, che economico, sia in senso sociale e culturale. È evidente però che il tentativo di individuare un sistema delle fonti inclusivo della soft law passa necessariamente dalla rivisitazione del modello gerarchico, quanto meno perché la soft law mette in difficoltà due cardini fondamentali su cui il sistema stesso si fonda, il valore vincolante e la sanzione.

L'attuale sistema delle fonti è in crisi a causa della globalizzazione e sempre maggiore interrelazione fra soggetti di diritto sia dal punto di vista economico che sociale e culturale e ciò comporta un progressivo processo di trasformazione della sovranità statale e del ruolo stesso che lo Stato è chiamato a svolgere.

D'altro canto la soft law nasce sulla spinta di un'esigenza di normazione in ambiti che difficilmente si prestano ad essere assoggettati a previsioni puntuali e vincolanti e che precedentemente venivano lasciati alla libera determinazione dei soggetti o all'applicazione dei principi generali dell'ordinamento. In tali ambiti la soft law svolge il ruolo fondamentale di imbrigliare in un atto normativo fluido il mutevole agire sociale e soddisfare al contempo le esigenze degli operatori del diritto di avere una guida nello svolgimento delle loro funzioni.

È stato evidenziato che nel mondo globale le costituzioni faticano a costituire un argine di valori in grado di imporsi a poteri privati orientati al profitto e alla massimizzazione dell'interesse privato e che *“la politica è sostituita dalla*

¹³⁹ G. ZAGREBELSKY, *il diritto mite*, Einaudi, 1992 cit., pp.5-6.

*governance, cioè dal depotenziamento della sovranità dello Stato, che evidenzia la sussidiarietà dell'azione politica rispetto all'agire economico imprenditoriale, favorisce la de-territorializzazione dell'autorità politica e della normatività giuridica, mette in discussione la statualità del diritto e la centralità della legge, sconvolge il "sistema" delle fonti, fa perdere di rilevanza alla distinzione tra sfera pubblica e sfera privata, mette in discussione la logica gerarchica, produce l'obsolescenza delle procedure della liberaldemocrazia"*¹⁴⁰.

La soft law viene intesa come un complesso di quasi-fonti, zona cuscinetto tra ciò che è diritto e che non lo è, espressione di interessi pubblici ed economici. Ciò comporta che nell'incertezza dell'identificazione di fonti giuridicamente vincolanti, e nell'affermarsi di una prospettiva di effettività, il momento centrale di individuazione della norma si sposta dalla produzione all'interpretazione giurisprudenziale.

4. Le linee guida attuative del Codice dei Contratti

La dottrina, sin dall'emanazione del nuovo Codice dei Contratti ha messo in evidenza la discrasia tra il nome e la sostanza delle linee guida: da un lato, alcune sono state chiamate a sostituire il regolamento attuativo del precedente Codice, con la previsione di disposizioni di contenuto generale, astratto ed innovativo, dall'altro, però, l'espressione "linee guida" è stata solitamente utilizzata per indicare atti non aventi efficacia erga omnes ed espressione di un potere di direttiva e raccomandazione.

¹⁴⁰ Cit. A. MOSCARINI, *fonte dei privati e globalizzazione*, cap.I dal *Monopolio dello Stato alle Fonti della Globalizzazione*, pg.38.

Le linee guida non costituiscono una novità introdotta dal Codice, le stesse erano già evocate nel precedente codice dei contratti pubblici all'art.96 comma 6 e, già da tempo, Autorità Internazionali ed europee, Ministeri, Autorità Indipendenti¹⁴¹, ma anche Regioni e amministrazioni locali, ricorrono a tale nomenclatura, in genere per dettare criteri da seguire, per proporre o suggerire metodologie, per indicare obiettivi, per prescrivere decaloghi, e ciò sia nei campi più disparati come quello della sanità, dell'istruzione, dei trasporti, dell'ambiente etc. sia nei più svariati livelli dell'azione amministrativa. Si tratta di nomenclatura risalente nel linguaggio legislativo ma negli ultimi anni il ricorso a tale termine è frequente ed in continua lievitazione.

Anche dal tenore letterale del nomen juris "linee guida" si ricava facilmente che il loro compito principale è quello di fornire un supporto agli operatori ma che le stesse non posseggono la forza tipica degli atti a carattere normativo quanto piuttosto la forza degli atti di indirizzo e coordinamento.

Il Codice dei Contratti ha previsto, invece, in capo all'ANAC il potere di emanare linee guida anche dotate di efficacia vincolante e tale ultima discrasia ha dato origine ad un ampio dibattito in merito all'individuazione della natura giuridica delle linee guida dell'Anac, l'efficacia delle stesse e la loro collocazione nel sistema delle fonti del diritto, che ha visto l'affermarsi di diverse posizioni.

¹⁴¹ Sono numerose le AAI che ricorrono allo strumento delle linee guida, sul punto S. MORETTINI, *il soft law nelle autorità Indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzia?* In Osservatorio sull'analisi di impatto della regolazione, in www.osservatorio.it, luglio 2011, P.4/2011.

Secondo un approccio tradizionalistico, fondante sul combinato disposto dell'art.117 comma 6° Cost. e dell'art. I delle disposizioni sulla legge in generale il sistema delle fonti sarebbe chiuso e non sarebbero ammissibili fonti atipiche né primarie né secondarie con la conseguenza che l'unico atto sub legislativo sarebbe il regolamento di cui all'art.17 della legge 23 agosto 1988, n.400 (governativo o ministeriale). L'approccio tradizionalistico fonda il proprio convincimento sulla circostanza che le fonti primarie sono tassativamente indicate dalla Costituzione e le fonti secondarie trovano la loro copertura Costituzionale nell'art.117 co. 4¹⁴², che disciplina il potere

¹⁴² L'art.117 della Costituzione, al primo comma detta il principio generale secondo cui *“la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.”* Al secondo comma inserisce un elenco tassativo di materie nelle quali lo Stato ha legislazione esclusiva.

Il terzo comma definisce i campi di “legislazione concorrente” tra Stato e Regioni e, dopo aver inserito l'elenco di materie afferma la regola secondo cui *“nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato.”*

Il terzo comma pone il principio secondo cui *“spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato.”*

Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza.

Il quarto comma attribuisce la potestà regolamentare allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni.

Il quinto comma che *“la potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia”.*

comma 6: *“I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite.”*

regolamentare, suddividendolo tra Stato e Regioni. Pertanto il Regolamento governativo rappresenterebbe l'unico atto tipico idoneo ad introdurre nell'ordinamento nazionale norme giuridiche di rango secondario¹⁴³.

Un altro orientamento, pur rinvenendo il fondamento del potere normativo regolamentare nell'art.117 comma quarto della Costituzione ritiene che "lo Stato" richiamato nel predetto articolo non debba essere necessariamente identificato nel Governo ma può essere considerato nella sua accezione più ampia, e di conseguenza i regolamenti non governativi potrebbero essere adottati anche da altri organismi statali quali sono le Autorità Amministrative indipendenti, purché tale potere sia attribuito ex lege come nel caso in esame. Sulla scorta di tale convinzione si è affermato il concetto secondo cui le linee guida ANAC potrebbero essere inquadrare quali "*regolamenti quasi indipendenti*"¹⁴⁴ in quanto da un lato gli obbiettivi sono prefissati dal

Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive.

comma 7: *La legge regionale ratifica le intese della Regione con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni.*

comma 8: *"nelle materie di sua competenza la Regione può concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinati da leggi dello Stato."*

¹⁴³ In tal senso M. DELLE FOGLIE, *Verso un "nuovo sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici"*, in *giustamm.it*, 6/2016 e L. PALADIN, *Saggio sulle fonti del diritto italiano. Le problematiche della definizione e della individuazione*, in "Quaderni costituzionali" 1993, pp.219-62

¹⁴⁴ In tal senso M. P. SANTORO in *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione - Rimedi preventivi e repressivi*, Carocci editore, 2017 l'autrice nel dare luce a tale orientamento richiama gli scritti di R. ROLLI, A. TAGLIATA, *La legittimazione costituzionale delle Autorità*

legislatore e dall'altro il loro contenuto non è meramente attuativo-esecutivo della disciplina primaria, non essendo quest'ultima sempre esaustiva.

Un'altra parte della dottrina ha sostenuto che le linee guida costituirebbero atti normativi secondari atipici e andrebbero ad occupare spazi lasciati in bianco dalle fonti legislative e regolamentari e sarebbero da ricondurre all'esercizio di un'attività normativa secondaria *extra ordinem* autorizzata dalla legge, dando vita ad un fenomeno atipico di delegificazione¹⁴⁵.

Occorre anche considerare che, benché le disposizioni che autorizzino l'ANAC ad emanare linee guida siano contenute in un decreto legislativo, questo risulta a sua volta emanato dal Governo in adempimento della delegazione legislativa ricevuta dal Parlamento con la legge 28 gennaio 2016 n. 11; la quale, a sua volta, rappresenta lo strumento normativo attraverso il quale lo Stato ha

amministrative indipendenti, in giustamm.it, 2, 2010 e di S.A. FREGGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Giappichelli, Torino 1999.

¹⁴⁵ M. DELLE FOGLIE nel testo *Verso un "nuovo sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici"*, in giustamm.it,6,2016 richiama il testo di DE MAURO, *Le delegificazioni, modelli e casi*, Giappichelli, Torino 1995, cit: "*l'attività normativa secondaria dell'ANAC sarebbe dunque legittimata dall'arretramento del potere legislativo e regolamentare, potere che il Parlamento stesso, e lo stesso Governo, hanno scelto di "autolimitare" nell'interesse generale. In una democrazia ad impianto pluralista come la nostra, dove la sovranità popolare non comporta il conferimento in via preferenziale della potestà normativa al corpo elettorale, non si può escludere che si abbia un'alternativa di competenze tra organi dotati di diverso grado di rappresentatività. L'impostazione tradizionale, secondo cui i poteri normativi possono (e devono) essere attribuiti ai soggetti dotati di più ampia rappresentatività e legittimazione democratica (Parlamento, Governo, Consigli Regionali), nei fatti parrebbe ormai superata nella sua assolutezza. La legislazione italiana, a partire dagli anni novanta del secolo scorso, è venuta configurando un "policentrismo normativo" collegato ad una sempre più vasta distribuzione delle funzioni pubbliche fra una pluralità di soggetti, anche al di fuori del circuito della legittimazione democratica e della responsabilità politica"*.

adempito, nel rispetto dell'art. 11 della Costituzione, agli obblighi comunitari di recepimento delle Direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

Il micro-sistema gerarchico appare strutturato in forma multilivello risultando coinvolte fonti di rango costituzionale, trattandosi di decretazione delegata dal Parlamento disciplinata dall'art. 76 Cost.; fonti di rango comunitario, quali le direttive contenenti il sostrato normativo da recepire; fonti nazionali di rango primario, considerando la legge delega ed il decreto legislativo emanato; e fonti nazionali di rango secondario, secondo una prima ricostruzione del grado gerarchico attribuibile alla normativa di attuazione del Codice, intesa nella sua accezione più ampia.

Prima di procedere, occorre verificare la coerenza dell'impianto normativo di recepimento con il noto limite distributivo sintetizzato nel brocardo: *delegata potestas non potest delegari*. La formula latina esprime infatti il principio secondo il quale, il soggetto che abbia ricevuto da un altro un potere non potrebbe, a sua volta, trasmetterlo ad un terzo, a meno che il conferente non lo abbia espressamente autorizzato.

Con riferimento agli strumenti di attuazione del Codice, il Codice è stato emanato dal Governo in esecuzione della delega ricevuta dal Parlamento, l'ampiezza della quale risulta opportunamente delimitata dai principi e criteri direttivi in essa indicati.

La lettera *t*) dell'art. 1 comma 1 della legge delega di cui alla L.11/2016 prevede l'«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».

La successiva lettera *u*) rinvia invece allo schema di decreto legislativo: «l'individuazione dei casi in cui all'adozione degli atti di indirizzo debba seguire la trasmissione alle Camere di "apposite relazioni"».

L'art. 1, commi 4-5 prevede che: «sulla base del decreto di riordino sono altresì emanate linee guida di carattere generale proposte da ANAC e approvate con decreto del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti (MIT), che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere».

Si può affermare che, alla luce di tali richiamate disposizioni, tra il potere normativo delegato all'ANAC e la legge delega sussiste una relazione gerarchica di collegamento indiretto, appunto perché mediata dalle disposizioni del Codice.

L'art. 213 del Codice può essere considerato come la disposizione, a portata generale, attraverso la quale il Governo avrebbe attuato proprio uno dei criteri direttivi citati in precedenza.

La disposizione prevede infatti espressamente che: «l'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di

regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche».

La fonte potrebbe, di fatto, costituire il portale attraverso il quale il legislatore ha consentito l'ingresso di un *sotto*-sistema originale di norme secondarie incentrato sulle "linee guida" ed espressione della scelta compiuta dal legislatore delegato di: «non prevedere un unico regolamento generale, ma di optare per un sistema attuativo più snello e flessibile (*che*) si rivela, in linea di massima, innovativa e idonea a risolvere alcuni problemi della disciplina precedente.

Dall'analisi in concreto delle modalità di esercizio della delegazione legislativa in comparazione con quanto previsto all'art.213 del codice se ne ricava l'aver ommesso lo stesso articolo, due espressioni rilevanti contenute nella formula dispositiva del primo dei tre criteri direttivi citati. La lettera t) della legge delega discorreva apertamente di "atti di indirizzo" e prevedeva la natura "anche vincolante" degli altri atti di regolamentazione flessibile.

L'omissione della dicitura "atti di indirizzo", lascerebbe sottendere una non idoneità della categoria delle linee guida "anche vincolanti", suggerendo l'alternativa comprensione delle stesse nella categoria successiva, benché altrettanto non definita in maniera esaustiva, dei c.d. "altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati dotati anche di efficacia vincolante".

Come affermato in precedenza lo stesso strumento delle linee guida è, normalmente, carente di quella vincolatività propria degli atti normativi di primo e secondo grado.

È stato rilevato che la scelta di concentrare la fase di attuazione della riforma in capo all’Autorità di regolazione era coerente con la tendenza europea di privilegiare la regolazione tecnica rispetto alla formazione proveniente dagli organi politici¹⁴⁶.

La *ratio* dell’attribuzione di poteri regolatori in capo alle Autorità risiederebbe nella loro innata attitudine correttiva di situazioni di fallimento dei mercati, ragione che giustifica la stessa istituzione delle Autorità Amministrative Indipendenti quale conseguenza di scelte di politica economica di successiva liberalizzazione di settori in crisi¹⁴⁷.

L’attribuzione all’Autorità di tali poteri troverebbe giustificazione anche nel mercato della contrattualistica pubblica, che, nell’ottica dello Stato/appaltatore, non è un mercato liberalizzato ma è un mercato che necessita di un forte controllo al fine di garantire il rispetto dei principi di concorrenza e la ricerca delle migliori pratiche in vista anche del contrasto della corruzione e del contenimento della spesa pubblica.

¹⁴⁶ In senso critico rispetto al “*macroscopico fenomeno di emarginazione degli organi politici*” in favore degli organi giudiziari e di forme di soft law che costituiscono esempi di “*ectoplasmi normativi*”, R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino 2009, 31 ss.;

¹⁴⁷ M. C. ROMANO in *Il Ruolo e le competenze dell’ANAC sui contratti pubblici in Corruzione e pubblica amministrazione* (a cura di) M. D’ALBERTI, Jovene editore, Napoli 2017. L’autrice cita M. CLARICH, *La “mano visibile” dello Stato nella crisi economica e finanziaria*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2015, Editoriale di M. CLARICH.

Una parte della dottrina ha espresso scetticismo sin da subito evidenziando che questo superamento dell'“*antiquato*” modello di regolazione basato sulla dicotomia fonte primaria/fonte secondaria per mezzo delle linee guida più che creare una soluzione potrebbe far sorgere un “*nuovo problema*”¹⁴⁸.

Ancora, la dottrina ha evidenziato che ci si trova di fronte alla crisi della formazione secondaria ed a una vera e propria “fuga dal regolamento”, difatti i regolamenti governativi, legati allo schema procedurale tipico stabilito dall'art.17 della legge 400 del 1988 verrebbero sempre più spesso concepiti come strumenti obsoleti, di formazione troppo complessa, inadonei a soddisfare le istanze, dinamiche e mobili, del mondo produttivo. In tal senso la medesima dottrina ha ritenuto che si assiste ad un processo di progressiva erosione della sfera della unica fonte di regolazione autoritativa prevista dalla Costituzione e disegnata e delimitata in ambito statale dalla legge 1988 nel quadro del principio generale di legalità degli atti amministrativi, in favore di strumenti di formazione flessibile, atipica e concertata. “*che si pongono ai confini della compatibilità costituzionale e rischiano di indebolire proprio le fondamentali garanzie dello Stato liberale, sottraendo la produzione delle regole destinate a limitare le posizioni soggettive dei consociati alle Autorità a tal fine democraticamente legittimate*”¹⁴⁹.

Le prime problematiche riscontrate sarebbero rinvenibili nella difficile qualificazione giuridica delle “linee guida” e nella circostanza secondo cui per

¹⁴⁸ In tal senso C. CONTESSA, *dalla legge delega al nuovo Codice: opportunità e profili di criticità* in *giustamm.it*, 2016.

¹⁴⁹ Viene citato il concetto espresso da G. A. GIUFFRÈ in “*Le nuove dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*”, in *Federalismi.it*, 27 novembre 2017.

gli operatori non risultava chiaro sin dall'inizio comprendere se la legge delega avesse disposto o meno che il modello delle linee guida sarebbe stato un modello unico e tassativo di regolazione sub primaria e/o un modello prevalente e/o un modello soltanto tendenziale.

Un'ulteriore problematica è rappresentata dalla difficile reperibilità e conoscibilità delle linee guida, basti considerare che il modello del regolamento, seppur con tutti i suoi limiti, presentava per gli operatori l'indubbio vantaggio di consentire di reperire nell'ambito di un unico testo tutte le disposizioni di interesse, peraltro emanate tutte in contemporanea.

Il nuovo modello di regolazione sub primaria, come individuato dal legislatore è un modello costellato di disposizioni di diversa natura e contenuto, emanate in momenti diversi e pubblicate secondo modalità differenziate.

È stato evidenziando che lo strumento delle Linee guida, pur presentando un'adeguatezza a soddisfare più rapidamente le esigenze di certezza ha finito per determinare incertezze ben maggiori, con quanto ne consegue in termini di incremento del contenzioso e rafforzamento del ruolo di supplenza impropriamente affidato agli organi giudiziari¹⁵⁰.

Tali problematiche potrebbero apparire questioni puramente astratte o speculative, ma in realtà si traducono in forti ricadute per gli operatori del settore.

¹⁵⁰ G. A. GIUFFRÈ in *“Le nuove dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC”*, in *Federalismi.it*, 27 novembre 2017 richiama quanto espresso da F. CINTIOLI in *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del cd. Precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. Proc. Amm*, 2017, 381 e ss.

5. La natura delle linee guida Ministeriali

Nel nuovo Codice degli appalti le linee guida approvate con decreto Ministeriale erano previste esclusivamente in due casi, l'art 111 che al primo comma stabiliva che con decreto del Ministro delle Infrastrutture e Trasporti, da adottare entro 90 giorni dall'entrata in vigore del Codice, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti Commissioni Parlamentari, sentito il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, sono approvate le Linee Guida che individuano le modalità e, se del caso, la tipologia di atti, attraverso i quali il direttore dei lavori effettua l'attività di cui all'articolo 101, comma 3, in maniera da garantirne trasparenza, semplificazione, efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche anche per i controlli di contabilità. L'art. 214, al comma 12 riconosce, sulla base di quanto stabilito dall'art.1 co. 5, legge n.11/2016 (legge delega del Codice Appalti), al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il potere di adottare linee guida interpretative e di indirizzo, su proposta dell'Anac, sentite le Commissioni parlamentari, per assicurare l'uniforme applicazione e interpretazione delle norme di cui al Codice Appalti.

Le linee guida da adottare con Decreto Ministeriale hanno ad oggetto la disciplina del Direttore dei lavori e lo svolgimento delle funzioni di direzione e controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione del contratto e le linee guida "interpretative e di indirizzo".

La prima ipotesi di linee guida interpretative e di indirizzo può essere individuata nel Comunicato del Ministero Delle Infrastrutture adottato il 22 luglio 2016 (in Gazz. Uff., 22 luglio 2016, n. 170) contenente - Linee guida per

la compilazione del modello di formulario di Documento di gara unico europeo (DGUE) approvato dal regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016.

Le linee Guida adottate con decreto Ministeriale sono atti normativi riconducibili, anche secondo più autorevole dottrina¹⁵¹, ai Regolamenti Ministeriali di cui all'art.17, co.3 L.400/88¹⁵².

I Decreti Ministeriali sono atti sostanzialmente normativi, dotati dei caratteri della generalità, astrattezza e innovatività, soggetti allo statuto proprio dei regolamenti ministeriali.

Il Consiglio di Stato ha evidenziato che *“gli atti in esame devono osservare le regole sostanziali poste dal d.lgs. 50 del 2016 e le regole procedurali prefigurate dall'art.17, co.3 L. n.400/88, con obbligo tra l'altro di: comunicazione al Presidente del Consiglio Dei Ministri; visto e registrazione della Corte dei Conti; pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale”*¹⁵³.

I primi dubbi sorgono sulla qualificazione delle linee guida interpretative come Regolamenti Ministeriali. Le linee guida “interpretative” a carattere puramente

¹⁵¹ Consigliere di Stato C. DEODATO in: *Le linee guida dell'Anac, una nuova fonte del diritto?*
Tratto dal sito <http://www.logospa.it/>

¹⁵² Art.17 comma 3 L.400/1088: *Con decreto ministeriale possono essere adottati regolamenti nelle materie di competenza del Ministro o di Autorità sotto ordinate al ministro, quando la legge espressamente conferisca tale potere. Tali regolamenti, per materie di competenza di più ministri, possono essere adottati con decreti interministeriali, ferma restando la necessità di apposita autorizzazione da parte della legge. I regolamenti ministeriali ed interministeriali non possono dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo. Essi debbono essere comunicati al Presidente del Consiglio dei ministri prima della loro emanazione.*

¹⁵³ Cons. Stato, parere n. 1767/16.

di atti di mero indirizzo, contrastano con il carattere vincolante proprio dei Regolamenti Ministeriali. Sarà interessante verificare se le linee guida “interpretative” avranno carattere vincolante o se addirittura verranno considerate quali atti di integrazione di una norma legislativa sovraordinata (illegittima a prescindere dall’esatta natura delle linee guida tra le norme di natura secondaria).

L’ANAC, il 30 giugno 2016, dopo aver aperto le consultazioni e ricevuto i contributi degli *stakeholders*, ha adottato la Proposta di Linee Guida per lo svolgimento delle funzioni di Direttore dei lavori, proposta di normativa sottoposta al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per la definitiva adozione con decreto ministeriale.

Il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, ricevuto ha chiesto il parere sullo schema di decreto da emanarsi ai sensi dell’art. 111 (Controllo tecnico, contabile e amministrativo) del d.lgs. n. 50/2016, commi 1 e 2.

Senza voler entrare nel merito del parere e delle norme che regolano la funzione del direttore dei lavori, il Consiglio di Stato, con parere numero 02282/2016 del 03/11/2016¹⁵⁴ ha sin da subito affermato che i decreti ministeriali in materia di direttore dei lavori e di direttore dell’esecuzione hanno una portata di attuazione e completamento della fonte primaria, con *“una chiara efficacia innovativa nell’ordinamento, che si accompagna ai caratteri di generalità e astrattezza”*¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Adunanza della Commissione speciale del 19 ottobre 2016.

¹⁵⁵ così, testualmente e con specifico riferimento ai decreti in tema di direttore dei lavori e dell’esecuzione, il Consiglio di Stato nel parere 1° aprile 2016 n. 855.

I giudici di Palazzo Spada hanno chiarito che indipendentemente dal *nomen iuris* fornito dalla delega e dallo stesso codice, tali atti vanno considerati quali ‘regolamenti ministeriali’ ai sensi dell’art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con tutte le conseguenze in termini di forza e valore dell’atto e della sua capacità a resistere ad abrogazione da parte di fonti sotto-ordinate e della disciplina procedimentale.

Rispetto alle regole codificate nell’art. 17, comma 3, della l. n. 400/1988 per i regolamenti ministeriali, la legge delega ha previsto un procedimento rafforzato richiedendo, alla luce della complessità e delicatezza della materia, anche il parere delle competenti commissioni parlamentari.

Lo schema di decreto presentato al Consiglio di Stato in sede di parere si componeva di due soli articoli, il primo approvava le linee guida che venivano allegate al decreto, e uno disponeva le abrogazioni.

Il massimo organo di Giustizia Amministrativa rilevava che sul piano formale si ha “un ibrido” in cui il decreto ministeriale, ancorché nella sua stringatezza, ha la forma esteriore tipica di un regolamento, diviso in articoli, mentre le linee guida allegate hanno una struttura discorsiva.

Veniva evidenziato che tale modulo sembra implicare una concezione del provvedimento ministeriale quale “approvazione-controllo” da parte del Ministro delle infrastrutture della volontà provvedimentale dell’ANAC e che tale modalità di azione avrebbe reso difficile percepire la natura vincolante delle linee guida. Basti considerare che il Ministro delle infrastrutture non esercita alcuna vigilanza sull’ANAC.

La Commissione consigliava, sulla scorta della natura giuridica regolamentare delle linee guida ministeriali, di far coincidere la veste formale esteriore dell'atto con tale natura, e che andava pertanto operata una fusione formale e sostanziale tra decreto ministeriale e linee guida.

Nel parere il Consiglio di Stato si interrogava sul perché il legislatore delegante non abbia ritenuto di utilizzare il regolamento "classico", scegliendo uno dei modelli già disponibili, apprestati dall'art. 17, l. n. 400/1988. I giudici di Palazzo Spada ritengono evidente, avuto riguardo a una interpretazione sistematica della legge delega, che il legislatore delegante, una volta fissati i canoni di semplificazione dell'ordinamento giuridico settoriale e dei procedimenti di gara, di riduzione dello stock delle regole, di accelerazione delle procedure, di rafforzamento della vigilanza dinamica, abbia anche voluto prevedere uno strumento attuativo del codice che coniugasse la natura regolamentare (stante la generalità e astrattezza delle regole) con la flessibilità dello strumento. Basti considerare la pregressa esperienza del regolamento n. 207/2010, recante esecuzione e attuazione del codice appalti n. 163/2006, come del regolamento n. 554/999 recante esecuzione della "legge Merloni" n. 109/1994, in entrambi i casi regolamenti, che avrebbero dovuto seguire rapidamente l'adozione della legge primaria, sono sopraggiunti a oltre quattro anni di distanza da essa. Viene rammentato che il procedimento di formazione e modifica del regolamento n. 207/2010, poi, era talmente complesso da far ritenere più veloce intervenire con legge primaria: ciò ha comportato che le modifiche del regolamento n. 207/2010 sono state fatte sempre con legge (rectius: decreto legge), anziché con il procedimento regolamentare. Il

legislatore delegante, avendo presente tale esperienza, ha inteso flessibilizzare il procedimento di formazione delle linee guida ministeriali.

Le linee guida ministeriali sul direttore dei lavori sono state emanate solo con decreto n.49 del 7 marzo 2018 e pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale il 15 maggio 2018.

Il ritardo è da ricondurre in parte al primo correttivo al Codice dei Contratti di cui d.lgs. 56/2017 che ha previsto una serie di novità riguardo alle linee guida ministeriali sul direttore dei lavori ed introdotto la necessità di acquisire parere della Conferenza Unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 e che il medesimo decreto avrebbe dovuto disciplinare anche la funzione del direttore dell'esecuzione. Il Ministero ha adottato un decreto contenente la disciplina dettata dall'Autorità alla luce dei pareri del Consiglio di Stato, degli enti pubblici coinvolti e degli stakeholders, si tratta di un atto nuovo nel nostro sistema che possiede la forza vincolante di un regolamento ministeriale, data la forma, ma la sostanza di un atto di regolazione di un'Autorità Indipendente.

Resta pertanto da affrontare l'analisi della natura dei due restanti tipi di linee guida, entrambe affidate dal D.lgs. 50/2016 nella sua formulazione originale, all'ANAC, le linee guida vincolanti adottate dall'ANAC e non approvate con decreto ministeriale e le linee guida non vincolanti (sempre adottate dall'ANAC).

6. La natura delle linee guida ANAC non vincolanti

Le linee guida fino ad ora trattate sono state definite, seppur con le dovute precauzioni, atti amministrativi generali appartenenti al genus degli atti di

regolamentazione delle autorità Amministrative indipendenti, dotati di connotati particolari.

Ulteriore genere di linee guida di cui al D.lgs. 50/2016 ha ad oggetto quegli atti di indirizzo e coordinamento adottati dall'Autorità che non hanno un'efficacia vincolante ma che hanno lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti.

Anche per le linee guida non vincolanti si parla di atti amministrativi generali volti a promuovere l'efficienza, la qualità dell'attività delle stazioni appaltanti alle quali l'ANAC fornisce supporto facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorendo lo sviluppo delle migliori pratiche. Si tratta di atti atipici che trovano la propria legittimazione normativa nell'art.213 co.2 del D.lgs. 50/16 secondo cui *“L'ANAC, attraverso linee guida, bandi tipo, capitolati tipo, contratti tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche”*.

Le linee guida non vincolanti sono anch'esse atti amministrativi generali che perseguono lo scopo di fornire indicazioni e istruzioni operative alle stazioni appaltanti. Rispetto alla tradizionale concezione risulta più facile ricondurre le linee guida non vincolanti rispetto a quelle vincolanti al genere della *soft law*, in quanto l'aggettivo *soft* postula una non vincolatività effettiva ed il cui rispetto viene sostanzialmente rimesso all'adesione volontaria.

Se può riconoscersi, nei limiti di cui si affronterà nei paragrafi successivi, natura regolamentare alle linee guida vincolanti di ANAC, ciò non potrà accadere per quanto concerne la “regolazione per obiettivi” che ANAC esercita ex. art.213, co.2 del Codice dei Contratti in quanto totalmente svincolata da disposizioni di legge. Se ciò così fosse si determinerebbe una violazione del principio di legalità in senso sostanziale, che non potrebbe considerarsi totalmente sanata dal rafforzamento di procedimenti di formazione delle linee guide di natura partecipata¹⁵⁶. D’altro canto, se è lo stesso codice a indicare i presupposti, i limiti e gli spazi entro cui le linee devono muoversi, tanto che si potrebbero facilmente ascrivere alle categorie dei regolamenti esecutivi o di integrazione ed attuazione, allora la regolazione per obiettivi non può certamente avere natura regolamentare, perché avrebbe confini ben più estesi di quanto la fonte primaria non disponga. Per questa allora sarà validamente utilizzabile la categoria di atti di regolazione o soft law. Sul punto i pareri del Consiglio di Stato mutano dal parere sul D.lgs. 50/16 a quelli relativi alle Linee guida. Infatti anche per le linee guida non vincolanti l’Autorità ha preferito, in considerazione della rilevanza generale delle determinazioni assunte, di acquisire, prima dell’approvazione dei documenti definitivi, il parere del Consiglio di Stato e prima dell’invio delle bozze di linee guida alle commissioni consultive di cui sopra, l’Autorità svolge un’attività di

¹⁵⁶ Cd. “*legalità procedimentale*” sul punto M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano 1994 e S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolati dalle Autorità Indipendenti*, in giorn. Dir. amm., 2007, p.377 e ss., S. DEL GATTO, *la partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità Indipendenti*, ivi, 2010, p.947 e ss.

consultazione con gli *stakeholders*. Entrambe le attività di consultazione rispondono ad una scelta di partecipazione al *decision making process* che favorisce una produzione normativa o di indirizzo più chiara e trasparente ed allo stesso tempo maggiormente rispondente dei bisogni effettivi dei soggetti interessati.

Il già citato parere n.855 del 2016, rilevando che la legge delega n.11 del 2016 li riconduce agli atti di indirizzo e li qualifica come strumenti di “regolazione flessibile” ritiene di dover procedere alla qualificazione normativa di questi atti quantomeno “per evitare inutili, anzi onerose e defatiganti incertezze applicative” e ritiene che le linee guida a carattere non vincolante apparirebbero pacificamente inquadrabili come atti amministrativi¹⁵⁷. Ma nel successivo parere n.1767 del 2016 relativo alle linee guida n.ri 1,2 e 3 il Consiglio, mutando avviso, avvisa in primo luogo che l’autorità ha correttamente deciso di affidare la disciplina di dettaglio non più a regolamenti ma ad “atti di regolazione flessibile, anche non dotati di efficacia vincolante” così come disposto dall’art.213 co.2 del d.lgs. 50 del 2016 e in merito alle linee guida non dotate di forza cogente afferma espressamente poi che deve essere scongiurato “l’ulteriore e più rilevante rischio, insito nel nuovo strumento (...) di trascendere rispetto alla funzione tipica di *soft law*, attraverso l’irrigidimento delle regole”.

¹⁵⁷ Concorda con il Consiglio di Stato F. CINTIOLI che, in *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, in Italiappalti.it afferma <<la ricchezza della nostra tradizione e dell’elaborazione giuridica ha già tutti gli strumenti che servono a produrre gli effetti positivi che dell’asserita introduzione della *soft law* dovrebbero discendere>>

Ancora con maggior convinzione, il parere 13 novembre 2016 n.2284, nel rilevare che a seconda dei casi le linee guida possono assumere portata regolatoria di soft law, afferma che anche per tale ultima categoria è necessario che il procedimento di formazione consti anche della Analisi di Impatto della Regolazione (AIR) e della Verifica dell'Impatto della Regolazione (VIR) *“rivelandosi esse indispensabili per il corretto esercizio della funzione regolatoria anche quando questa si esprima in atti di soft law”*¹⁵⁸.

È evidente che, pur non essendo formalmente vincolanti, tali direttive una qualche forma di rilevanza la abbiano e d'altro canto è lo stesso dato letterale della normativa primaria che pone in tal senso: per esempio l'art.71 del codice, a proposito dei bandi tipo, contenuti in linee guida non vincolanti, stabilisce che le stazioni appaltanti devono motivare espressamente e dunque coerentemente le loro deroghe ai bandi tipo, o anche l'art.213 che ne ribadisce l'impugnabilità davanti al giudice amministrativo, ammettendo così la loro efficacia nei confronti dei terzi.

In merito alla classificazione operata dal Consiglio di Stato, parte della dottrina ha rilevato l'inconferenza della riconduzione delle linee guida non vincolanti alla *“soft regulation”*¹⁵⁹, da un lato in quanto non sarebbe altro che un insieme di *“strumenti accessori”* utilizzabili per interpretare altre disposizioni normative al fine dell'applicazione delle stesse al caso concreto, dall'altro perché nel nostro ordinamento esisterebbe una categoria di atti cui ricondurle,

¹⁵⁸ Cfr. par. 5

¹⁵⁹ G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC, comandi o consigli?* Diritto Amministrativo, fasc.3, 1° settembre 2016, pag. 273

in particolare nell’abito delle fonti terziarie, come le direttive, cui peraltro farebbe riferimento la stessa legge delega n.11 del 2016 quando espressamente cita gli atti di indirizzo. D’altro canto, la dottrina richiamata ritiene che essendo l’ANAC l’unico soggetto regolatore del settore con potere di controllo e di vigilanza *“potrebbe dar luogo ad un sistema ordinamentale o comunque ad un legame organizzativo che per definizione si innerva tramite lo strumento della direttiva”*¹⁶⁰.

Conseguentemente, poiché alla direttiva andrebbe ricondotta un’efficacia variabile a seconda della singola fattispecie regolata, potrebbe ritenersi che, laddove si limitino alla riproduzione di atti già dotati di una loro propria efficacia normativa le linee guida non vincolanti dovranno essere considerate “fonte regolatrice della fattispecie” esercitando quella efficacia persuasiva che è tipica dei precedenti. Se invece dettano norme “puntuali” e non lasciano margini valutativi allora la piena osservanza si imporrebbe in quanto espresse dal regolatore competente ad indicare le regole tecniche del settore, e la inosservanza potrà integrare quanto meno grave negligenza, a meno che non si provi che tali indicazioni tecniche siano *contra legem* o che siano inidonee a regolare il caso in concreto¹⁶¹.

¹⁶⁰ G. Morbidelli, op. cit sub 139.

¹⁶¹ Tale lettura appare supportata dal parere Cons. St., Comm. Spec., parere 2 agosto 2016 che al punto B) par. 5.3 in relazione alle linee guida non vincolanti espressamente afferma che *“in relazione al comportamento da osservare da parte delle stazioni appaltanti (...) se esse intendono discostarsi da quanto disposto dall’Autorità, devono adottare un atto che contenga un’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 apparire prescrittive, magari perché riproducono una disposizione del precedente regolamento*

Si tratterebbe pertanto di atti che pur non classificabili come regolamenti, nondimeno andrebbero qualificati come fonti del diritto in quanto atti “più o meno generali e astratti”¹⁶², o in altri termini atti che, secondo la percezione comune, svolgono una funzione precettiva, non rivolta al singolo caso concreto¹⁶³. Sarebbero dunque atti inseribili nella categoria delle fonti terziarie, con portata generale e sottoponibili al controllo giurisdizionale al fine di valutarne la legittimità.

D’altro canto però, se non sotto il profilo della teoria generale delle fonti, il concetto di *soft law* può essere ricondotto, alle linee guida non vincolanti per il carattere flessibile della loro regolazione, capace di adeguarsi alle innovazioni continue cui è soggetto il settore, senza necessitare di modifiche, o comunque di stravolgimenti. Tale flessibilità riguarda il linguaggio redazionale, semplice e chiaro, ma deriva anche dal non essere delle normative etero imposte, ma condivise attraverso per esempio le consultazioni on line, capaci di coinvolgere

attuativo - se (...) 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”. In dottrina E. CASTORINA, *Scienza tecnica e diritto costituzionale*, in Rivista AIC, n.4/2015. La dottrina citata si richiama alle circolari del CSM, le quali in certe ipotesi sono state considerate come mere circolari interpretative ed in altre come atti dotati di un’efficacia precettiva tale da richiedere la loro piena osservanza. Sul tema delle circolari del CSM S. CARLUCCI, *l’attività normativa e paranormativa del Consiglio Superiore della magistratura*, in U. DE SIERVO (a cura di), *il potere regolamentare nell’amministrazione centrale*, il Mulino, Bologna, 1992, p. 358 e ss.-.

¹⁶² In tal senso F. CINTIOLI nota citata sub. 137.

¹⁶³ M. MAZZAMUTO, *l’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, relazione tenuta al convegno annuale di AIPDA, Padova, 9-10 ottobre 2015, disponibile sul sito www.dirittoamministrativo.org, p.16, il quale cita S. ROMANO, *Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche*, 1930 ora in *Scritti minori, II*, Giuffrè, Milano 1990, pp.355-356 laddove afferma che “Norma nel senso prevalso, è soltanto un precetto più o meno generale e astratto”.

tutti i soggetti interessati, i quali possono in ogni momento intervenire per proporre modifiche e contribuire attraverso le proprie esperienze ad un processo continuo di raccolta dati ed apprendimento dello stesso regolatore¹⁶⁴. In questo senso *soft regulation* diventa sinonimo di comunicazione continua, in un processo quasi di osmosi e immedesimazione fra regolatore e mercato, nettamente distinta dalle fonti tradizionali, perché fondata su una disciplina che positivizza obiettivi e scopi piuttosto che regole fisse.

Le linee guida non vincolanti diventano strumento di ricognizione normativa e del suo tessuto connettivo, attraverso l'enucleazione dei principi generali in materia e la loro riconduzione in un quadro organico. Inoltre sotto quest'ultimo profilo, nel contesto della loro non vincolatività, le linee guida si prestano a svolgere la fondamentale funzione di atti di indirizzo generale, al precipuo fine di delimitare la cornice della discrezionalità della committenza pubblica.

L'analisi transita quindi dall'individuazione degli strumenti di attuazione del Codice dei Contratti e della loro natura al contenuto di tali atti. Si procederà, pertanto ad un'analisi delle linee guida adottate dall'Autorità e del loro contenuto.

¹⁶⁴ In tal senso Maria Esmeralda Bucalo, *Autorità Indipendenti e soft law - forme, contenuti, limiti e tutele*, Giappichelli Editore, 2018.

6.1 I Motivi di esclusione e Le linee Guida ANAC non vincolanti in tema di gravi illeciti professionali

Uno dei temi più vivacemente dibattuti tanto in dottrina quanto, soprattutto in giurisprudenza, è quello degli illeciti professionali che costituiscono elemento ostativo alla partecipazione agli appalti pubblici.

Pare opportuno prendere le mosse dalla disciplina dei cd. “motivi di esclusione” degli operatori dalle procedure di gara.

I requisiti di ordine generale riguardano l’affidabilità morale dell’operatore economico e costituiscono un presupposto imprescindibile affinché un soggetto possa stipulare contratti con la pubblica amministrazione.

La ratio ispiratrice della disciplina fonda su una duplice esigenza, per un verso, di dissuadere gli operatori economici dal porre in essere comportamenti scorretti che, incidendo sulla loro affidabilità ne determinerebbero l’esclusione dalla gara e, per altro verso, di salvaguardare gli operatori economici che siano incorsi in meri errori formali o mancanze e negligenze di lieve portata¹⁶⁵.

La disciplina delle cause di esclusione è chiamata a realizzare un equo temperamento tra il principio di libera partecipazione delle imprese alle procedure di affidamento dei contratti di appalto con la pubblica amministrazione e la garanzia della sussistenza del vincolo fiduciario tra il concorrente e la stazione appaltante. Il vincolo fiduciario è un elemento fondamentale che connota il contratto d’appalto a salvaguardia del buon

¹⁶⁵ In tal senso OSCAR MARONGIU, *selezione delle offerte* in *La nuova disciplina dei contratti pubblici dopo il correttivo approvato con d.lgs. 19 aprile 2017 n.56*, a cura di R. GAROFOLI e G. FERRARI, nel diritto Editore II ed., parte II cap. VII.

andamento della pubblica amministrazione, la norma pertanto aspira al fine di evitare che la pubblica amministrazione possa entrare in contatto con soggetti non affidabili da un punto di vista della buona conduzione delle opere.

I requisiti soggettivi, tradizionalmente definiti anche come “requisiti di ordine pubblico o di moralità”¹⁶⁶ consistono essenzialmente in condizioni soggettive del concorrente suscettibili, ove insussistenti, di precluderne la partecipazione alla gara e, qualora a procedura in corso vengano meno, la stazione appaltante può rifiutarsi di attendere alla stipulazione del contratto.

L’art.57 della Dir. 2014/24/UE sugli appalti nei settori ordinari disciplina i “motivi di esclusione” degli operatori economici dalle procedure di gara, distinguendo i motivi in due categorie alle quali corrisponde un diverso regime giuridico¹⁶⁷: i motivi di esclusione c.d. obbligatori, disciplinati ai parr. 1 e 2 dell’art. 57¹⁶⁸ ed i motivi di esclusione c.d. facoltativi disciplinati al par.4 del

¹⁶⁶ La definizione è presa da *Compendio di Diritto Amministrativo*, R. GAROFOLI, nel diritto editore, II ed. 2015

¹⁶⁷ Sulla distinzione tra motivi di esclusione obbligatori e facoltativi, si c. CGUE 19 luglio 2014 Causa C-385/12 Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici punto 36 e giurisprudenza ivi citata, disponibile su e-curia. In dottrina S. CACACE, *La disciplina dei contratti pubblici dopo il d.lgs. 50/16: motivi di esclusione e criteri di selezione*, in www.giustizia-amministrativa, 8 novembre 2016 e Guccione, *i requisiti degli operatori economici in Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 495 e ss.; R. DE NICTOLIS, *i nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2107*, Bologna, 2017, 772.

¹⁶⁸ Il par. 1 dell’art.57 stabilisce che “1. Le amministrazioni aggiudicatrici escludono un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d’appalto qualora abbiano stabilito attraverso una verifica ai sensi degli articoli 56, 60 e 61 siano a conoscenza in altro modo del fatto che tale operatore economico sia stato condannato con sentenza definitiva (...) per uno dei reati elencati alle lett. a) - e); il par. 2 dell’art.57 contempla quale ulteriore motivo di esclusione obbligatorio, la violazione degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, stabilito con decisione giudiziaria o amministrativa.

medesimo art.57¹⁶⁹. L'alternatività tra motivi di esclusione obbligatori e facoltativi prevista dal legislatore europeo esprime il differente disvalore che l'ordinamento sovranazionale riconduce a determinate fattispecie, imponendo esclusivamente per le cause obbligatorie un'uniformità applicativa negli ordinamenti nazionali rispetto alle altre per le quali è legislativamente rimessa una distonia in sede di attuazione agli stati membri¹⁷⁰.

Le cause di esclusione di cui all'art.57 parr. 1 e 2 sono considerate "obbligatorie" in quanto gli stati membri non hanno alcuna discrezionalità e sono tenuti a recepire negli ordinamenti nazionali l'elenco dei reati nominati da tale articolo¹⁷¹. Con riguardo alle cause di esclusione cd. "facoltative" è rimessa agli stati membri la scelta di contemplarli o di escluderli dal proprio ordinamento.

Relativamente all'ambito di applicazione soggettivo, il legislatore europeo ha specificato, con riferimento ai soli motivi di esclusione obbligatori legati alle condanne di cui al paragrafo 1 dell'art.57 che "l'obbligo di escludere un operatore economico si applica anche nel caso in cui la persona condannata definitivamente è un membro del consiglio di amministrazione, di direzione o

¹⁶⁹ Nella categoria dei motivi facoltativi di esclusione di cui al par.4 dell'art.57 rientrano fattispecie eterogenee, quali la violazione degli obblighi di cui all'art.18 par. 2, lo stato di fallimento, i gravi illeciti professionali, gli accordi diretti a falsare la concorrenza, il conflitto di interessi, le carenze nell'esecuzione dei contratti, le false dichiarazioni (cfr. lett. da a) a i) del par.1 art.57 Dir. 2014/24/UE).

¹⁷⁰ In tal senso S. Cardarelli in *L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per "grave illecito professionale"*, Giornale di Diritto Amministrativo 2/2019.

¹⁷¹ Gli stati membri potrebbero derogare a tale elenco solo ed esclusivamente in ipotesi eccezionali "per esigenze imperative connesse a un interesse generale alla tutela della salute pubblica e dell'ambiente" ai sensi dell'art. 57 par. 3 Dir. 2014/24/UE.

di vigilanza di tale operatore economico o è una persona avente poteri di rappresentanza, di decisione o di controllo”¹⁷² .

Tale norma estende l’ambito soggettivo di applicazione delle cause di esclusione obbligatorie ritenendo l’operatore economico non quale la persona fisica o giuridica di cui all’art.2 par 1 n.10 della stessa direttiva¹⁷³ ma ampliando tale concezione e rendendo incapace di stipulare contratti con la pubblica amministrazione agli operatori economici anche nei casi in cui la persona “condannata” sia un membro del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell’operatore economico o sia una persona che “ivi” abbia poteri di rappresentanza, di decisione e di controllo.

Pertanto il legislatore europeo ha ritenuto applicabili le cause di esclusione obbligatorie a chiunque abbia un legame strutturale e giuridicamente qualificato con l’“operatore economico”.

Viceversa dalla lettura complessiva delle fattispecie escludenti di cui al par. 4 dell’art. 57, per ciò che attiene le fattispecie non obbligatorie sotto il profilo soggettivo, l’esclusione è disposta solo nel caso di riscontro di una delle situazioni ivi contemplate in capo all’operatore economico considerato nella accezione “ristretta” e non ampliata.

Questa ricostruzione discende dal tenore letterale della norma e dall’interpretazione sistematica delle stesse, fondata sulla considerazione che

¹⁷² Cfr. ultimo periodo dell’art. 57 par. 1 della Dir. 2014/24/UE.

¹⁷³ Ai sensi dell’art.2 par. 10 della direttiva 24/2014/UE si intende «operatore economico»: *“una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o di un’opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi”*;

le fattispecie disciplinate al par. 4 dell'art.57 sembrano condividere un nucleo comune incentrato sullo svolgimento dell'attività d'impresa e sulla capacità, affidabilità, integrità, correttezza esecutiva manifestata dall'operatore economico.

Alla luce della predetta ricostruzione, è possibile affermare che il legislatore europeo non solo abbia operato un distinguo tra fattispecie escludenti obbligatorie e abbia al contempo previsto un diverso ambito soggettivo delle stesse limitando le fattispecie escludenti non obbligatorie al solo operatore economico in quanto tale, fermo restando la previsione di cui al par.7 dell'art. 57 che prevede la possibilità degli Stati membri di specificare le condizioni di applicazione dell'art. 57.

L'art.80 del d.lgs. 50/16 ha trasposto nell'ambito del diritto nazionale le previsioni di cui all'art. 57 ed ha catalogato i motivi di esclusione dell'operatore economico dalle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Il recepimento deve essere valutato sia con riferimento agli ordinari criteri che regolano il rapporto tra il diritto comunitario e quello nazionale che alla luce del c.d. divieto di *gold plating*, ossia il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stabilito dal legislatore delegante nell'art.1 co.1 lett. a) L. n. 11/2016.

Il legislatore delegante ha improntato la tecnica del recepimento delle direttive europee in materia di appalti in modo tale da non consentire al legislatore

delegato, né alle amministrazioni, né all'autorità giudiziaria di introdurre o mantenere regole più stringenti rispetto a quelle stabilite in sede europea ¹⁷⁴.

Il limite del divieto di *gold plating* è valicabile soltanto qualora sussistano ragioni di interesse pubblico al mantenimento o alla introduzione di livelli di regolazione superiori a quelli previsti dalle direttive europee e simili ragioni devono essere contenute nella relazione AIR, relazione di analisi di impatto della regolazione.

Per ciò che attiene il vigente Codice dei Contratti pubblici, la relazione AIR ha previsto solo quattro ipotesi di deroga al divieto: 1) estensione ai settori speciali dei criteri di determinazione della soglia di anomalia delle offerte; 2) Aumento

¹⁷⁴ sulla nozione di gold plating cfr. Commissione Europea, *Smart regulation in the European Union*, COM (2010) 543 final, Bruxelles, 8 ottobre 2010 secondo cui il gold plating è quella tecnica “*which goes beyond what is required by that legislation, while staying within legality. Member States have large discretion when implementing EC directives. They may increase reporting obligations, add procedural requirements, or apply more rigorous penalty regimes. If not illegal, “gold plating” is usually presented as a bad practice because it imposes costs that could have been avoided*” che può essere tradotto in tal senso: “*il gold plating è ciò che va al di là di quanto richiesto da tale legislazione, pur rimanendo nella legalità. Gli Stati membri dispongono di un ampio potere discrezionale nell'attuare le direttive comunitarie. Possono aumentare gli obblighi di segnalazione, aggiungere requisiti procedurali o applicare regimi di penalità più rigorosi. Se non va considerato vietato, il gold plating è di solito considerato come una cattiva pratica in quanto impone costi che avrebbero potuto essere evitati*”.

Sul divieto di gold plating nella disciplina dei contratti pubblici L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su “*La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*”, Varenna 17-19 settembre 2015, in www.irpa.eu, in particolare pg. 24-26.

dell'importo contrattuale (prezzo); 3) previsione di una soglia per il subappalto;
4) esclusione dell'avvalimento nel settore dei beni culturali.

Non è stata prevista invece alcuna deroga al divieto di *gold plating* per ciò che attiene riguarda l'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo dei motivi di esclusione di cui all'art.57 della direttiva 24/2014/UE.

Con riguardo ai motivi di esclusione l'art.80 del Codice dei Contratti individua nei commi da 1 a 5 le cause di esclusione dell'operatore economico dividendo le stesse in quattro macrogruppi: al primo comma quelle legate alla sussistenza di condanne penali; il secondo comma elenca le cause di esclusione derivanti da provvedimenti previsti dal Codice Antimafia; il quarto comma enumera le cause di esclusione concernenti la violazione degli obblighi relativi al pagamento delle imposte, tasse e contributi previdenziali ed infine il quinto comma prevede delle cause di esclusione "eterogenee" nel cui ambito sono ricomprese le infrazioni da parte degli operatori economici in materia di salute e sicurezza sul lavoro, le procedure concorsuali, gli illeciti professionali, conflitto di interessi, distorsione della concorrenza, sanzioni interdittive, falsità nelle dichiarazioni o nei documenti, violazione del divieto di intestazione fiduciaria, omessa certificazione del rispetto delle norme sul diritto al lavoro dei disabili, omessa denuncia dei reati di concussione ed estorsione.

Il comma 1) dell'art. 80, recependo il par.1 dell'art. 57 della Direttiva n. 24/2014/UE contiene l'elenco nominale dei reati per i quali è prevista l'automatica esclusione in caso di accertamento di condanna definitiva per l'operatore economico. Il comma 3 specifica l'ambito soggettivo di applicazione delle cause di esclusione di cui al primo e secondo comma

prevedendo che l'esclusione va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti dell'operatore economico nella sua accezione più ampia come precedentemente delineata¹⁷⁵. L'estensione soggettiva della ricorrenza dei presupposti per l'applicazione della causa di esclusione del concorrente per condanne definitive per determinati reati risulta confinata a figure puntualmente individuate dal legislatore in maniera coerente con il quadro delineato dal legislatore sovranazionale.

Per ciò che concerne, invece, i motivi di esclusione di cui al comma 5 dell'art. 80 del Codice dei Contratti pubblici, questi ultimi costituiscono il recepimento di taluni dei motivi di esclusione di matrice europea "facoltativi" ma divenuti obbligatori nell'ordinamento nazionale per effetto della loro integrale

¹⁷⁵ Art. 80 comma 3) d.lgs. 50/16 *"L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero, nei casi di condanna ad una pena accessoria perpetua, quando questa è stata dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima."*

trasposizione, ed il legislatore non ha utilizzato la facoltà prevista dalle direttive di introdurre disposizioni specifiche di attuazione in merito all'ambito soggettivo della loro applicazione¹⁷⁶.

L'art. 80 al comma 5 lett.c) rimette ampia discrezionalità alla stazione appaltante prevedendo che la stazione appaltante può escludere un operatore economico dalla procedura qualora dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità ed affidabilità. L'ampia discrezionalità non riguarda l'individuazione delle fattispecie espulsive, attività che compete al legislatore ed è esplicita attraverso l'elencazione tassativa dei requisiti generali bensì attiene alla riconduzione della fattispecie concreta a quella astratta, siccome descritta genericamente mediante l'uso di concetti indeterminati.

Con le Linee guida n. 6 recanti *“Indicazioni dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art.80 co. 5) lett. c) del Codice”* l'Anac, incaricata di tale onere dall'art.80 comma 13 del Codice, ha inteso fornire indicazioni operative e chiarimenti in merito alle fattispecie esemplificative indicate in via generica

¹⁷⁶ Il legislatore nazionale, non prevedendo un ambito soggettivo di applicazione dei motivi di esclusione di cui al comma 5), non si è avvalso della facoltà di cui all'art.57 par.7 della Dir. 2014/24/UE che consente agli stati membri, nel rispetto del principio di proporzionalità, di individuare specifiche previsioni di attuazione delle cause di esclusione riferendo le situazioni che consentono alla stazione appaltante di escludere il concorrente, solo all'operatore economico in quanto tale, con una sola eccezione, costituita dall'ipotesi in cui le situazioni contemplate al comma 5 dell'art.80 siano accertate nei confronti di un subappaltatore indicato nella c.d. terna nei casi di cui all'art.105 co. 6) del Codice, cioè nei casi in cui sia obbligatoria l'indicazione della terna dei subappaltatori.

dal Codice e ai criteri da seguire nelle valutazioni di competenza nell'ottica di assicurare comportamenti omogenei da parte delle stazioni appaltati al fine di garantire certezza agli operatori economici.

Nella versione aggiornata al primo decreto correttivo del Codice, le Linee guida in commento, con riferimento all'ambito oggettivo di applicazione del grave illecito professionale, prevedono che sono atte a rilevare come cause di esclusione di cui all'art.80 co. 5) lett. c): a) i provvedimenti di esclusione dalla gara adottati ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice; b) i provvedimenti di risoluzione anticipata del contratto non contestati in giudizio o confermati con sentenza esecutiva all'esito di un giudizio e i provvedimenti di escussione delle garanzie; c) i provvedimenti di applicazione delle penali di importo superiore, singolarmente o cumulativamente con riferimento al medesimo contratto, all'1% dell'importo del contratto; d) i provvedimenti di condanna al risarcimento del danno emessi in sede giudiziale e gli altri provvedimenti idonei a incidere sull'integrità e l'affidabilità dei concorrenti, di cui siano venute a conoscenza, che si riferiscono a contratti dalle stesse affidati. L'inadempimento dell'obbligo di comunicazione comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 213, comma 13, del codice.

Con riferimento alla natura delle Linee guida in discorso, il Consiglio di Stato, con parere della commissione speciale n. 2042 del 25 settembre 2017 ha evidenziato che le stesse, avuto riguardo alle tipologie di linee guida previste dalla legge delega e al contenuto dell'art. 80 comma 13, appartengono al novero di quelle a carattere non vincolante.

Difatti nelle premesse delle linee guida n. 6 l'ANAC chiarisce che il verificarsi delle fattispecie esemplificative indicate nelle linee guida non dà luogo ad esclusione automatica del concorrente ma comporta l'obbligo della stazione appaltante di procedere alle valutazioni di competenza in ordine alla rilevanza ostensiva degli specifici comportamenti, da effettuarsi nell'esercizio del potere discrezionale alla stessa riconosciuto, secondo le indicazioni fornite nelle linee guida. Viene altresì specificato che le stazioni appaltanti possono attribuire rilevanza a situazioni non espressamente individuate nelle linee guida, purché le stesse siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta indicata all'art.80 co. 5) lett. c) del Codice e sempre che ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi.

Con riferimento all'ambito di applicazione il par.1 indica che il comma 5 dell'art.80 trova applicazione per gli appalti e le concessioni nei settori ordinari sia sopra soglia che sotto soglia comunitaria ed ai settori speciali qualora l'ente aggiudicatore sia un'amministrazione aggiudicatrice.

Quanto all'ambito oggettivo il documento contiene un'elencazione di comportamenti e presupposti che possono giustificare la mancanza di fiducia dell'amministrazione nei confronti dell'operatore economico¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Pare opportuno trascrivere le ipotesi previste al paragrafo 2): **AMBITO SOGGETTIVO:** *“Rilevano quali cause di esclusione ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c) del codice gli illeciti professionali gravi accertati con provvedimento esecutivo, tali da rendere dubbia l’integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell’attività oggetto di affidamento. Al ricorrere dei presupposti di cui al periodo precedente, gli illeciti professionali gravi rilevano ai fini dell’esclusione dalle gare a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell’illecito.”*

2.2 In particolare, rilevano - salvo che le stesse configurino altra causa ostativa che comporti l'automatica esclusione dalla procedura di affidamento ai sensi dell'art. 80 del codice - le condanne non definitive per i reati di cui all'art.80, co. 1 nonché i seguenti reati: a. abusivo esercizio di una professione; b. reati fallimentari (bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare, ricorso abusivo al credito); c. reati tributari ex d.lgs. 74/2000, i reati societari, i delitti contro l'industria e il commercio; d. reati urbanistici di cui all'art. 44, comma 1 lettere b) e c) del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria; e. *reati previsti dal d.lgs. 231/2001. Rileva, altresì, quale illecito professionale grave, che la stazione appaltante deve valutare ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice, la condanna non definitiva per taluno dei reati di cui agli artt. 353, 353 bis, 354, 355 e 356 c.p., fermo restando che le condanne definitive per tali delitti costituiscono motivo di automatica esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 1, lett. b) del codice.*

2.2.1 Significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto: Al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1 la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti gravi e significativi riscontrati nell'esecuzione di precedenti contratti, anche stipulati con altre amministrazioni, che abbiano comportato, alternativamente o cumulativamente: a) la risoluzione anticipata non contestata in giudizio, ovvero confermata con provvedimento esecutivo all'esito di un giudizio; b) la condanna al risarcimento del danno, sanzioni o penali derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale.

2.2.1.2 In particolare, assumono rilevanza: 1. l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte; 2. le carenze del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto; 3. l'adozione di comportamenti scorretti; 4. il ritardo nell'adempimento; 5. l'errore professionale nell'esecuzione della prestazione; 6. l'aver indotto in errore l'amministrazione circa la fortuità dell'evento che dà luogo al ripristino dell'opera danneggiata per caso fortuito interamente a spese dell'amministrazione stessa; 7. nei contratti misti di progettazione ed esecuzione, qualunque omissione o errore di progettazione imputabile all'esecutore che ha determinato una modifica o variante ai sensi dell'art. 106, comma 2, del codice, o della previgente disciplina (art. 132 d.lgs. 163/06); 8. negli appalti di progettazione o concorsi di progettazione, qualunque omissione o errore di progettazione imputabile al progettista, che ha determinato, nel successivo appalto di lavori, una modifica o variante, ai sensi dell'art. 106 del codice, o della previgente disciplina (art. 132 d.lgs. 163/06).

2.2.1.3 Tali circostanze non determinano di per sé l'esclusione ai sensi dell'art. 80 comma 5 del codice che può invece essere disposta solo quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare.

2.2.1.4 L'amministrazione è tenuta a motivare il provvedimento con specifico riferimento alle ragioni che l'hanno condotta alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore economico, alla gravità della fattispecie e alla connessione tra la condotta valutata e l'oggetto del contratto da affidare. 2.2.2 Gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara 2.1.2.1. Al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1, la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti idonei ad alterare illecitamente la par condicio tra i concorrenti oppure in qualsiasi modo finalizzati al soddisfacimento illecito di interessi personali in danno dell'amministrazione aggiudicatrice o di altri partecipanti, posti in essere, volontariamente e consapevolmente dal concorrente.

2.1.2.2. Rilevano: 1. quanto all'ipotesi legale del «tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante», gli atti idonei diretti in modo non equivoco a influenzare le decisioni della stazione appaltante in ordine: 1.1 alla valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione; 1.2 all'adozione di provvedimenti di esclusione; 1.3 all'attribuzione dei punteggi. 2. quanto all'ipotesi legale del «tentativo di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio» i comportamenti volti a ottenere informazioni in ordine: 6 2.1 al nominativo degli altri concorrenti; 2.2 al contenuto delle offerte presentate. Acquista, inoltre, rilevanza, al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1, la previsione di accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza oggettivamente e specificamente idonei a incidere sulla regolarità della procedura e debitamente documentati. 2.1.2.3. Quanto alle ipotesi legali del «fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione» e dell'«omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento delle procedure di selezione», rilevano i comportamenti che integrino i presupposti di cui al punto 2.1 posti in essere dal concorrente con dolo o colpa grave volti a ingenerare, nell'amministrazione, un convincimento erroneo su una circostanza rilevante ai fini della partecipazione o dell'attribuzione del punteggio. La valutazione della sussistenza della gravità della colpa deve essere effettuata tenendo in considerazione la rilevanza o la gravità dei fatti oggetto della dichiarazione omessa, fuorviante o falsa e il parametro della colpa professionale. Fermo restando che in caso di presentazione di documentazione o dichiarazioni non veritiere nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalto si applica l'art. 80, comma 1, lett. f-bis) del codice, rientrano nella fattispecie, a titolo esemplificativo: 1. la presentazione di informazioni

Quanto all'ambito soggettivo le Linee guida in esame prevedono che i gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti

fuorvianti in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione o ad altre circostanze rilevanti ai fini della gara; 2. la presentazione di informazioni false relative a circostanze diverse dal possesso dei requisiti generali o speciali di partecipazione; 3. l'omissione di informazioni in ordine alla carenza, sopravvenuta rispetto al momento in cui è stata presentata la domanda, di requisiti o elementi non specificatamente richiesti dal bando di gara ai fini della partecipazione, ma indicati dall'offerente per conseguire un punteggio ulteriore o per fornire le spiegazioni richieste dalla stazione appaltante nel caso in cui l'offerta appaia anormalmente bassa.

2.1.2.4. Assumono rilevanza, altresì, tutti i comportamenti contrari ai doveri di leale collaborazione che abbiano comportato la mancata sottoscrizione del contratto per fatto doloso o gravemente colposo dell'affidatario e la conseguente escussione della garanzia prevista dall'art. 93 del Codice.

2.1.2.5. Tali circostanze non determinano di per sé l'esclusione ai sensi dell'art. 80 comma 5 del codice che può invece essere disposta solo quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare.

2.1.2.6. L'amministrazione è tenuta a motivare il provvedimento con specifico riferimento alle ragioni che l'hanno condotta alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore economico e alla gravità della fattispecie.

2.2.3 Altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico

2.2.3.1 Al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1, la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente: 1. i provvedimenti definitivi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare. 2. i provvedimenti sanzionatori definitivi comminati dall'ANAC ai sensi dell'art. 213, comma 13, del codice e iscritti nel Casellario dell'Autorità nei confronti degli operatori economici che abbiano rifiutato od omesso, senza giustificato motivo, di fornire informazioni o documenti richiesti dall'Autorità o che non abbiano ottemperato alla richiesta della stazione appaltante di comprovare i requisiti di partecipazione o che, a fronte di una richiesta di informazione o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità, abbiano fornito informazioni o documenti non veritieri.”.

individuati dall'art. 80 comma 3) del Codice. Da tale ultima indicazione se ne ricava che, secondo le Linee guida ANAC n.6, una condanna anche non definitiva per uno dei reati ivi indicati adottata nei confronti di un soggetto anche diverso dall'operatore economico in quanto tale e dal suo legale rappresentante, rientrando però nell'elenco di cui al comma terzo dell'art.80, potrebbe rilevare quale "grave illecito professionale".

Quanto ai criteri di valutazione dei gravi illeciti professionali il par. 6 stabilisce che l'esclusione deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato. Tale previsione va posta in relazione con il combinato disposto di cui ai commi 7 e 8 dell'art.80 del Codice, i quali stabiliscono la facoltà per l'operatore economico di dar prova dell'adozione di misure di cd. *Self cleaning* che, ove dalla stazione appaltante ritenute sufficienti, determinano la non esclusione dalle procedure d'appalto.

L'adozione delle misure di *self cleaning*, per essere considerabile dalla stazione appaltante, deve intervenire precedentemente alla scadenza del termine per presentare offerte.

Prescindendo in questa sede dal prendere posizione in merito alla correttezza dell'opzione ermeneutica che riconduce alla ipotesi di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) l'aver riportato condanne non definitive per reati non tassativamente individuati dal legislatore, si ritiene che la condanna per un reato che si assuma rilevante ai fini del "grave illecito professionale" possa astrattamente costituire un motivo di esclusione ex. art. 80, co. 5 lett. c), in quanto essa sia riferibile all'operatore economico oppure al legale rappresentante di quest'ultimo purché

per fatto incidenti sull'attività dell'operatore economico della cui integrità ed affidabilità si tratti.

Tale interpretazione appare sostenuta dal dato letterale della norma che si riferisce ai “gravi illeciti professionali” con riguardo all'operatore senza prevedere alcuna estensione dell'ambito soggettivo di applicazione della previsione ad ipotesi in cui la causa di esclusione sia accertata nei confronti di soggetti fisici o giuridici che, pur facenti parte di organi dell'operatore economico, non abbiano alcun potere di rappresentanza.

La tesi appare supportata anche dalla lettura sistematica della norma in quanto i motivi di esclusione di cui al comma 5 dell'art. 80 sembrano focalizzare l'attenzione sullo svolgimento dell'attività di impresa e sulla capacità e correttezza esecutiva manifestata dall'operatore economico.

L'estensione dell'ambito soggettivo operata dalle Linee Guida n.6 “anche ai soggetti individuati dall'art.80 co.3 del Codice” non è idonea a specificare validamente, rispetto al tenore della direttiva e a quello della disposizione primaria contenuta nel Codice, il perimetro di applicazione soggettivo del “grave illecito professionale”.

Le linee guida in esame sono, oltretutto, come anticipato, atti a carattere non vincolante, destinate soltanto alla buona prassi delle amministrazioni, limitate dall'obbligo del rispetto formale e sostanziale delle fonti di rango primario, ivi incluso il divieto di *gold plating*, a cui è precluso modificare o introdurre validamente nell'ordinamento giuridico previsioni difformi o ultronee rispetto

a quelle risultanti dalle norme del Codice dei Contratti Pubblici o dalle norme comunitarie¹⁷⁸.

Dal combinato disposto della portata di applicazione oggettiva e soggettiva di cui alle linee guida in esame se ne ricava che secondo le stesse una condanna, anche non definitiva, per uno dei reati ivi indicati, adottata nei confronti di un soggetto diverso dall'operatore economico in quanto tale o dal suo legale rappresentante, ma rientrante nei soggetti di cui al comma 3) potrebbe rilevare quale "grave illecito professionale" e determinare la legittimità di un provvedimento di esclusione disposto nei confronti dell'operatore.

L'estensione operata dall'ANAC si pone in contrasto con i menzionati limiti. Da un lato si pone in contrasto con il divieto di *gold plating* in quanto tende ad aggravare gli oneri dichiarativi dei partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica attraverso l'ampliamento della platea dei soggetti astretti dal relativo obbligo. Per altro verso in quanto si tratta di una previsione non normativa ma rimessa alle mutevoli determinazioni di soft law, ponendosi in contrasto con il principio di parità di trattamento e con il principio di trasparenza di matrice europea¹⁷⁹.

¹⁷⁸ In tal senso, tra i numerosi autori, S. CARDARELLI in *l'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per "grave illecito professionale"* in Giorn. Dir. Amministrativo n. 2/2019.

¹⁷⁹ Con la sentenza CGUE 2 giugno 2016, causa C-27/15 è stato affermato che "*devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali le lacune presenti in tale documento*".

La predetta estensione si pone in contrasto anche con il principio di proporzionalità di cui all'art. 5 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, man mano esteso alla materia dei contratti pubblici¹⁸⁰.

Nella giurisprudenza amministrativa non si rinviene un indirizzo univoco con riguardo all'ambito soggettivo di applicazione del "grave illecito professionale".

¹⁸⁰ Nell'ambito del sistema della contrattualistica pubblica il principio di proporzionalità assume peculiare rilevanza, come evincibile dal considerando 101 della direttiva 2014/24/UE secondo il quale *"nell'applicare motivi di esclusione facoltativi le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. Lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali. Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificare l'esclusione"*.

La giurisprudenza di matrice comunitaria ha avuto modo di chiarire che il principio in esame va considerato un principio generale dell'Unione (CGUE, 28 febbraio 2018, cause riunite C-523/16 e C536/16, MA.T.I. SUD S.p.a. contro Centostazioni S.p.a., par. 53, su e-curia) che deve essere rispettato nella previsione di cause di esclusione facoltative delle gare d'appalto, in modo da non eccedere quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito (Causa C-144/17, Lloyd's of London, par.32 su e-curia).

Ed infatti, come chiarito dalla giurisprudenza della CGUE gli Stati membri, nell'esercizio delle facoltà loro riconosciute dalle norme europee, non devono compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla direttiva e non pregiudicarne né l'effetto utile delle sue disposizioni né le altre disposizioni e gli altri principi pertinenti del diritto dell'Unione, in particolare i principi di parità di trattamento e di non discriminazione di trasparenza e di proporzionalità (in tal senso Id., 2 giugno 2016, Falk Pharma, causa C-410/14, par.34, su e-curia).

Il rispetto del principio di proporzionalità nell'applicazione delle cause di esclusione dalle gare deve, quindi, essere posto in relazione con le finalità proprie delle norme dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici e degli obiettivi perseguiti dal legislatore sovrazionale. Tale plesso normativo è stato adottato nell'ambito della realizzazione di un mercato unico diretto ad assicurare la libera circolazione e a eliminare le restrizioni della concorrenza (Id., 21 febbraio 2008, causa C-412/04 Commissione/Italia, par.2); in tale contesto è interesse del diritto dell'Unione che venga garantita la massima partecipazione degli offerenti ad una gara di appalto (ex multis, Id., Causa C-144/17, cit., par.34).

Sul punto il Tar Lombardia, Milano, Sez. I, con sentenza n.250 del 29 gennaio 2018 ha affermato che non può condividersi *“l’interpretazione estensiva della previsione di cui all’art. 80, c. 3, d.lgs. n. 50/2016 delineata dall’Anac nelle linee guida n. 6/2016 (...) in quanto si pone in netto contrasto con la lettera della norma la quale delimita chiaramente il proprio ambito di operatività alle sole ipotesi di cui ai commi 1 e 2 dello stesso articolo e non trova, pertanto, applicazione nelle ipotesi di cui al comma 5”*.

Anche il Tar Lazio, Roma sembra considerare illegittima l’estensione dell’ambito soggettivo operata dalle linee guida alla luce della circostanza che la stessa non trova fondamento normativo e pertanto tale interpretazione viene ritenuta una illegittima estensione della previsione di cui all’art. 80 comma 3, in violazione della tassatività delle cause di esclusione. Il Tar capitolino, con sentenza n. 07836/2019 della II sez., afferma che, alla luce del chiaro disposto normativo, il contenuto di cui alle linee guida ANAC nr. 6 di attuazione del D.lgs. 50/2016, nella parte in cui si interpretino come estensione dell’ambito soggettivo e dei connessi obblighi dichiarativi di cui al comma 5 del Codice, lett. “c”, dell’art. 80, *“esse assumono un valore sostanzialmente normativo (dal momento che fondano un obbligo diverso ed ulteriore rispetto a quello previsto dall’art. 80 d. lgs. 50/2016) e vanno pertanto disapplicate (in quanto costituiscono violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione e del principio del favor participationis; ed esorbitano dai limiti di deliberazione dell’Autorità di cui al comma 13 dell’art. 80 cit., non venendo in rilievo – nella parte considerata - la indicazione di “quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di*

cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c).”).”

Della tesi opposta appare il T.A.R. Lombardia, Brescia che con la sentenza n.215/2018, sez. II, ha affermato che le condanne rilevanti ai sensi del comma 5 per incidere sull'affidabilità dell'impresa sono anche quelle previste nelle linee guida, anche con riguardo all'ambito soggettivo *“dovendosi attribuire alle linee guida un valore ricognitorio ed esplicativo del generico riferimento operato dalla norma. Quindi, una lettura della disposizione, coerente con la disciplina comunitaria e con i principi fondamentali della materia già elaborati in vigenza della precedente normativa, non può che condurre a un'interpretazione estensiva, nel senso che l'esclusione può essere disposta dalla stazione appaltante anche nel caso in cui la sentenza di condanna ritenuta rilevante sia relativa a un reato come la bancarotta fraudolenta e anche se essa riguardi non l'impresa in sé, ma uno dei soggetti di cui al comma 3 dell'art. 80 del d. lgs. 50/2016.”*

La formulazione letterale delle vigenti disposizioni normative, nazionali ed europee, anche alla luce del principio di stretta legalità e tassatività delle cause di esclusione chiaramente enunciato all'art. 83 co. 8 ultimo periodo del D. lgs. 50/16 secondo cui *“i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*, rendono suscettibile di critica la tesi sostenuta dal giudice amministrativo nella citata sentenza non potendosi ritenere vigenti cause di

esclusione non previste dal legislatore primario, europeo e nazionale, il tutto anche alla luce del divieto di *gold plating*, per effetto del quale è inibita non solo l'introduzione di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, con la specificazione che tale limite opera anche nei confronti delle autorità giudiziarie in fase interpretativa della portata applicativa delle norme.

Anche volendo ritenere che il reato di bancarotta fraudolenta (di cui alla sentenza del TAR Brescia) possa rilevare quale grave illecito professionale, non è possibile affermare che la condanna non definitiva per tale reato in capo a soggetti diversi dall'operatore economico inteso in senso tecnico, debba essere dichiarata da questi ultimi.

Tali considerazioni evidenziano le criticità di cui all'interpretazione fornita dall'ANAC e inducono riflettere sulla circostanza che l'individuazione dei presupposti soggettivi di applicazione delle cause di esclusione non avrebbe dovuto essere rimessa né a determinazioni di *soft law* né a mutevoli orientamenti giurisprudenziali.

In concreto, la lettura della norma alla luce di tale ultima interpretazione si tradurrebbe in un'indebita alterazione dei presupposti di partecipazione alle gare pubbliche che, nel rispetto dei principi che regolano la materia, devono essere puntualmente predeterminati dalle fonti di rango primario. In tal senso depone la lettura della giurisprudenza comunitaria che ha avuto modo di chiarire che *“i principi di trasparenza e parità di trattamento che disciplinano tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto*

siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati dal fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti”¹⁸¹.

Un ulteriore problematica affrontata dalla giurisprudenza amministrativa ha ad oggetto l'estensione dell'ambito di applicazione oggettivo operata dall'Autorità e, in parte, dalla norma di rango primario con riguardo alla scelta della stessa di considerare tra i fatti atti ad incidere sul rapporto fiduciario che deve necessariamente intercorrere tra la Stazione Appaltante e i partecipanti, le condanne non definitive e tutti i comportamenti atti ad incidere sul vincolo fiduciario che deve sussistere tra l'amministrazione e il soggetto esecutore.

Mentre, infatti, il codice de Lise di cui al d.lgs.163/2006 prevedeva un *numerus clausus* e ben individuato di fattispecie che determinavano l'incapacità soggettiva di un operatore economico a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, l'art. 80, con la previsione di cui al comma 5 lett. c) secondo cui la stazione appaltante esclude un operatore qualora *“dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si e' reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*, indicando una serie di fattispecie esemplificative, ha inserito nel sistema una norma a *“fattispecie aperta o causalmente orientata”*¹⁸², per l'applicazione della quale è sufficiente per l'interprete accertare l'idoneità

¹⁸¹ In tal senso si è espressa la CGUE nella causa C-226/04 e 228/04, La Cascina, punto 32, su e-curia.

¹⁸² In tal senso TAR Lazio, Roma, sez.III, sentenza n.723/2019.

causale del fatto addebitato all'operatore economico a minare la sua integrità e/o affidabilità, nella esecuzione di un futuro contratto pubblico.

La disposizione in commento configura una clausola generale di chiusura del sistema dei requisiti morali che debbono essere garantiti da tutti gli operatori economici che intendono contrattare con la pubblica amministrazione.

Detta previsione aggrava gli obblighi informativi a carico degli operatori economici i quali sono tenuti ad autocertificare tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio la propria integrità o affidabilità professionale, senza poter operare alcun filtro nell'individuazione dei precedenti rilevanti e nella valutazione della loro gravità ai fini dell'ammissione alla procedura di gara.

La valutazione circa il carattere "significativo" dell'inadempimento contrattuale e circa la "gravità" dell'illecito professionale ai fini dell'esecuzione è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante.

All'ANAC, con le linee guida di cui in esame, è rimesso il compito di fornire i parametri entro i quali la pubblica amministrazione deve muoversi nel comminare provvedimenti di esclusione che presuppongono un accertamento ampiamente discrezionale, e come tale, difficilmente censurabile dinnanzi il giudice amministrativo¹⁸³.

L'ANAC era pertanto tenuta ad individuare in maniera quanto più omogenea possibile i mezzi di prova significativi per individuare specifici casi di esclusione dai pubblici incanti. Nondimeno, il verificarsi delle condizioni e fattispecie singolarmente individuate nel provvedimento non comporta in via

¹⁸³ In tal senso LUCA MAZZEO E LUCA DE PAULI in *Le linee Guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urbanistica e appalti* n.2/2018.

automatica l'espulsione dalla procedura di gara, ma impone alla stazione appaltante di procedere alle valutazioni di competenza in ordine alla rilevanza sostanziale dei comportamenti, nell'esercizio di un potere riconosciuto come significativamente discrezionale¹⁸⁴.

Ai fini della prova della sussistenza di una causa di esclusione assumono rilevanza gli illeciti professionali gravi accertati con provvedimento esecutivo, tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, oppure la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico-professionale nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento. La novità introdotta dall'interpretazione fornita dall'ANAC con le Linee guida sotto tale profilo consiste nella non necessità del passaggio in giudicato della relativa misura, posto che è sufficiente che detta misura non sia esecutivamente sospesa al momento dell'accertamento. Un ulteriore elemento, interpolato con il primo correttivo in ossequio alle indicazioni ricevute dal Consiglio di Stato in sede consultiva è l'irrelevanza della sede (amministrativa, civile o penale) presso la quale la misura stessa è stata disposta. In tal modo l'ANAC si è posta nell'ottica di dare importanza a comportamenti sfocianti direttamente in ipotesi di reato che, pur non afferendo direttamente le gare pubbliche, denotano una forte probabilità di inaffidabilità del contraente.

Possono incidere sul vincolo fiduciario che deve necessariamente sussistere tra ente appaltante e operatore economico esecutore i comportamenti tenuti in precedenti procedure d'appalto, anche con un'amministrazione diversa dalla

¹⁸⁴ Cfr. Cons. stato. Comm. Spec., ad. 14 settembre 2017;

precedente, che denotano deficit fiduciari nell'esecuzione delle pubbliche commesse.

Tra queste hanno anzitutto rilievo eventuali risoluzioni anticipate che non siano state impugnate dal concorrente ovvero la cui impugnazione sia stata respinta con provvedimento esecutivo. Sul punto non può non rilevarsi come la sufficienza della sussistenza di un provvedimento soltanto esecutivo non si pone in perfetta coincidenza con il tenore letterale dell'art. 80 co.5) lett. c) del d.lgs. 50/16 che, nel riferirsi alla "*risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito del giudizio*" sembra presupporre il carattere definitivo della pronuncia giudiziale. Sul punto infatti si è aperto un grosso dibattito giurisprudenziale tendente ad individuare il vero perimetro d'azione della norma.

Il TAR Campania, sez. IV, con ordinanza n.5893/17, sul presupposto che la contestazione giudiziale precluda l'adozione della sanzione espulsiva dalla gara, ritenendo che non può essere precluso alla stazione appaltante una possibile valutazione autonoma e proporzionale solo alla luce del fatto che il concorrente abbia "*sterilizzato le conseguenze derivanti dal suo precedente inadempimento attraverso la mera proposizione avverso lo stesso di una contestazione giudiziale*", ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la relativa questione interpretativa in ordine alla compatibilità con l'art.80 co.5) lett. c) con i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto di cui al TFUE e i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità.

La Corte di Giustizia U.E., sez. IV, con sentenza 19 giugno 2019 (causa C-41/18), nel risolvere la questione ha affermato che *“L’articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un’amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all’amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d’appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull’affidabilità dell’operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce.”*

Con la sentenza in rassegna, la Corte di giustizia UE ha affermato in particolare che le cause di esclusione facoltative devono essere valutate secondo il principio di proporzionalità (art. 57, par. 4, della direttiva 2014/24/UE) il quale non consente al legislatore nazionale di considerare automaticamente irrilevanti, ai fini dell’ammissione ad una nuova gara, gli illeciti professionali che hanno dato luogo ad una precedente risoluzione contrattuale avverso la quale sia stato proposto ricorso e lo stesso sia ancora pendente.

La Corte ha affermato anche che, in ragione del tenore dei considerando 101 e 102 della direttiva n. 2014/24/UE, nell’applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità e che in base all’art. 57,

par. 4, della direttiva n. 2014/24/UE, che è sostanzialmente sovrapponibile all'art. 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18/CE il compito di valutare se un operatore economico debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto appartiene alle amministrazioni aggiudicatrici e non a un giudice nazionale. La facoltà di cui dispone qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di appalto è destinata in modo particolare a consentirle di valutare l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli offerenti; i due motivi di esclusione previsti dall'art. 57, paragrafo 4, lettere c) e g), si basano su un elemento essenziale del rapporto tra l'aggiudicatario dell'appalto e l'amministrazione aggiudicatrice, vale a dire l'affidabilità del primo, sulla quale si fonda la fiducia che vi ripone la seconda ("il considerando 101, primo comma, della direttiva in parola prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere gli «operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili», mentre il suo secondo comma prende in considerazione, nell'esecuzione degli appalti pubblici precedenti, «comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico», cfr. punto 30).

Alla luce del quadro fornito si può affermare che mentre l'individuazione delle cause di esclusione è compito affidato esclusivamente al legislatore, le condotte ad esse ascrivibili non sono tassative. All'operatore economico rimane comunque consentito dimostrare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati al fine di evitare l'esclusione. Si

tratta della possibilità lasciata aperta dal legislatore comunitario agli operatori e di continuare a partecipare alle procedure di gara grazie al meccanismo del *self cleaning*.

Occorre però dare atto, anche alla luce delle differenti posizioni interpretative fornite sulle linee guida relative alla specificazione degli illeciti professionali, che le stesse non hanno avuto, ad oggi, la capacità di far chiarezza sull'ambito di applicazione della norma primaria ed anzi hanno creato incertezze sia relativamente all'ambito di applicazione oggettivo che relativamente all'ambito soggettivo, incertezze non solo per gli operatori e le Amministrazioni, ma anche per gli organi giurisdizionali. Pertanto l'obiettivo prefissato con lo strumento della soft regulation, di dare adito alle *best practice* e tendere ad uniformare il sistema non è stato raggiunto dalle linee guida in esame.

7. La natura delle linee guida vincolanti adottate dall'ANAC

Le linee guida vincolanti approvate dall'ANAC hanno rappresentato un terreno fertile sul quale sviluppare la ricerca. Difatti il Consiglio di Stato, oltre ad aver previsto una prima classificazione delle linee guida nei tre sottogeneri fino ad ora richiamati, nei pareri espressi sulle linee guida proposte o adottate dall'Anac, non ha potuto fare altro che un'analisi *ex post* dei provvedimenti adottati dall'Autorità. Non esisteva nel Codice o nella legge delega una procedura da seguire per l'emanazione delle linee guida vincolanti ma solo alcune garanzie procedurali minime che l'Anac era tenuta a rispettare, tra queste la consultazione pubblica, metodi di analisi e verifica di impatto della

regolazione, adeguata pubblicità e pubblicazione e se del caso parere facoltativo del Consiglio di Stato.

Prima della modifica del d. lgs. 50/16 per mano del Decreto Sblocca Cantieri di cui alla Legge 55 del 2019, che verrà affrontata in seguito, Il Codice era vago sul carattere vincolante delle linee per cui solo l'analisi del singolo provvedimento adottato dall'ANAC ne determinava la sua vincolatività o meno.

Il problema che ci si è posti con le linee guida vincolanti è quello del loro inquadramento nel sistema delle fonti, alla luce, da un lato dell'assenza di potestà normativa in senso proprio, dall'altro della loro natura vincolante e con la funzione che sono chiamate a svolgere.

Secondo la concezione tradizionale le linee guida costituiscono espressione propria del potere di direttiva, che si declina, a sua volta, per mezzo di raccomandazioni, istruzioni operative e, quindi, in definitiva, mediante l'indicazione di modalità attuative del precetto normativo, ma mai per mezzo di regole cogenti e vincolanti come è per le linee guida a carattere vincolante.

Il Consiglio di Stato ha evidenziato¹⁸⁵ che *“la segnalata discrasia tra il nome e la sostanza delle linee guida in esame ha, da subito, rilevato la singolare complessità della loro classificazione dogmatica ed ha legittimato due distinte ipotesi ricostruttive.”*

Il Consiglio di Stato con il parere n.1767 del 2 agosto 2016 ha affermato che le linee guida vincolanti adottate dall'Anac *“non hanno valenza normativa ma*

¹⁸⁵ parere n.1767 del 2 agosto 2016.

sono atti amministrativi generali appartenenti agli atti di regolazione delle Autorità Amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare.”

Di regola gli atti di regolazione delle Autorità indipendenti si caratterizzano per la loro elevata complessità tecnicistica nell’ambito di intervento, per cui il legislatore si limita a definire lo scopo da perseguire lasciando un ampio potere alle Autorità di sviluppare le modalità di esercizio del potere stesso.

Per le linee guida vincolanti la fattispecie è diversa, la legge definisce in maniera precisa le condizioni e i presupposti del potere, lasciando all’Autorità il potere di integrare e sviluppare il precetto primario.

Nel parere n.1920 del 30 agosto 2016 il Consiglio di Stato ha ribadito la natura di atto di regolazione dell’Autorità ed ha chiarito di aver formulato la scelta partendo da due opzioni: la prima era di considerare le linee guida ANAC come atti normativi atipici e la seconda come atti di regolazione del tipo di quelli adottati dalle AAI. Il Consiglio di Stato ha preferito optare per la seconda soluzione, ma chiarendo che le linee guida possono essere considerate come atti di regolazione delle AAI, seppur con particolari regole procedurali, solo se inquadrare all’interno della “*soft law*”, in quanto riconoscendo loro natura amministrativa, si finirebbe per derogare al principio di tipicità delle fonti normative che presidia la *hard law*.

Il Consiglio di Stato in chiusura affermava che “*per quanto le linee guida di cui discute siano giuridicamente vincolanti, è pur sempre vero che sulla fase di adozione prevale quella di attuazione e che la loro fortuna riposa sul principio di effettività assai più che su quello della cogenza formale*”.

Il fenomeno della *soft law* postula logicamente, come segnalato dall'aggettivo "soft", l'assenza di vincolatività, le linee guida vincolanti invece per la loro definizione presuppongono una vincolatività forte.

Appariva quindi ancora poco chiara la definizione data dal Consiglio di Stato, destinata a mutare e perfezionarsi solo con uno studio degli effetti che tali atti avranno sull'ordinamento.

Le linee guida che avrebbero dovuto definire il sistema di qualificazione delle imprese, i requisiti di partecipazione alle gare, le regole dell'avvalimento e il regime delle SOA possedevano quel carattere della generalità e dell'astrattezza propria degli atti di regolamentazione ma non presentavano al contempo alcun profilo tecnico che ne imponesse l'affidamento a un'autorità di regolazione diversa dal Governo.

Parte della dottrina ha evidenziato che *“non sarebbero neanche ravvisabili né nella Costituzione né nel diritto europeo, le basi (afferenti a un rango sovraordinato alla legge ordinaria) del potere regolativo affidato dalla legge all'ANAC, così come nelle disposizioni legislative che lo prevedono e lo autorizzano non appaiono rintracciabili i criteri e i principi alla stregua dei quali deve essere declinata la regolazione in questione, nella quale sono ravvisabili gli estremi di una vera e propria delega in bianco (con ulteriore profilo di inosservanza del principio di legalità, che, si ripete, esige che il potere regolatorio affidato dalla legge a una fonte subordinata resti condizionato dal rispetto di parametri predefiniti dalla fonte legislativa¹⁸⁶).”*

¹⁸⁶ C. DEODATO in, *Le linee guida Anac, una nuova fonte del diritto?*

Ricondurre le linee guida in esame al novero degli atti di regolazione delle AAI e di atti amministrativi in generale sembra una forzatura ermeneutica dettata dalla volontà di evitare l'esplicito riconoscimento dell'anomalia dell'introduzione di una nuova e atipica fonte del diritto.

Non appare possibile ricondurre queste linee guida neanche al rango di fonte secondaria, in quanto non rientra nella previsione del combinato disposto degli artt. 117 sesto comma Cost. e 17 della Legge 400/88.

Volendo presupporre esistente la regola della tipicità e della tassatività delle fonti secondarie, l'emanazione di un atto di formazione sub-legislativa, al di fuori dello schema del regolamento, avrebbe potuto risultare incostituzionale in quanto in contrasto con l'art. 117.

È stato evidenziato da autorevole dottrina che l'equiparazione delle linee guida vincolanti agli atti di regolazione non sarebbe del tutto soddisfacente anche alla luce della circostanza che non verrebbero ad integrarsi quei presupposti di connotazione tecnica della materia, nella settorialità del mercato da regolare, nell'esigenza di una regolamentazione autonoma di governo ¹⁸⁷.

La qualificazione delle linee guida vincolanti dell'ANAC quale atti amministrativi generali appartenenti al *genus* degli atti di regolazione delle AAI, sia pure connotati in modo peculiare fa sorgere una serie di conseguenze applicative. Una prima caratteristica di tali atti è che avendo natura vincolante non dovrebbero lasciare margini valutativi per le Amministrazioni e gli enti

¹⁸⁷ In tal senso M. C. ROMANO, *il ruolo e le competenze dell'ANAC sui contratti pubblici*, in *Corruzione e pubblica amministrazione*, a cura di M. D'ALBERTI, Jovene editore, Napoli 2017.

aggiudicatori nella fase di attuazione, gli stessi infatti sono obbligati a dare concreta attuazione ai precetti delle Linee guida. La vincolatività non esaurisce però del tutto la discrezionalità esecutiva delle amministrazioni, chiamate di volta in volta a valutare la natura del precetto per stabilire se lo stesso sia compatibile con l'attività valutativa e decisionale propria delle amministrazioni. La natura delle linee guida in esame comporta che fino ad un intervento caducatorio del precetto da parte dell'Autorità, le stesse devono essere osservate pena l'illegittimità degli atti consequenziali¹⁸⁸.

Nell'emanazione di linee guida vincolanti, l'ANAC è sempre ricorsa all'attività consultiva svolta dal Consiglio di Stato chiedendo al supremo organo di giustizia amministrativa di esercitare le proprie funzioni consultive in relazione alle linee guida elaborate dall'Autorità in attuazione del Codice appalti¹⁸⁹.

Le richieste di parere assumono particolare rilievo, basti considerare che le norme che attribuiscono il potere in capo all'Autorità di emanare atti "vincolanti" non prevedono alcuna necessaria attività propedeutica di consultazione da parte del Consiglio di Stato. L'Autorità ha evidenziato che *"in considerazione della rilevanza generale delle determinazioni assunte, ha deliberato di acquisire, prima dell'approvazione dei documenti definitivi, il*

¹⁸⁸ In tal senso Consiglio di Stato con parere 1767 del 2016

¹⁸⁹ con nota del 24 giugno 2016 prot. n. 0100280 l'Autorità ha richiesto il parere in merito alla bozza di linee guida per la *"Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni"*, predisposte ai sensi dell'art.31 co.5 dlgs.50/2016; per le *"linee guida in materia di offerta economicamente più vantaggiosa"* predisposte ai sensi dell'art.213 co.2 del d.lgs. 50/2016; e per l'*"Affidamento dei servizi attinenti l'architettura e l'ingegneria"* predisposte ai sensi dell'art.213 co.2 del dlgs 50/2016.

parere del Consiglio di Stato, il parere della Commissione VIII- Lavori pubblici, comunicazioni del Senato della Repubblica e il parere della Commissione VIII- ambiente Territorio e Lavori Pubblici della Camera dei Deputati.

Dette richieste di pareri vanno inquadrare in un'ottica di evoluzione costante dell'ordinamento basata su una logica di fattiva collaborazione istituzionale.

Il Consiglio di Stato ha poi chiarito che l'attività richiesta dall'ANAC è ricollegabile alla funzione consultiva del Consiglio di Stato di cui all'art. 100 della Costituzione, ricollegandosi alla funzione di "consulenza giuridico – amministrativa" anche per atti atipici e sui generis. Un'evoluzione della funzione del Consiglio di Stato che si conferma come un advisory board, organismo volontario di consultazione e di supporto, delle istituzioni del paese, in un ordinamento profondamente innovato e pluralizzato ”¹⁹⁰.

La ricerca, con riguardo alle linee guida, si è concentrata sull'attività svolta dall'Autorità in questi primi anni di attuazione del nuovo codice dei Contratti. Con riguardo alle linee guida vincolanti l'ANAC, in fase di attuazione del Codice dei Contratti, ha adottato 4 linee guida che rivestono il carattere della vincolatività. Le linee guida ANAC adottate sino ad ora e caratterizzate dalla vincolatività sono le Linea guida n.3 aventi ad oggetto la "nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni", le Linee guida n.5 per i "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici", le Linee Guida n. 7 - "Linee Guida per

¹⁹⁰ Nota n. 1767 del 2 agosto 2016 del Consiglio di Stato.

l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016" e le Linee guida n. 9 sul "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato".

Di queste 4 linee guida "sub-normative" e vincolanti soltanto le Linee guida n.5 e n.7 possono essere ricondotta alla categoria delle linee guida vincolanti adottate dall'ANAC di cui allo schema a tre fatto dal Consiglio di Stato in sede di primo parere sul Codice dei Contratti.

7.1. Le linee guida n.3 sul Responsabile Unico del Procedimento

Le prime linee guida adottate dall'ANAC con caratteristiche di vincolatività sono state le linee guida n.3 sulla nomina del RUP.

Le linee guida n.3 trovano¹⁹¹ la propria fonte normativa nell'art.31 del d.lgs.50/2016 comma 5¹⁹², che prevedeva che l'ANAC con proprie linee guida

¹⁹¹ L'utilizzo del verbo al passato è dovuto alla circostanza che Il Decreto Sblocca Cantieri di cui al D.L. n.32 del 2019 ha modificato la disciplina del RUP affidandone la regolazione, insieme con la maggior parte delle norme che hanno ad oggetto l'attuazione del codice, ad un regolamento ministeriale. Le modifiche introdotte dallo Sblocca cantieri verranno analizzate nei paragrafi che seguono.

¹⁹² Il comma 5 dell'art.31 del d.lgs.50/2016, prima delle modifiche di cui al Decreto Sblocca Cantieri prevedeva: "*L'ANAC, con proprie linee guida, da adottare entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente codice, definisce una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP, sui presupposti e sulle modalità di nomina, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal presente codice, in relazione alla complessità dei lavori. Con le medesime linee guida sono determinati, altresì, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista, con il direttore dei lavori o con il direttore dell'esecuzione. Fino all'adozione di detto atto si applica l'articolo 216, comma 8*".

avrebbe dovuto disciplinare i compiti e le funzioni del Responsabile Unico del Procedimento nell'affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici.

L'Autorità, in data 24 giugno 2016 trasmetteva al Consiglio di Stato bozza delle linee guida in oggetto e chiedeva allo stesso di esercitare le proprie funzioni consultive in una logica di fattiva cooperazione istituzionale, sottoporre al Consiglio gli schemi delle richiamate linee guida. In merito alla richiesta di parere il Consiglio di Stato ha rilevato un'evoluzione della funzione consultiva di cui all'art.100 della Carta Costituzionale rientrando tale funzione nella "consulenza giuridico-amministrativa", che è andata ad evolversi ed indirizzarsi anche nei confronti di atti atipici e sui generis¹⁹³.

Il Consiglio di Stato, in sede di parere, ha rilevato che sebbene l'art. 31, comma 5, codice, nella sua formulazione originaria non specificasse in maniera puntuale a quale tipologia di linee guida era da ascrivere l'intervento dell'ANAC, dal contenuto delle stesse si è sin da subito ritenuto che si tratti, di linee guida caratterizzate da una doppia valenza, in parte vincolanti ed in parte non vincolanti. Contengono disposizioni integrative della fonte primaria, in materia di status (requisiti di professionalità) e di competenze di un organo amministrativo e, come anticipato, hanno un duplice contenuto: da un lato attuano l'art. 31, comma 5, dall'altro lato sembrano forniscono indicazioni interpretative delle disposizioni dell'art. 31 codice nel suo complesso. Nella parte in cui attuano l'art. 31, comma 5, del codice, hanno portata vincolante, nella parte in cui forniscono una esegesi dell'art. 31 nel suo complesso, sono

¹⁹³ Parere del Consiglio di Stato n.01767/2016 del 02/08/2016 che affronta contemporaneamente la bozza delle Linee Guida n.1, n.2 e n.3.

adottate ai sensi dell'art. 213, comma 2, codice, ed hanno una funzione di orientamento e *moral suasion* utile, soprattutto nell'immediatezza dell'entrata in vigore della nuova disciplina, al fine di prevenire incertezze esegetiche e contenziosi, e indicare alle stazioni appaltanti le migliori prassi.

L'Autorità, recependo le indicazioni fornite dal Consiglio di Stato in sede consultiva sulla bozza delle linee guida sul RUP ha diviso il contenuto delle stesse da punto di vista strutturale. il documento è infatti diviso in due parti: la parte I, intitolata "Indicazioni di carattere generale in materia di RUP, ai sensi dell'art. 213, co. 2, del Codice dei contratti pubblici", con funzione di *moral suasion* e la parte II, intitolata "Compiti specifici del RUP, requisiti di professionalità, casi di coincidenza del RUP con il progettista o il direttore dei lavori o dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 31, co. 5 del Codice dei contratti pubblici", con natura vincolante.

Con riguardo ai requisiti di cui il RUP deve essere in possesso, il Codice all'art.31 prevede un nucleo di prescrizioni minime essenzialmente ancorate all'adeguatezza delle competenze professionali demandando alla potestà regolativa dell'ANAC la definizione in concreto dei requisiti di professionalità.

Con riguardo all'individuazione dei requisiti professionali del RUP, l'Autorità ha operato cercando di raggiungere un equo temperamento tra le opposte esigenze di garantire la professionalità degli operatori e assicurare la reperibilità di idonee figure professionali nell'organico delle stazioni appaltanti, evitando l'introduzione di requisiti troppo stringenti e tentando di calibrare i requisiti in ragione della tipologia, della complessità e dell'importo dell'affidamento, prevedendo alcune soglie di riferimento. Nell'individuazione

della disciplina di maggior dettaglio dei compiti del RUP, l'Autorità ha proceduto in un'ottica di semplificazione e razionalizzazione degli adempimenti e nel rispetto del divieto di *gold plating*, evitando l'introduzione di livelli di regolazione superiori a quelli imposti dalle direttive europee. L'Autorità ha preso come base di riferimento le disposizioni del d.P.R. 207/2010 adattandole al nuovo quadro normativo garantendo in tal modo continuità rispetto a procedure consolidate e facilitando l'adattamento alle nuove disposizioni¹⁹⁴.

L'ANAC, con le linee guida n. 3 ha individuato, nel dettaglio, i requisiti di competenza e di esperienza che devono essere posseduti dai RUP designati dalle stazioni appaltanti amministrazioni pubbliche.

Rispetto alle procedure per l'affidamento di lavori si richiede che il RUP sia in possesso: a) di specifica formazione professionale soggetta a costante aggiornamento; b) di una adeguata esperienza professionale nello svolgimento delle attività analoghe a quelle da realizzare in termini di natura, complessità e/o importo dell'intervento.

Le linee guida precisano che tale esperienza professionale può essere maturata alternativamente a) alle dipendenze di stazioni appaltanti nel ruolo di RUP o nello svolgimento di mansioni nell'ambito tecnico-amministrativo; b) nell'esercizio di un'attività di lavoro autonomo, subordinato o di consulenza a favore di imprese operanti nell'ambito di lavori pubblici o privati.

Le Linee guida indicano i requisiti che il RUP deve possedere al fine di attestare l'adeguata esperienza nel settore. Le Linee guida richiedono requisiti

¹⁹⁴ In tal senso Anac - relazione annuale 2016, Camera dei deputati, Roma 6 luglio 2017

maggiormente stringenti per gli appalti superiori alle soglie comunitarie rispetto a quelli richiesti al fine di svolgere le funzioni del RUP per gli appalti “sotto soglia”¹⁹⁵. Le linee guida specificano altresì i requisiti che il RUP deve possedere nell’affidamento di appalti o concessione di servizi o forniture con particolare riferimento alla formazione ed all’esperienza pregressa. Anche relativamente all’affidamento delle concessioni viene operato un distinguo in base al valore dell’affidamento.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Per gli appalti di importo superiore alle soglie comunitarie le linee guida richiedono che il RUP debba essere in possesso di una laurea magistrale o specialistica in architettura, ingegneria, scienze e tecnologia agraria, scienza e tecnologia forestali e ambientali, scienza e tecnologia geologiche o equipollenti, scienze naturali e abilitazione all’esercizio della professione. Precisano anche che deve possedere un’anzianità di servizio e di esperienza di almeno cinque anni nell’ambito di affidamento di appalti o di concessione dei lavori.

Per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria le linee guida richiedono:

a) per importi inferiori ad un milione di euro: il possesso di un diploma rilasciato da un istituto tecnico superiore di secondo grado al termine di un corso di studi quinquennale e di una anzianità di servizio e di esperienza di almeno 10 anni nell’ambito di affidamento di appalti e concessioni di lavori;

b) per gli importi pari o superiori ad un milione di euro: il possesso di una laurea triennale nelle medesime materie di cui al precedente punto b) relativo agli appalti sopra soglia ed un’anzianità di servizio di almeno cinque anni.

¹⁹⁶ Per le concessioni di importo superiore alle soglie comunitarie le linee guida richiedono che il RUP debba essere in possesso di una laurea triennale, magistrale o specialistica e di una anzianità di servizio e di esperienza di almeno cinque anni nell’ambito di affidamento di appalti e concessione di servizi e forniture. Precisano che possono svolgere le funzioni del RUP anche coloro che sono in possesso di diploma di istruzione superiore di secondo grado rilasciato da un Istituto Tecnico Superiore al termine di un corso di studio quinquennale e di una anzianità di servizio e di esperienza di almeno 10 anni nell’ambito di affidamento di appalti e concessioni di servizi e forniture.

Per gli appalti che rivestano particolare complessità viene richiesto necessariamente il possesso del titolo di studio nelle materie attinenti l’oggetto sociale.

Per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria le linee guida richiedono il possesso di un diploma di istruzione superiore di secondo grado rilasciato da un istituto

Le linee guida specificano i compiti che il RUP deve svolgere nelle procedure per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, affidando allo stesso, per le gare per affidare in appalto lavori di importo superiore alla soglia comunitaria, la verifica della progettazione posta a base di gara e, in caso di lavori, la sottoscrizione della validazione del progetto posto a base di gara.

Viene previsto che il RUP può svolgere, per uno o più interventi e nei limiti delle proprie competenze professionali anche le funzioni di progettista o di direttore dei lavori. In tal caso le funzioni di RUP, progettista, e direttore dei lavori non possono coincidere nel caso di lavori di speciale complessità o di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, storico-artistico e conservativo, oltre che tecnologico, nonché nel caso di progetti integrali ovvero di importo superiore ad € 1.500.000,00.

Ai sensi delle linee guida Il RUP è il soggetto tenuto a proporre alla stazione appaltante i sistemi di affidamento dei lavori, la tipologia del contratto da stipulare, il criterio di aggiudicazione da adottare.

Il RUP garantisce la pubblicità degli atti di gara (bando, avviso, capitolato speciale etc.) e di quelli successivi all'aggiudicazione. È colui il quale richiede alla Stazione appaltante la nomina della commissione di gara nel caso in cui l'appalto debba essere affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

tecnico superiore al termine di un corso di studi quinquennale e di una anzianità di servizio e di esperienza di almeno 5 anni nell'ambito di affidamento di appalti e concessioni di servizi e forniture.

È il soggetto che verifica la documentazione amministrativa presentata dai concorrenti, eventualmente assistito da un seggio di gara. Conduce il sub procedimento di verifica dell'anomalia attenendosi a quanto previsto dall'articolo 97 – in caso di offerta economicamente più vantaggiosa, la verifica dell'anomalia è svolta dal RUP con il supporto della commissione di gara e in caso di necessità può avvalersi anche di consulenti esterni. Verifica, attraverso la documentazione prodotta, il possesso dei requisiti dichiarati dal concorrente aggiudicatario; procede alle pubblicazioni necessarie per garantire il rispetto della legge e dei principi in materia di trasparenza ed è tenuto a garantire l'accesso ai documenti di gara ai concorrenti che ne dovessero fare richiesta.

Le linee guida, oltre che ad occuparsi dei compiti del RUP in fase di aggiudicazione e stipula del contratto, indicano anche quali sono i compiti del RUP nella fase di esecuzione del contratto operando un distinguo in base al tipo di contratto da affidare, e quindi distinguendo i compiti del RUP per l'esecuzione di un contratto di lavori o i compiti dello stesso nell'esecuzione di un contratto di forniture e servizi.

Dalle linee guida, i compiti principali del RUP in fase di esecuzione dei lavori sono quelli di istituire e sovrintendere l'ufficio di direzione dei lavori, impartendo al direttore dei lavori con "disposizioni di servizio", le istruzioni occorrenti a garantire la regolarità dei lavori.

È colui chiamato ad autorizzare il direttore dei lavori alla consegna dei lavori dopo che il contratto sia divenuto efficace ed accerta, attraverso lo svolgimento di attività, la data di effettivo inizio, nonché di ogni altro termine di realizzazione degli stessi.

È chiamato a verificare che l'esecutore corrisponda alle imprese subappaltatrici i costi della sicurezza relativi alle prestazioni affidate in subappalto, senza alcun ribasso e ad assumere il ruolo di responsabile dei lavori, ai fini del rispetto delle norme sulla sicurezza e salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro. Il RUP richiede la nomina del coordinatore per la sicurezza in fase di progettazione e del coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione dei lavori e vigila sulla loro attività.

Deve accertare, in corso d'opera, che le prestazioni oggetto di contratto di avvalimento siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, anche facendo ricorso al direttore dei lavori.

Controlla il progresso e lo stato di avanzamento dei lavori sulla base delle evidenze e delle informazioni del direttore dei lavori, al fine del rispetto degli obiettivi dei tempi, dei costi, della qualità delle prestazioni e del controllo dei rischi. In particolare verifica le modalità di esecuzione dei lavori e delle prestazioni in relazione al risultato richiesto dalle specifiche progettuali; il rispetto della normativa tecnica; il rispetto delle clausole specificate nella documentazione contrattuale (contratto e capitolati) anche attraverso le verifiche di cui all'art. 31, comma 12 del Codice;

Il RUP deve esprimere parere sulle modifiche, sulle varianti, dei contratti di appalto in corso di validità anche su proposta del direttore dei lavori e deve approvare i prezzi relativi a nuove lavorazioni originariamente non previste, determinati in contraddittorio tra il Direttore dei Lavori e l'impresa affidataria,

rimettendo alla valutazione della stazione appaltante le variazioni di prezzo che comportino maggiori spese rispetto alle somme previste nel quadro economico.

Il RUP è tenuto ad irrogare le penali per il ritardato adempimento degli obblighi contrattuali, in contraddittorio con l'appaltatore, anche sulla base delle indicazioni fornite dal direttore dei lavori.

Qualora ricorrano ragioni di pubblico interesse o necessità, nei limiti e con gli effetti previsti dall'art. 107 del Codice ordina la sospensione dei lavori e, non appena siano venute a cessare le cause della sospensione dispone la ripresa dei lavori e dell'esecuzione del contratto indicando il nuovo termine di conclusione del contratto, calcolato tenendo in considerazione la durata della sospensione e gli effetti da questa prodotti;

il RUP è il soggetto tenuto a proporre la risoluzione del contratto ogni qual volta se ne realizzino i presupposti e, in caso di corretta esecuzione, a rilasciare il certificato di pagamento, previa verifica della regolarità contributiva dell'affidatario e del subappaltatore, entro i termini previsti dal Capitolato Speciale di Appalto o dal contratto.

All'esito positivo del collaudo o della verifica di conformità rilascia il certificato di pagamento della rata di saldo nei termini previsti dal Capitolato Speciale di Appalto e dal Contratto e rilascia all'impresa affidataria copia conforme del certificato di ultimazione dei lavori emesso dal direttore dei lavori;

Sempre ai sensi delle Linee guida in esame è colui nominato a raccogliere, verificare e trasmettere all'Osservatorio dell'A.N.AC. gli elementi relativi agli

interventi di sua competenza anche in relazione a quanto prescritto dall'articolo 213, comma 3, del Codice.

Per ciò che attiene i principali compiti del RUP nell'esecuzione del contratto di fornitura e servizi, le linee guida prevedono che di norma, nei limiti delle proprie competenze professionali, il RUP svolge anche le funzioni di direttore dell'esecuzione del contratto controllando e vigilando nella fase di esecuzione, acquisendo e fornendo all'organo competente della stazione appaltante, per gli atti di competenza, dati, informazioni ed elementi utili anche ai fini dell'applicazione delle penali e di un eventuale proposta di risoluzione contrattuale.

Autorizza le modifiche nonché le varianti contrattuali con le modalità previste dalla Stazione Appaltante, provvede alla raccolta, verifica e trasmissione all'osservatorio dell'ANAC degli elementi relativi agli interventi di sua competenza e collabora con il responsabile della prevenzione alla corruzione. Al termine dell'esecuzione della prestazione presenta una relazione sull'operato dell'esecuzione.

Le linee guida n.3 definiscono quindi in maniera puntuale i compiti del RUP non solo per ciò che attiene la fase di aggiudicazione ma anche con riguardo alla fase di esecuzione. Si tratta di una linea guida fondamentale nel sistema della contrattualistica pubblica anche alla luce del delicatissimo compito cui è chiamato il RUP, soggetto chiamato dall'ordinamento a rappresentare l'Amministrazione Committente con i concorrenti, prima e, successivamente, con l'appaltatore.

Le linee guida sul RUP si differenziano dalle altre tre linee guida a carattere vincolante in quanto si occupano di un istituto, quello del RUP, già ampiamente conosciuto nel nostro ordinamento mentre le altre tre regolano fattispecie innovative e danno attuazione, più che alla disciplina del settore degli appalti pubblici, all'esercizio dei poteri di controllo attribuiti dalla nuova normativa all'Autorità.

Alla luce della disciplina di cui alle presenti linee guida si può ricavare che le stesse, più che innovare l'istituto, sono state intese quali atto attraverso il quale adattare la disciplina del precedente regolamento di attuazione alle nuove direttive europee ed alle interpretazioni fornite sotto la vigenza della precedente disciplina dalla giustizia amministrativa. Invero l'attuazione del codice dei contratti e dei relativi istituti, lungi dall'essere un'attuazione "libera" in quanto fortemente vincolata dalla normativa di rango primario, comunitaria e nazionale.

7.2. Le Linee guida n.5 per i criteri di scelta dei commissari di gara ed il tormentato cammino dell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici

Le Linee guida n.5 adottate con delibera n. 1190 del 16 novembre 2016, per i "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici" sono invece il primo esempio di linee guida appartenenti al *genus* delle "linee guida vincolanti" per come individuato dal Consiglio di Stato, contengono infatti regole generali a contenuto vincolante e appartengono agli atti di regolazione dell'Autorità.

Si tratta di linee guida adottate in forza dell'art. 78 del Codice¹⁹⁷ che attribuisce all'ANAC il compito di gestire e aggiornare l'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, istituito presso l'Autorità. Le linee guida in argomento possono facilmente essere considerate quali atti di regolazione delle AAI anche alla luce del fatto che il legislatore ha conferito all'ANAC il compito di istituire e gestire l'albo dei commissari.

Le linee guida vincolanti hanno disciplinato l'ambito applicativo dell'Albo dei commissari di gara, la struttura dell'albo stesso e le sue diverse sezioni, i requisiti per l'iscrizione ai fini della comprovata capacità professionale richiesta ai commissari, i requisiti di moralità e compatibilità. Con riguardo, invece, alla regolazione delle modalità di iscrizione all'Albo ed alla disciplina

¹⁹⁷ Alla data di emanazione del d.lgs.50/16 l'art.78 prevedeva che "E' istituito presso l'ANAC, che lo gestisce e lo aggiorna secondo criteri individuati con apposite determinazioni, l'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Ai fini dell'iscrizione nel suddetto albo, i soggetti interessati devono essere in possesso di requisiti di compatibilità e moralità, nonché di comprovata competenza e professionalità nello specifico settore a cui si riferisce il contratto, secondo i criteri e le modalità che l'Autorità definisce in un apposito atto, valutando la possibilità di articolare l'Albo per aree tematiche omogenee, da adottare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice. Fino all'adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo, si applica l'articolo 216, comma 12."

Il primo correttivo del Codice di cui al decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50" ha aggiunto il comma 1-bis che prevede "Con le linee guida di cui al comma 1 sono, altresì, disciplinate le modalità di funzionamento delle commissioni giudicatrici, prevedendo, di norma, sedute pubbliche, nonché sedute riservate per la valutazione delle offerte tecniche e per altri eventuali adempimenti specifici".

del relativo funzionamento le Linee guida rimandavano ad un successivo Regolamento che sarebbe stato adottato sempre dall'Autorità.

Già in sede di parere n.1919/2016 sulla prima bozza di linee guida inviata ai giudici del Consiglio di Stato, venne osservato che l'Autorità aveva inteso scindere in due diversi momenti temporali l'adozione delle prescrizioni attuative del Codice, assegnando il compito di regolazione ad atti di natura differenti. Tuttavia i giudici amministrativi hanno ritenuto che il secondo provvedimento di completamento, relativo, tra l'altro ad aspetti di agevole attuazione, dovesse essere adottato in tempi celeri per consentire l'entrata in vigore del nuovo sistema di composizione delle commissioni e, in relazione alla natura di tali atti, il regolamento, a prescindere dal tenore letterale del termine assegnatogli, non ha valenza normativa ma si tratterebbe di un atto ricollegabile alle linee guida, in quanto strettamente correlato.

La disciplina transitoria prevedeva che fino all'adozione del regolamento la commissione sarebbe stata nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.

Lo strumento dell'Albo dei Commissari di gara, seppur complesso da un punto di vista gestionale, è uno strumento incisivo per la lotta alla corruzione in quanto è garante di una maggior terzietà della commissione.

L'attuazione degli articoli 77 e 78 ha avuto un iter complesso ed è avvenuta a rilento. Le linee guida sono state aggiornate al primo correttivo del Codice di

cui al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56198 che ha imposto la parziale revisione delle stesse, il 12 febbraio 2018, con decreto del Ministero dei Trasporti venivano stabilite le tariffe per l'iscrizione all'Albo dei Commissari ed i relativi compensi e con Delibera ANAC del 18 luglio 2018 n.648 venivano fornite istruzioni operative ai fini dell'iscrizione all'Albo. La delibera richiamata prevedeva che l'Albo, ai soli fini dell'iscrizione degli esperti, avrebbe iniziato ad essere operativo dal 10 settembre 2018 e che dal 15 gennaio 2019 si sarebbe superato il regime transitorio e l'Albo avrebbe iniziato ad operare a regime.

Con Comunicato del presidente dell'Autorità del 9 gennaio 2019 veniva differito il termine di inizio di operatività del nuovo sistema al 15 aprile 2019 in ragione di una carenza di numero di esperti iscritti rispetto alla mole di procedure previste.

Con comunicato del 10 aprile 2019 a firma del Presidente dell'ANAC, il termine (già differito) del 15 aprile venne posticipato alla successiva data del 15 luglio 2019 in vista delle modifiche che sarebbero state introdotte a breve dall'emanando decreto legge cd. "Sblocca Cantieri".

Il Decreto Sblocca Cantieri di cui al D.L. 32/2019 prima della conversione in Legge prevedeva all'art.1 co.1 lett. m) che in caso di indisponibilità o di insufficiente disponibilità di esperti iscritti la commissione avrebbe potuto essere nominata, anche parzialmente, dalla stazione appaltante.

¹⁹⁸ Recante Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50

La Legge n.55/2019 di conversione del decreto ha eliminato tale previsione e previsto invece la sospensione dell'obbligo di attingere all'Albo per la nomina dei Commissari sino al 31 dicembre 2020.

Il decreto Sblocca cantieri ha posticipato, o “congelato” l'attività dell'Albo dei commissari di Gara, vanificando quanto fatto sino ad ora e disattendendo agli obiettivi prefissati dalla legge delega del Codice dei Contratti.

Le linee guida sui commissari di gara, nonostante siano un atto vincolante ed efficace, non avendo trovato nel sistema una compiuta attuazione, non hanno avuto la forza incisiva degli atti a carattere vincolante e non hanno avuto la capacità di incidere in alcun modo sulle modalità di azione delle amministrazioni. Si tratta di un atto monco che disattende agli obiettivi prefissati dal legislatore nella legge delega.

Tra le novità del nuovo Codice, l'Albo nazionale obbligatorio dei commissari di gara assumeva infatti un posto di rilievo. Tra i principi e criteri direttivi della legge delega 11/2016, al punto hh), era infatti previsto che venisse creato presso l'ANAC un albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici di appalti pubblici e contratti di concessione che, tenendo presente le precedenti esperienze dei componenti e regolando le cause di incompatibilità e di cancellazione dal medesimo albo, permettesse di assegnare il ruolo di commissario a soggetti sorteggiati da una lista di candidati estratti dall'albo dall'ANAC stessa, con criteri rispettosi del principio della rotazione.

Le motivazioni dell'inserimento di tale criterio sono facilmente rinvenibili nel convincimento del legislatore della opportunità di un distacco tra il contesto in cui, attraverso gli atti della gara, si “consolidano” i contenuti delle offerte e

quello in cui operano soggetti chiamati a giudicare le offerte. Distacco operato attraverso un sistema di duplice casualità, la prima relativa all'individuazione nell'albo della lista dei potenziali commissari, operata dall'ANAC secondo criteri di rotazione, la seconda riferita all'alea della estrazione da tale lista dei soggetti da nominare componenti della commissione giudicatrice. Si trattava di un vero e proprio strumento di garanzia per gli operatori del rispetto dei principi di economicità e di terzietà della Stazione Appaltante che ad oggi ancora non può essere avviato.

Il mancato avvio dell'Albo dei commissari di cui all'art.78 del Codice dei Contratti impone alle stazioni appaltanti, così come emerge dal dato normativo di cui all'art.216 co.12, l'esigenza di dotarsi di proprie regole interne improntate alla trasparenza ed all'oggettività¹⁹⁹. Detta previsione determina una forte incertezza sui riferimenti normativi concretamente applicabili, anche alla luce delle differenze sostanziali rispetto alla normativa a riguardo del precedente codice degli appalti in tema di incompatibilità.

¹⁹⁹ Art.216 comma 12 del d.lgs. 50/16 *“Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante. Fino alla piena interazione dell'Albo di cui all'articolo 78 con le banche dati istituite presso le amministrazioni detentrici delle informazioni inerenti ai requisiti dei commissari, le stazioni appaltanti verificano, anche a campione, le autodichiarazioni presentate dai commissari estratti in ordine alla sussistenza dei requisiti dei medesimi commissari. Il mancato possesso dei requisiti o la dichiarazione di incompatibilità dei candidati deve essere tempestivamente comunicata dalla stazione appaltante all'ANAC ai fini della eventuale cancellazione dell'esperto dall'Albo e la comunicazione di un nuovo esperto.”*

Il comma 1 dell'art.77 del d.lgs. 50/16 prevede che nelle procedure ad evidenza pubblica da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione dell'offerta è affidata ad una commissione valutatrice composta da esperti dello specifico settore cui afferisce l'oggetto dell'appalto.

Dal tenore letterale della norma richiamata ed alla luce del compito affidato in forza dell'art.78 del Codice all'ANAC di istituire il relativo albo, è evidente che l'intenzione del legislatore era quella di affidare la valutazione ad una commissione di soggetti esperti "esterni" rispetto alla stazione appaltante.

È stato evidenziato che rimangono forti incertezze sulle norme applicabili da parte delle stazioni appaltanti nel momento della nomina e costituzione dell'organo aggiudicatore²⁰⁰.

Una delle questioni maggiormente affrontate in giurisprudenza è se nel periodo transitorio occorre far riferimento alla previsione di cui al richiamato art.77 del d.lgs. 50/16 o a quanto previsto dalla pregressa disciplina di cui all'art.84 del d.lgs. 163/2006²⁰¹.

²⁰⁰ In tal senso S. USAI in, *La nomina della commissione di gara nel periodo transitorio fino all'istituzione dell'Albo dei Commissari* in Urbanistica e appalti, n.5/2018.

²⁰¹ l'articolo 84 del d.lgs. 163/2006 prevedeva al comma 1 che *"Quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice, che opera secondo le norme stabilite dal regolamento"*. Il comma specificava che *"La commissione, nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto. Al terzo comma precisava che La commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato dall'organo competente."* l'ottavo comma specificava che *"I commissari*

Relativamente al periodo transitorio che precede la adozione dell'Albo di cui all'art.78 del D.lgs. 50/16 l'art.216 al comma 12 prevede che *“Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante(...)”*.

Dalla previsione si ricava che nel periodo transitorio la nomina della commissione resta a carico del dirigente come nella precedente disciplina ma non si coglie invece, se le cause di incompatibilità previste dall'art.77 del d.lgs. 50/16 abbiano efficacia a prescindere dall'emanazione dell'Albo.

Una questione discesa da tale incertezza è stata affrontata dalla giurisprudenza con riguardo all'incompatibilità tra il RUP e la figura del commissario di gara prevista al comma 4 dell'art.77. Sul punto la giurisprudenza si è pronunciata in maniera opposta.

diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari della stazione appaltante. In caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25, ovvero con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle seguenti categorie: a) professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali; b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza.

Dal tenore letterale della norma è evidente che i commissari, esperti del settore, andavano preferibilmente scelti tra i funzionari della stazione appaltante.

Occorre partire dalla disposizione originaria dell'art. 77 comma 4 del d.lgs. 50/2016, secondo cui *“I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”*.

Alla luce di tale previsione, secondo un orientamento giurisprudenziale sussisterebbe un divieto esplicito per il RUP di rivestire il ruolo di commissario di gara; e ciò in relazione alla portata innovativa della richiamata norma rispetto alle corrispondenti e previgenti disposizioni del d.lgs. n. 163 del 2006, la quale ha introdotto una secca incompatibilità tra le funzioni tipiche dell'ufficio di RUP (o ruoli equivalenti) e l'incarico di componente e finanche di presidente della commissione.

Ad integrazione e supporto di questa impostazione la giurisprudenza ha evidenziato che la nuova regola del comma 4 è di immediata applicazione, non essendo condizionata dall'istituzione dell'albo dei commissari previsto dall'art. 77, comma 2²⁰². Per meglio intendere l'effetto innovativo dell'art. 77 comma 4, si consideri che l'art. 84, comma 4, dell'abrogato d.lgs. n. 163 del 2006 si limitava a sanzionare le situazioni di incompatibilità dei soli membri della commissione di gara diversi dal presidente (*“i commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”*); viceversa, l'incompatibilità prevista dall'art. 77, comma

²⁰² Tar Latina 23 maggio 2017, n. 325, in *LexItalia.it*, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2017/92396>; Tar Brescia, sez. II, 4 novembre 2017, n. 1306, *ivi*, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2017/97253>).

4, del d.lgs. n. 50 del 2016 – discendente anch'essa dall'aver svolto in passato o dallo svolgere “alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta” – non fa distinzione tra i componenti della commissione di gara implicati nel cumulo di funzioni e, pertanto, si estende a tutti costoro indistintamente.

In favore di una lettura preclusiva del cumulo di funzioni si era espressa anche l'ANAC nel primo schema delle Linee Guida n. 3 che così recitava: “il ruolo di RUP è incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice)”. L'indirizzo dell'ANAC è mutato nel testo definitivo delle Linee rielaborato, alla luce del parere del Consiglio di Stato n. 1767 del 2016, nel senso che *“Il ruolo di RUP è, di regola, incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice), ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza”*.

La giurisprudenza di senso opposto sosteneva invece che nelle procedure ad evidenza pubblica il RUP può coincidere con le funzioni di commissario di gara o presidente della commissione giudicatrice a meno di comprovate ragioni di incompatibilità²⁰³.

L'ANAC, con deliberazione n. 27/2017 affermava che l'art.77 del codice dei contratti (ed in particolare il comma IV) rappresenterebbe “un'evoluzione dei

²⁰³ stesso senso T.A.R. Veneto, sez. I, 7 luglio 2017, n. 660; T.A.R. Puglia – Lecce, sez. I, 12 gennaio 2018, n. 24; Tar Bologna, sez. II, 25 gennaio 2018, n. 87; Tar Umbria 30 marzo 2018, n. 192.

quanto previsto dal previgente d.lgs. 163/2006 in quanto estende al Presidente della commissione la causa di incompatibilità dello svolgimento di altro incarico o funzione in relazione al contratto oggetto della gara, che il vecchio codice prevedeva nei soli confronti dei commissari diversi dal Presidente.” In sostanza il dirigente/rup non potrebbe presiedere o far parte della commissione di gara per essere comunque interessato dall'appalto sia per l'approvazione degli atti di gara sia per una funzione comunque collegata alla stessa esecuzione del contratto.

Il legislatore, con il correttivo al codice dei contratti, approvato con D.L. 19 aprile 2017, n. 56, ha integrato il disposto dell'art. 77 comma 4, escludendo ogni effetto di automatica incompatibilità conseguente al cumulo delle funzioni e rimettendo all'amministrazione la valutazione della sussistenza o meno dei presupposti affinché il RUP possa legittimamente far parte della commissione gara. Il Correttivo ha pertanto svolto una funzione di ausilio ad una esegesi della disposizione che era già emersa alla luce della prima versione dell'art. 77. Alla luce dell'introduzione da parte del correttivo di una norma chiarificatrice il Consiglio di Stato si è espresso sulla questione affermando che “Ai sensi dell'art. 77, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, nelle procedure di evidenza pubblica, il ruolo di Responsabile unico del procedimento (Rup) può coincidere con le funzioni di commissario di gara o di presidente della commissione giudicatrice, a meno che non sussista la concreta dimostrazione dell'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi”.

È evidente pertanto la cattiva riuscita dell'attribuzione in capo all'Autorità di emanare le linee guida vincolanti per l'istituzione dell'Albo dei Commissari, in quanto lo strumento, di per se utile a dirimere i dubbi per gli operatori e, soprattutto, a creare un sistema di commissari di gara esterni, esperti e nominati "a sorteggio" avrebbe potuto esplicare una funzione garantista di imparzialità e certezza mentre con le linee guida l'Autorità ha rimandato l'attuazione delle stesse ad un successivo regolamento che non ha ad'oggi iniziato ad esplicare alcun effetto, non raggiungendo gli obiettivi prefissati dal legislatore e creando al contempo incertezza nel sistema.

7.3. Le linee guida n.7 per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house

Le linee guida n.7 «Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house, previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016» trovano la loro fonte nell'art. 192²⁰⁴, comma 1, che ha

²⁰⁴ Art. 192: REGIME SPECIALE DEGLI AFFIDAMENTI IN HOUSE:

1. E' istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all'articolo 5. L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto. La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale. Resta fermo l'obbligo di pubblicazione degli atti connessi all'affidamento diretto medesimo secondo quanto previsto al comma 3.

2. Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la

investito l'ANAC del potere di dettare disposizioni vincolanti sulla tenuta dell'elenco, nell'esercizio di un potere che si traduce in atti che non sono regolamenti in senso proprio, ma atti di regolazione flessibile, di portata generale e con efficacia vincolante, come tali sottoposti alle garanzie procedurali e giustiziabili davanti agli organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'art. 120 del codice del processo amministrativo²⁰⁵.

Anche l'istituzione di tale "elenco" risponde alla finalità di garantire la trasparenza e legalità delle procedure da parte dei committenti. Si tratta di una novità rilevante rispetto alla previgente normativa e si colloca nella tradizionale diffidenza del legislatore nazionale verso il modello *in house*²⁰⁶ subordinando la legittimità dell'affidamento diretto, avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, alla preventiva valutazione della congruità

valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche. 3. Sul profilo del committente nella sezione Amministrazione trasparente sono pubblicati e aggiornati, in conformità alle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, in formato open-data, tutti gli atti connessi all'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, ove non secretati ai sensi dell'articolo 162.

²⁰⁵ così, sulle linee guida vincolanti ANAC e atti assimilabili, cfr. parere Cons. Stato, Commissione speciale del 1° aprile 2016, n. 855, sullo schema di codice dei contatti pubblici, punto II.g).5)

²⁰⁶ in tal senso C. FABRIZI - L. PONZONE in *Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, a cura di, R. GAROFOLI E G. FERRARI, nel diritto editore, Roma 2017

economica dell'offerta formulata dal soggetto *in house*, avendo riguardo all'oggetto e al valore della prestazione.

Le Linee guida n.7 disciplinano il contenuto dell'elenco, i soggetti legittimati a richiedere l'iscrizione, nonché il relativo iter e la cancellazione.

Dal punto di vista del controllo dell'Autorità le linee guida precisano che dal punto di vista temporale lo stesso potrà avvenire in tre modalità, un controllo *ex ante* esercitabile attraverso la programmazione e la previsione degli obiettivi da perseguire, un controllo contestuale esercitabile attraverso gli atti di verifica dello stato di attuazione degli obiettivi prefissati tramite la richiesta di relazioni periodiche sull'andamento della gestione ed un controllo *ex post* esercitabile attraverso la fase di approvazione del rendiconto dando atto dei risultati raggiunti dall'organismo *in house*.

7.4. Le linee guida n. 9 sul monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato

Le linee guida n.9 recanti «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato» hanno attraversato un iter complesso per la loro adozione, basti considerare che una bozza delle linee guida era stata inviata al Consiglio di Stato in sede di parere consultivo il 7 febbraio 2017 dall'Autorità ed il parere dei giudici di Palazzo Spada è pervenuto in data 29/03/2017 con provvedimento n.00775/2017. Al parere sono seguite le Osservazioni dell'Autorità Regolazione dei Trasporti del 9 novembre 2017, la nota del Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento della Ragioneria di

Stato, prot. n. 17582 del 1° febbraio 2018 recanti Linee guida monitoraggio amministrazioni aggiudicatrici attività operatore economico che hanno inciso sulla regolazione dell'Autorità, le osservazioni dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente – ARERA. Nota prot. n. 3234 del 2 febbraio 2018 ed infine la Nota del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 14 febbraio 2018. Le linee guida sono state pubblicate solo in data 28 marzo 2018.

Le Linee Guida in esame sono state redatte in attuazione dell'articolo 181, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 che prevede che l'ANAC, sentito il Ministero dell'economia e delle finanze (MEF), adotti linee guida per definire le modalità con le quali le amministrazioni aggiudicatrici, attraverso la predisposizione e applicazione di sistemi di monitoraggio, esercitano il controllo sull'attività dell'operatore economico affidatario di un contratto di Partenariato Pubblico Privato (PPP), verificando in particolare la permanenza in capo allo stesso dei rischi trasferiti.

In considerazione della rilevanza della fase preliminare di impostazione ed elaborazione delle operazioni di Partenariato Pubblico Privato ai fini della buona riuscita delle procedure e dell'efficace controllo sulla corretta esecuzione dei contratti da parte dell'Autorità, nella Parte I delle Linee guida l'Autorità ha fornito alle amministrazioni alcune indicazioni, ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici, per l'identificazione e allocazione dei rischi connessi ai contratti di PPP, si tratta di indicazioni non vincolanti per gli operatori ma tendenti ad uniformare un sistema complesso. Pertanto la Parte I può essere ricollegata al *genus* degli atti di moral suasion. La Parte II contiene, invece, prescrizioni sulle modalità di

controllo dell'attività svolta dagli operatori economici in esecuzione di un contratto di PPP, dette prescrizioni di cui alla Parte II devono essere considerate vincolanti per le amministrazioni aggiudicatrici ai sensi del citato art. 181, comma 4, del codice.

Anche in tal caso, come per le linee guida n.3, ci si è trovati ad analizzare un atto con natura mista, da un lato di *soft regulation* - ricollegabile agli atti di indirizzo delle Autorità Indipendenti e tendente a promuovere le “migliori pratiche” - e per la restante parte II come atto di regolazione sub-normativa.

Il Consiglio di Stato²⁰⁷ ha definito “decisivo” il contributo dell'autorità, anche se suddiviso in una parte conoscitiva ed una regolatoria, e che tale strumento da un lato, diffonde la cultura del partenariato come strumento idoneo a superare le difficoltà economiche delle amministrazioni pubbliche e a migliorare l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa e ‘capacitando’ le stazioni appaltanti all'uso di questo strumento economico più che giuridico e dall'altro, fornendo indicazioni e indirizzi operativi chiari, per un uso efficace dello strumento del PPP e disciplinando gli spazi di discrezionalità delle stazioni appaltanti. Con tale affermazione il CDS giustifica la coesistenza linee guida vincolanti e non vincolanti.

Il comportamento dell'Autorità e la scelta di creare un atto con natura “duplice” trova fondamento nella stessa previsione normativa di cui all'art.181 co.4²⁰⁸

²⁰⁷ con il parere n.775/2017.

²⁰⁸ Art.181 codice dei contratti di cui al d.lgs.50/16 Art. 181 (Procedure di affidamento) 1. La scelta dell'operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo. 2. ((...)) le amministrazioni aggiudicatrici provvedono all'affidamento dei contratti ponendo a base di gara il progetto definitivo e uno schema di contratto e di piano economico finanziario, che disciplinino l'allocazione dei rischi tra

che assegna direttamente natura vincolante alle linee guida ANAC, espressamente richiamandole solo per quanto riguarda la predisposizione e l'applicazione di sistemi di monitoraggio per il controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sull'attività dell'operatore economico. La prima parte pertanto contiene sostanzialmente delle indicazioni, come tali non vincolanti, per consentire alle amministrazioni aggiudicatrici la identificazione e la valutazione dei rischi connessi alla valutazione e alla gestione dell'opera, anche al fine di adottare le misure idonee a ridurre gli effetti negativi di tali vizi. In tale prospettiva, le Linee guida contenute nella prima parte svolgono una funzione di formazione/informazione e al tempo stesso di indirizzo: l'obiettivo è la corretta e adeguata conoscenza e l'auspicabile ottimale utilizzo di un complesso strumento non solo giuridico, ma anche e soprattutto economico – finanziario, quale appunto il partenariato pubblico privato, di importanza strategica per l'effettivo perseguimento degli interessi pubblici, stimolando contemporaneamente un approccio dinamico e multidisciplinare

amministrazione aggiudicatrice e operatore economico. 3. La scelta e' preceduta da adeguata istruttoria con riferimento all'analisi della domanda e dell'offerta, della sostenibilita' economico-finanziaria e economico-sociale dell'operazione, alla natura e alla intensita' dei diversi rischi presenti nell'operazione di partenariato, anche utilizzando tecniche di valutazione mediante strumenti di comparazione per verificare la convenienza del ricorso a forme di partenariato pubblico privato in alternativa alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto. 4. L'amministrazione aggiudicatrice esercita il controllo sull'attivita' dell'operatore economico attraverso la predisposizione ed applicazione di sistemi di monitoraggio, secondo modalita' definite da linee guida adottate dall'ANAC, ((sentito il Ministero)) dell'economia e delle finanze, entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente codice, verificando in particolare la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti. L'operatore economico e' tenuto a collaborare ed alimentare attivamente tali sistemi.

all'attività della pubblica amministrazione per la realizzazione di opere e la fornitura di servizi del tutto diverso da quello sostanzialmente statico fondato sulla logica degli appalti; d'altra parte l'attività di supporto conoscitivo, propulsivo e di indirizzo concretamente fornito dall'ANAC è idonea a convogliare nel giusto ambito di legalità la ampia discrezionalità amministrativa che nella materia de qua è attribuita dalla legge all'amministrazione pubblica.

È stato affermato dal Consiglio di Stato in sede di parere che il fondamento di tale potere di formazione/informazione e indirizzo è da rinvenire nell'art. 231, comma 2, del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a norma del quale "L'ANAC... garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche". I giudici di Palazzo Spada ritengono che non vi è alcun ostacolo, di carattere testuale o sistematico, alla coesistenza nelle Linee Guida di contenuti vincolanti e non vincolanti ed anzi, l'unificazione formale in un unico atto risponde meglio ai canoni di better regulation²⁰⁹.

8. Le novità introdotte dal Decreto "Sblocca Cantieri" e la nuova dimensione dell'Autorità

Il codice del 2016 è stato concepito sotto l'impegno e l'auspicio di contribuire in maniera strategica alla ripartenza del settore dei contratti pubblici.

²⁰⁹ In senso analogo il Consiglio di stato nel parere 1° aprile 2016, n. 855; in particolare: §§ II.e), II.f) e II.g)).

In realtà, si è registrata una fase intermedia di stallo che ha imposto prima l'approvazione del cd. "correttivo"²¹⁰, previsto già nel testo della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, e successivamente di diversi e periodici altri interventi tampone²¹¹.

Questa operazione di *restyling*²¹² ha avuto una nuova accelerazione nel corso del 2018 così da generare un vero e proprio campo minato che ha creato non poche difficoltà sia di tipo applicativo in ordine al profilo procedimentale che di contenuto più strettamente interpretativo con il connesso proliferare del contenzioso processuale amministrativo.

Da ultimo, nella primavera del 2019 il Governo prima, con il decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, ed il Parlamento poi, con la legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55, hanno deciso di intervenire in maniera ben più incisiva sull'intero impianto del codice ed anche sull'idea di fondo iniziale che lo aveva ispirato. Ed infatti con il decreto sblocca-cantieri non solo si è inteso riformulare numerosi e significativi istituti della procedura di evidenza pubblica o ad essa connessi ma soprattutto si è voluto significativamente cambiare l'impostazione

²¹⁰ D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, recante "*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*". Le correzioni apportate da tale primo decreto correttivo al decreto legislativo n. 50/2016 sono divenute operative dal 20 maggio del 2017.

²¹¹ Cfr. il nuovo comma 5bis dell'art. 113, aggiunto dall'art. 1, comma 526, della legge n. 205/2017, le modifiche all'art. 177, introdotte dall'art. 1, comma 568, legge n. 205/2017, le modifiche all'art. 211 introdotte, dall'art. 52ter della legge n. 96/2017 e le modifiche all'art. 216 introdotte dall'art. 9, comma 4, legge n. 19/2017.

²¹² Cfr. M. PANI, *Il decreto sblocca-cantieri: "regime transitorio e problemi connessi"* criticità procedurali, processuali e interpretative in *lexitalia.it*

che aveva guidato l'approvazione iniziale del testo, ossia quella fondata sulla *soft law* e sul ruolo chiave dell'ANAC.²¹³

Ed invero se l'architrate portante era stato imperniato sul sistema della delegificazione, con la previsione di oltre cinquanta strumenti attuativi di diverso genere, ora, in forza ed in applicazione della nuova idea ispiratrice contenuta nel decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, si torna alla storica impostazione precedente del regolamento unico.

In sostanza la previsione che più di tutte determina una revisione dell'idea iniziale del codice fondata esclusivamente sulla *soft law* e sul ruolo chiave dell'ANAC è quella, per il prossimo futuro, di ritorno all'adozione di un nuovo regolamento unico di attuazione e di esecuzione del codice medesimo.

In applicazione della modifica apportata al comma 27octies dell'art. 216, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto dovrà essere adottato un regolamento unico chiamato a riorganizzare in un solo testo numerosi istituti che, in precedenza, erano contenuti in diverse linee guida ovvero riconducibili a plurimi decreti ministeriali.

Si tratta di una previsione di non poco conto atteso che il regolamento andrà a disciplinare notevoli e rilevanti materie tra le quali: a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento e

²¹³ G. Rovelli in *La riforma del codice degli appalti a seguito della legge di conversione del decreto sblocca cantieri e nella legge delega*, Barletta, 2019, a pag. 2 afferma “il decreto sblocca cantieri smantella uno dei pilastri su cui era fondato il sistema del codice dei contratti e la sua stessa filosofia”.

realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; e) direzione dei lavori e dell'esecuzione; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; i) lavori riguardanti i beni culturali.

La scelta del legislatore di tornare al sistema normativo "tipico" abbandonando, anche se solo in parte per il momento, il sistema della *soft law* evidenzia una vera e propria svolta e non di meno la presa d'atto del cattivo funzionamento del pregresso sistema della delegificazione fortemente voluto dall'ANAC oltrech  dal Governo in carica nel 2016.

Tra le modifiche al d.lgs. 50/16 introdotte dal decreto sblocca cantieri di cui al d.l. 32/19 la pi  significativa, anche alla luce del ruolo cui era stata chiamata l'Autorit  dal nuovo codice dei contratti, riguarda il ritorno ad un Regolamento unico attuativo del Codice, che comprenda e superi gli atti applicativi del d.lgs. 50/16, gi  adottati dalla sua entrata in vigore ad oggi. Come noto, infatti, il Codice nella sua formulazione originaria aveva rinviato, per la definizione della disciplina di dettaglio, l'attuazione per mezzo di ben 53 atti attuativi tra linee guida e altri atti, che con il correttivo del 2017 sono diventati 55, a cui andavano aggiunti i regolamenti di organizzazione con cui l'ANAC disciplina l'esercizio di propri compiti specifici²¹⁴.

²¹⁴ Il Consiglio di Stato, con parere n 782 del 30 marzo 2017, ha operato una ricognizione ed individuato gli atti di esecuzione in 17 decreti del Ministro delle infrastrutture e trasporti; 16 atti dell'ANAC; 6 D.P.C.M.; 16 decreti di altri Ministri.

Provvedimenti questi che erano stati fortemente voluti in quanto era idea maggioritaria che il loro carattere di elevata flessibilità e capacità di adattamento in relazione alle esigenze derivanti da eventuali modifiche delle fonti primarie o rinvenute nella prassi applicativa delle norme stesse avrebbe superato le problematiche dovute ad un “eccessiva rigidità” dei regolamenti attuativi fino ad ora utilizzati.

Invero questi anni di attuazione hanno portato alla consapevolezza che i provvedimenti flessibili sono caratterizzati da un eccessivo grado di volatilità e dalla limitata portata incisiva nel sistema.

Inoltre, taluni dei provvedimenti attuativi previsti dal d.lgs. 50/16, non sono mai stati²¹⁵ adottati.

Prima della stesura del Decreto Sblocca Cantieri di cui D.L. 32 del 18 aprile 2019, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti aveva avviato, in data 8 agosto 2018 una consultazione pubblica online sul Codice degli appalti propedeutica alla proposta di riforma che il Governo aveva intenzione di presentare in autunno. Gli obiettivi della riforma venivano individuati nella necessità di garantire l’efficienza del sistema della contrattualistica pubblica, la necessità di procedere ad una semplificazione del quadro normativo, assicurandone la chiarezza ed eliminarne le criticità sul piano applicativo.

²¹⁵ Si fa riferimento alla normativa avente ad oggetto il sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, il sistema di rating di impresa.

Il 28 novembre 2018, sul sito internet del MIT venne pubblicata una nota che dava riscontro alle osservazioni pervenute dagli stakeholders nel mese di agosto e nei primi giorni di settembre con riguardo alla proposta di riforma.

Il MIT, dando atto della copiosa partecipazione degli operatori²¹⁶, afferma che i temi che hanno suscitato maggior interesse e richieste di modifica sono stati il subappalto, la nomina del RUP, i motivi di esclusione, la disciplina della verifica di anomalia e i criteri di aggiudicazione.

Viene evidenziato che numerose richieste e indicazioni fornite dagli stakeholders avevano ad oggetto il superamento degli istituti di *soft law*.

È possibile individuare in tali indicazioni il punto di partenza della “riforma” del sistema della contrattualistica pubblica voluta dal Governo con il decreto Sblocca Cantieri, che ha portato al ritorno del regolamento di attuazione.

Nelle more di tale completa attuazione del d.lgs. 50/16, senza attenderne il completamento e la definizione del quadro normativo di settore, il decreto legge è intervenuto su tre disposizioni del Codice contemplanti il rinvio ai decreti ministeriali e alle Linee guida dell’ANAC, prevedendo la loro sostituzione con un Regolamento da adottarsi ai sensi dell’art.17 co.1) lett. a) e b), della legge 23 agosto 1988, n.400, su proposta del Ministro delle

²¹⁶ Si legge nella nota che “*durante il mese di consultazione sono stati inseriti in totale 1908 contributi, con una media di 58 contributi al giorno, calcolata sull’intero periodo. La maggior parte di coloro che hanno partecipato, il 56,76% sono dipendenti di aziende private e imprenditori individuali. Particolarmente importante è l’apporto di idee provenienti da amministrazioni, che con il 30,08% di contributi, hanno mostrato interesse (...)*” la nota è ad oggi disponibile sul sito internet del Ministero all’indirizzo: <http://www.mit.gov.it/comunicazione/news/nuovo-codice-appalti/riforma-del-codice-appalti-i-risultati-della-consultazione>.

infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-Regioni.

Occorre precisare che il Regolamento non andrà a sostituire tutte le linee guida e i decreti previsti dal Codice in quanto alcune disposizioni contemplanti tali provvedimenti attuativi non sono state modificate, facendo quindi salva l'adozione dei predetti atti²¹⁷ con ciò ingenerando incertezza applicativa della disciplina in esame.

Secondo le previsioni del decreto legge n. 32/2019, il nuovo Regolamento avrebbe dovuto essere adottato entro 180 giorni e quindi entro il 16 ottobre 2019²¹⁸ ma, come prevedibile, trattandosi di un termine ordinatorio e non decadenziale, e dovendo lo stesso ridefinire i margini di numerosi istituti, l'emanazione è in ritardo.

È stato previsto un regime transitorio a tenore del quale i provvedimenti già adottati, comprese le Linee guida, resteranno in vigore fino all'adozione del predetto Regolamento.

In particolare è stato inserito, all'art. 216 del Codice, il comma 27-octies ai sensi del quale «Nelle more dell'adozione, entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettere a) e b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-Regioni, di un regolamento unico recante

²¹⁷ Ad esempio non ha ricevuto modifiche l'art.78 in tema di Albo dei commissari di gara, l'art.80 co.13 in tema di illecito professionale grave e l'art.181 in tema di partenariato.

²¹⁸ I termini ordinatori decorrono dalla pubblicazione del D. L. 32/2019 e non dalla data di conversione del decreto in legge, se così fosse il termine scadrebbe il 16 dicembre 2019.

disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice, le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2 e 150, comma 2, rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al presente comma».

La lettera della norma è chiara nel disporre l'ultrattività delle Linee guida già adottate in attuazione delle disposizioni del Codice, le quali "rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento".

Tale ultrattività ne cristallizza necessariamente i contenuti non consentendo all'Autorità di apportare modifiche o integrazioni alle stesse, escludendo – peraltro – in radice, la possibilità che l'Autorità ne adotti di nuove, in sostituzione di quelle attualmente in vigore.

L'Autorità ha affermato in commento al decreto sblocca cantieri che, *“per effetto delle modifiche recate dal decreto in esame, l'impossibilità di adeguare le Linee Guida alle novellate disposizioni del Codice, reca con sé una rilevante criticità: l'introduzione di un quadro normativo in materia di appalti, ulteriormente confuso e poco chiaro, con evidenti difficoltà applicative delle disposizioni del Codice e delle correlate linee guida da parte degli operatori del settore²¹⁹.”*

La stessa Autorità ritiene che tali criticità, inevitabilmente, avranno effetti negativi sul corretto e celere svolgimento delle procedure di aggiudicazione, vanificando di fatto le finalità di semplificazione e speditezza dell'azione

²¹⁹ Cfr. nota n.181

amministrativa in tale settore, perseguite con il provvedimento in esame, soprattutto per il rischio di contenzioso che ne può derivare.

Il 15 luglio 2019 il Ministero ha aperto una nuova consultazione pubblica ai fini della stesura del Regolamento di cui all'art. 216, comma 27-octies, decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Anche in tale nota²²⁰ si afferma che “*è emersa una precisa presa di posizione degli stakeholders e degli operatori istituzionali per la sostanziale abrogazione della soft law e delle linee guida ANAC, rilevando come questa esperienza non abbia sortito alcuno degli effetti prefissi con la riforma, determinando più di un'incertezza e instabilità del quadro normativo*”.

La consultazione pubblica si è conclusa lo scorso 2 settembre 2019 e, ad oggi, non ci è dato conoscere le risultanze.

Ciò che è facilmente ricavabile dalla scelta del Governo e del legislatore di abbandonare, con il decreto Sblocca Cantieri, l'attuazione del Codice per mano di strumenti di *soft law*, è la sfiducia negli stessi da parte del sistema.

Gli strumenti di *soft law*, visti da gran parte della dottrina in sede di promulgazione del Codice come un'importante novità, e addirittura la più idonea a risolvere alcune patologie del settore, che avrebbe consentito di arginare il fenomeno di continuo restyling delle norme del mercato della contrattualistica pubblica²²¹, hanno dimostrato invero la loro inadeguatezza a

²²⁰ La nota è consultabile sul sito internet del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti all'indirizzo: <https://regolamentounico.mit.gov.it/>

²²¹ In tal senso M. CORRADINO E B. NERI in, *L'ANAC nella riforma della disciplina dei contratti pubblici*, in *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione* (a cura di) Raffaele Cantone e Francesco Merloni, Giappichelli Editore, 2015.

regolare la materia. Il fenomeno del restyling normativo, più che arginato dall'attribuzione in capo all'Autorità del potere di emanare atti di regolazione a contenuto flessibile, è stato implementato, prima con una continua attività di aggiornamento delle linee guida e successivamente con l'abrogazione delle stesse.

Invero ha trovato conferma ciò che la parte minoritaria della dottrina evidenziava in seguito all'emanazione del D.lgs. 50/16 e cioè che il modello di attuazione veniva percepito come un progetto troppo ambizioso e sovraccaricato di troppe finalità ed aspettative differenti che ampliava il rischio dell'inconsapevolezza e della forza inerziale, creando un panorama complesso e confuso nel quale *“vecchio e nuovo convivono in termini problematici, rendendo alquanto difficoltosa l'emersione di chiare direttrici di cambiamento del sistema”*²²². La dottrina richiamata evidenziava alcune criticità con particolare riferimento alla portata applicativa delle linee guida, con particolare riferimento al rischio della proliferazione, nel medio-lungo periodo, di linee guida con fenomeni di inflazione regolatoria, la difficoltà di individuazione del precetto da osservare e della sua portata, il contenuto misto di alcune linee guida ed il dubbio, spesso lasciato all'interprete, circa la portata vincolante o meno delle singole parti delle stesse.

In tale contesto pare opportuno almeno fare un accenno alla circostanza che in data 23 luglio 2019 il Presidente dell'ANAC, Raffaele Cantone, presentava le

²²² In tal senso G. D. COMPORTELLI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta* in *Contratti Pubblici, Trasformazioni e problemi* (a cura di) F. LIGUORI e S. TUCCILLO.

proprie dimissioni motivandole anche sulla circostanza che *“dopo oltre cinque anni, sento che un ciclo si è definitivamente concluso, anche per il manifestarsi di un diverso approccio culturale nei confronti dell’Anac e del suo ruolo”*²²³.

Le dimissioni del Presidente Cantone ad oggi non sono state ancora ratificate dal plenum del Csm e pertanto non hanno ancora trovato efficacia ma sono legate ad un senso di sconfitta nell’ambito della regolazione del settore dei contratti pubblici, non di certo nell’ambito della lotta alla corruzione dove l’Autorità in questi anni ha raggiunto grandi obiettivi.

²²³ Autorità nazionale anticorruzione, Comunicazione del Presidente Raffaele Cantone: *“Torno a fare il magistrato, in Anac esperienza entusiasmante ma ormai conclusa”* Lettera del Presidente Raffaele Cantone del 23.7.2019 disponibile su www.anticorruzione.it

Conclusioni

Ad una prima lettura del lavoro e degli avvenimenti che hanno caratterizzato questo ultimo triennio, sembrerebbe che l'Autorità abbia affrontato un percorso che non può avere altra forma rappresentativa se non quella della parabola. Il percorso, iniziato con la legge 90 del 2014 ed andato avanti di anno in anno fino a raggiungere l'acme con il D.lgs. 50/16 che ha reso l'Autorità baricentro e protagonista assoluta del sistema degli appalti pubblici trova una propria nuova dimensione verso il basso con il d.l. 32 del 2019, decreto sblocca cantieri.

Il decreto frena la continua evoluzione verso l'alto dell'Autorità sottraendole quel ruolo di regolatore del sistema degli appalti pubblici attraverso atti a portata vincolante, ruolo che da una parte della dottrina era stato fortemente voluto ed auspicato e da altra parte criticato. È evidente che la fuga dal Regolamento nel settore della contrattualistica pubblica non ha raggiunto i risultati sperati e che gli strumenti di *soft law* non sono in grado di fornire quel parametro di certezza di cui necessitano gli operatori del settore.

Invero, una lettura attenta della nuova riconfigurazione dell'Autorità Anticorruzione per come definita dal decreto sblocca cantieri, potrebbe portare la stessa nel novero delle Autorità Amministrative indipendenti tipiche.

Il ruolo di regolatore del settore è intatto, l'ANAC tutt'ora dispone del potere di emanare atti di indirizzo a carattere generale appartenenti al *genus* della *soft law*, ed atti a carattere regolamentare al fine di definire il proprio funzionamento. Ciò che è stato fortemente ridimensionato è il ruolo di attuatore del Codice dei Contratti per mezzo di atti ad efficacia vincolante, ruolo non

propriamente attribuibile alle Autorità Amministrative Indipendenti e sperimentato per la prima volta nell'ordinamento con l'ANAC.

All'Autorità resta saldo, anzi forse viene rinforzato alla luce del venir meno del compito di attuatore, il compito di controllore e vigilante del sistema della contrattualistica pubblica, anche per mezzo della legittimazione attiva a ricorrere dinnanzi gli organi giurisdizionali, ed il ruolo di organo paragiurisdizionale. Si tratta di compiti maggiormente vicini alle funzioni tipiche delle AAI caratterizzate dall'elevato tasso di indipendenza e terzietà.

Al momento, in attesa delle successive scelte legislative, il ruolo dell'ANAC quale risultante dall'analisi svolta si è sostanzialmente modificato, ma ciò non significa che l'ANAC possa essere considerata un'Autorità ridimensionata restando titolare dei poteri idonei a consentirle di espletare un'effettiva ed efficace attività di controllo del settore ed un'attività paragiurisdizionale che dovrebbero tendere a garantire le migliori pratiche e prevenire il rischio sempre attuale e concreto di fenomeni corruttivi.

Tornano utili in chiusura del lavoro le parole utilizzate dal mio maestro, il professore Fiorenzo Liguori, anche se con riferimento ad un altro oggetto di studio che qui mi permetto di trascrivere: *“il sottotitolo di questo piccolo libro (ndr. Tre saggi del cambiamento amministrativo) registra un dato saliente della contemporaneità, contraddistinta da una perenne ebollizione normativa che ha come obiettivo modificare le regole dell'attività amministrativa, le quali vengono ormai raccontate, anche oltre la misura del reale, come uno degli ostacoli principali, se non il principale in assoluto, alla competitività del*

sistema produttivo, per il cui rilancio vengono ideati sempre nuovi rimedi alle disfunzioni nei rapporti tra cittadini e amministrazioni pubbliche.

Le innovazioni, spesso enfaticamente presentate come altrettante rivoluzioni copernicane, hanno, almeno negli enunciati, comunque scosso da cima a fondo l'intero ordinamento amministrativo, per poi modellarlo in forme nuove, riposizionando i valori e riformulando i rapporti.²²⁴”

²²⁴ F. LIGUORI, *Liberalizzazione Diritto Comune Responsabilità. Tre saggi del cambiamento amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pg.7.

BIBLIOGRAFIA

- 1) ALGOSTINO A., *La soft law comunitaria ed il diritto statale. Conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *costituzionalismo.it*, 2016, n.3.
- 2) AMATO G., *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia* in *Riv. trim. dir. pubbl*, 1997;
- 3) ANAC - *Piano di riordino* di cui al Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1° febbraio 2016, Gazzetta Ufficiale n. 76 del 1° aprile 2016;
- 4) ANAC, Intervento del Presidente Raffaele Cantone Relazione annuale Roma, Senato della Repubblica 14 giugno 2018 in www.anticorruzione.it;
- 5) ANAC, relazione annuale 2014, Roma Camera dei Deputati 2 luglio 20152018 in www.anticorruzione.it;
- 6) ANAC, Relazione Annuale 2017, Roma Senato della Repubblica, 14 giugno 2018, in www.anticorruzione.it;
- 7) ANAC, relazione annuale 2018, Roma Camera dei Deputati 6 giugno 2019;
- 8) ANAC, relazione annuale ANAC 2016, Roma, Camera dei Deputati, 6 luglio 2017, in www.anticorruzione.it;
- 9) ASTONE F., *Il diritto comunitario degli appalti pubblici ed il codice dei contratti* in F. Saitta (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici, di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008;
- 10) BIN R., *La scarsa neutralità dei neologismi, riflessioni attorno soft law e governance*, in L. Desanti, P. Ferretti, A.D. Manfredini (a cura di), *Per il 70° compleanno di Pier Paolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di facoltà*, Giuffrè, Milano, 2009;

- 11) BIN R., *Soft law, no law*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino 2009;
- 12) BONACCI P., *il riordino normativo nel settore degli appalti di opere pubbliche* in bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari, 1995;
- 13) BUCALO M. E., *Autorità Indipendenti e soft law - Forme, contenuti, limiti e tutele*, Giappichelli editore, 2018;
- 14) CACACE S., *La disciplina dei contratti pubblici dopo il d.lgs. 50/16: motivi di esclusione e criteri di selezione*, in www.giustizia-amministrativa;
- 15) CARDARELLI S. in *L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per "grave illecito professionale"* in *Giornale di Diritto Amministrativo* 2/2019;
- 16) CARINGELLA F. in *Corso di Diritto Amministrativo - Profili sostanziali e processuali*, V ed. Giuffrè Editore;
- 17) CARLUCCI S., *l'attività normativa e paranormativa del Consiglio Superiore della magistratura*, in U. De Siervo (a cura di), *il potere regolamentare nell'amministrazione centrale*, il Mulino, Bologna, 1992;
- 18) CASTORINA E., *Scienza tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n.4/2015;
- 19) CELONE - *la funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui Contratti pubblici*, monografia, Milano 2012;
- 20) CHELI E., *La produzione normativa: sviluppo del modello costituzionale e linee guida di tendenza attuali*. in AA.VV., *Lo stato della Costituzione*

- italiana e l'avvio della Costituzione europea*, Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 2003;
- 21) CHIMENTI M. L., *il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel nuovo codice degli appalti*, in I.A. Nicotra (a cura di), L'Autorità Nazionale Anticorruzione;
- 22) CINTIOLI F. in *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del cd. Precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in Dir. Proc. Amm, 2017;
- 23) CINTIOLI F., *il sindacato del giudice amministrativo sulle Linee guida ANAC*, Relazione tenuta al convegno *L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma Madia*, tenutosi a Lecce, 28 e 29 ottobre 2016, in www.italiappalti.it;
- 24) CLARICH M., *La "mano visibile" dello Stato nella crisi economica e finanziaria*, in Rivista della regolazione dei mercati, 2015, Editoriale;
- 25) CLARIZIA P. *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa anticorruzione* in *Riflessioni in tema di lotta alla Corruzione*, a cura dell'Istituto di Studi Giuridici del Lazio "Arturo Carlo Jemolo", Carocci editore, 2017;
- 26) COMMISSIONE EUROPEA, Libro Verde, Comunicazione del 27 Novembre 1996;
- 27) COMMISSIONE EUROPEA, *Smart regulation in the European Union*, COM (2010) 543 final, Bruxelles, 8 ottobre 2010 in <https://eur-lex.europa.eu>;

- 28) COMPORTI G. D., *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta* in *Contratti Pubblici, Trasformazioni e problemi* (a cura di) F. LIGUORI e S.TUCCILLO, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017;
- 29) CONTESSA C., *Dalla legge delega al nuovo codice: opportunità e profili di criticità*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016;
- 30) M. CORRADINO E B. NERI in *la nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, a cura di R. CANTONE E F. MERLONI, Giappichelli Editore, Torino, 2016;
- 31) CORRADINO M. E S. STICCHI DAMIANI *I nuovi appalti pubblici*, strumenti alternativi alla tutela giurisdizionale, Giuffrè editore, Milano 2017;
- 32) CORRADINO M., *la circolarità della lotta alla corruzione*, in *Riflessioni in tema di lotta alla Corruzione*, a cura dell'Istituto di Studi Giuridici del Lazio "Arturo Carlo Jemolo", Carocci editore, 2017;
- 33) CORSINI M. - G. FERRARI in, *Codice degli Appalti Pubblici* V ed. a cura di R. GAROFOLI e G. FERRARI commento all'art.6 del d.lgs., Nel Diritto Editore, 2017;
- 34) D'ALBERTI, *Autorità Indipendenti*, Enc. Giuridica Treccani 1995;
- 35) D'ALTERIO E., *Regolare, vigilare, punire e giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. amm*, 2016, n.4, p.500;
- 36) D'ATENA A., *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2001;
- 37) DAMIANI S. STICCHI, *i nuovi poteri della Autorità Anticorruzione*;
- 38) DE MARTINES F. in *"La direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno*

- degli appalti*”, Federalismi.it, rivista di diritto pubblico, europeo e comparato n.11/2015;
- 39) DE MAURO, *Le delegificazioni. Modelli e casi*, Giappichelli, Torino 1995;
- 40) DE NICTOLIS R., *i nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2107*, Bologna, 2017;
- 41) DE NICTOLIS R., *il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb e App.*, 5-2016, 503 ss. spec. 539;
- 42) DEL GATTO S., *la partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità Indipendenti*, *Giornale di diritto Amministrativo* n.9/2010;
- 43) DELLE FOGLIE M., *Verso un “nuovo sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici”*, in *giustamm.it*, 6/2016;
- 44) DEODATO C. in: *Le linee guida dell’Anac, una nuova fonte del diritto? Tratto dal sito <http://www.logospa.it/>*;
- 45) DI BENEDETTO U. *Diritto Amministrativo, Giurisprudenza e casi pratici*, Maggiore editore ed.1996;
- 46) DI CRISTINA F., *La nuova vita dell’Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione* - *Giornale di diritto amministrativo* n.11/2014 – IPSOA;
- 47) DI STEFANO M., *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, in *Lav. Dir.*, 2003;
- 48) DOGLIANI, *Validità e normatività delle costituzioni*, in *costituzionalismo.it*, n. 2/2004;

- 49) FABRIZI C., L. PONZONE in *Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, a cura di, R.GAROFOLI E G. FERRARI, Nel Diritto Editore, Roma 2017;
- 50) FIDONE G., *Il codice dei contratti pubblici*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino;
- 51) FOLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici* in *Urbanistica e appalti*, 8-9/2016;
- 52) FREGGO LUPPI S.A., *L'amministrazione regolatrice*, Giappichelli, Torino 1999;
- 53) GAROFOLI R., G. FERRARI *Codice degli Appalti Pubblici*, V ed. commento all'art.6, Nel Diritto Editore, Roma 2012;
- 54) GAROFOLI R., G. FERRARI in "*la nuova disciplina dei contratti pubblici*", II ed.2017/2018, Nel Diritto Editore, Roma, 2018;
- 55) GAROFOLI R. *Compendio di Diritto Amministrativo*, Nel Diritto Editore, II ed. 2015;
- 56) GIUFFRÈ G. A., "*Le nuove dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*", in *Federalismi.it*, 27 novembre 2017;
- 57) GUCCIONE, *i requisiti degli operatori economici* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016;
- 58) IACOPINO A., *Requisiti di idoneità professionale*, in *l'amministrativista.it*;
- 59) LEOTTA G., *Introduzione generale al fenomeno*, in *Riflessioni in tema di lotta alla Corruzione*, a cura dell'Istituto di Studi Giuridici del Lazio "Arturo Carlo Jemolo", Carocci editore, 2017;

- 60) LIGUORI F. e S. TUCCILLO, *Contratti Pubblici, Trasformazioni e problemi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017;
- 61) LIGUORI F., *Liberalizzazione Diritto Comune Responsabilità, tre saggi del cambiamento amministrativo, tre saggi del cambiamento amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017;
- 62) LIPARI M., *la tutela giurisdizionale e precontenziosa nel nuovo Codice dei Contratti pubblici (d.lgs. 50/16)*, in www.federalismi.it 10-2016;
- 63) LONGO F., *Ragioni e modalità dell'istituzione delle autorità indipendenti* in CASSESE, FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna 1996 13V;
- 64) MANETTI M., *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano 1994;
- 65) MARONGIU OSCAR, *selezione delle offerte* in *La nuova disciplina dei contratti pubblici dopo il correttivo approvato con d.lgs. 19 aprile 2017 n.56*, a cura di R. GAROFOLI E G. FERRARI, nel diritto Editore II ed.-;
- 66) MAZZAMUTO M., *l'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, relazione tenuta al convegno annuale AIPDA, Padova, 9-10 ottobre 2015, disponibile sul sito www.dirittoamministrativo.org;
- 67) MAZZEO L. E DE PAULI L. in *Le linee Guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urbanistica e appalti* n.2/2018;
- 68) MORBIDELLI G., *Linee guida dell'ANAC, comandi o consigli? Diritto Amministrativo*, fasc.3, 1° settembre 2016;
- 69) MOSCARINI A., *fonte dei privati e globalizzazione*, Luiss University press, Roma, ed. 2015;
- 70) OST F. "*Le temps du droit*" Ed. Odile Jacob, 1999;

- 71) PALADIN L., *Saggio sulle fonti del diritto italiano. Le problematiche della definizione e della individuazione*, in “Quaderni costituzionali” 1993;
- 72) PANI M., *Il decreto sblocca-cantieri: “regime transitorio e problemi connessi”* criticità procedurali, processuali e interpretative in lexitalia.it;
- 73) PATRONI GRIFFI F., *prefazione al testo L'Autorità Nazionale Anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, raccolta di scritti a cura di Ida Angela Nicotra, Giappichelli ed. 2015;
- 74) PERICU G., *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Amm.* 1/96, 4;
- 75) PIPERATA S., *l'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione vigilanza e politiche di prevenzione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano 2017;
- 76) POGGI A., *Soft Law nell'ordinamento comunitario*, in www.rivistaic.it.
- 77) *Relazione del procuratore generale della Corte dei Conti per l'anno giudiziario contabile 2011*, in www.corteconti.it;
- 78) ROLLI R., A. TAGLIATA, *La legittimazione costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in giustamm.it, 2, 2010;
- 79) ROMANO M. C. in *Il Ruolo e le competenze dell'ANAC sui contratti pubblici* in *Corruzione e pubblica amministrazione* (a cura di) Marco D'Alberti, Jovene Editore, Napoli 2017;
- 80) ROMANO S., *Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche*, 1930 ora in *Scritti minori, II*, Giuffrè, Milano 1990;

- 81) ROVELLI G., *La riforma del codice degli appalti a seguito della legge di conversione del decreto sblocca cantieri e nella legge delega*, Barletta, 2019;
- 82) SANDULLI A. M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989;
- 83) SANDULLI A.M., *Le Fonti del diritto amministrativo*, in *Annuario AIPDA 2015*, Atti del convegno annuale di Padova del 9-10 ottobre 2015, ed. scientifica, Napoli;
- 84) SANDULLI M. A., *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 15-2016;
- 85) SANTORO M. P. in *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione - Rimedi preventivi e repressivi*, Carocci editore, 2017;
- 86) SANTORO M. P., *il ruolo dell'ANAC nella prevenzione della corruzione - in Riflessioni in tema di lotta alla Corruzione*, a cura dell'Istituto di Studi Giuridici del Lazio "Arturo Carlo Jemolo", Carocci editore, 2017;
- 87) SCREPANTI S., *La partecipazione ai procedimenti regolati dalle Autorità Indipendenti*, La partecipazione ai procedimenti regolatori delle autorità indipendenti (Nota a C. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, Soc. Dynameeting c. Autorità energia elettrica e gas), in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, 377;
- 88) SORRENTINO F., *il Sistema delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Annuario AIPDA 2015, Le Fonti del diritto amministrativo*, Atti del convegno annuale di Padova del 9-10 ottobre 2015, Editoriale Scientifica, Napoli;

- 89) STICCHI DAMIANO S., M. CORRADINO in I Nuovi Appalti Pubblici - Commento al d.lgs.50/2016, Giuffrè editore, Milano 2017;
- 90) TALLARO F. – *Evoluzione dell’Autorità* - in *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, a cura di R.GAROFOLI E G.FERRARI, II ed., Nel Diritto Ed., Roma;
- 91) THURER D., *Soft Law*, in R. Benrhard, Encyclopedia of public International law, ed. 2000;
- 92) TORCHIA L., *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su “*La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*”, Varenna 17-19 settembre 2015, in www.irpa.eu, in particolare 24-26;
- 93) TRUBEK D.M, M.P. COTTRELL, M. NANCE, “*Soft law*” and “*Hard Law*” in *European Integration: toward and theory of hybridity*, JEAN MONNET Working Paper 02/05;
- 94) TUCCILLO S., *le raccomandazioni vincolanti dell’ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative*, in www.federalismi.it, 6/2017;
- 95) USAI S. in: *La nomina della commissione di gara nel periodo transitorio fino all’istituzione dell’Albo dei Commissari* in *Urbanistica e appalti*, n.5/2018;
- 96) VALCASTELLI B. - *Il novo ruolo dell’Anac* in *l’Amministrativista*, rivista giuridica, edizione speciale “*il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/16)*”, Giuffrè ed.;

- 97) VELTRI, *il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche, rielaborazione del contributo della relazione al convegno: “il nuovo codice dei contratti pubblici” – Aula Magna SPISA, Bologna 23 maggio 2016* in www.giustizia-amministrativa.it , 2016;
- 98) VIRGULTI, *Commento agli artt.6 e 8 del D.lgs. n.163/2006*, in *Codice dell'appalto pubblico*, a cura di BACCARINI, CHINÈ, PROIETTI, 2011,90;
- 99) ZAGREBELSKY G., *Manuale di diritto costituzionale*, Utet, Torino, 1988;