

Opinione Legale

In Gazzetta il regolamento ANAC sui pareri di precontenzioso

Numerose le novità (e le criticità) rispetto al quadro normativo delineato dal D.Lgs. 163/06

Claudio Guccione

Avvocato
Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati

Roberto Fornarola

Avvocato
Studio Legale P&I Guccione & Associati

Gia nell'edizione dell'ottobre 2015 (leStrade 10/2015), questa rubrica dava conto dell'intervenuta adozione, ad opera dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione (nel prosieguo, ANAC), 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", di cui alla Deliberazione del 27 maggio 2015 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale, n. 147 del 27 giugno 2015), con cui l'Authority di settore, modificando il precedente Regolamento del 2 settembre 2014, innovava la disciplina concernente l'esercizio della propria funzione precontenziosa.

Tuttavia, si rilevava che le modifiche apportate non modificavano la sostanza dell'istituto in esame in quanto il parere che l'ANAC emanava al termine del procedimento di precontenzioso non era vincolante. Al tempo stesso, si evidenziavano quali erano le direttrici della riforma che il legislatore nazionale, con il recepimento delle "nuove" direttive comunitarie nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, si accingeva ad adottare, anche in materia di precontenzioso dell'ANAC. Ebbene, ora che il d.lgs. n. 50/2016 (di seguito "Codice dei contratti pubblici") è entrato in vigore, il presente articolo, dopo aver ricostruito le principali novità rispetto alla previgente normativa (§ 1), proverà a ricostruire i tratti qualificanti della funzione di precontenzioso dell'ANAC (§ 2) ed il relativo procedimento, come da ultimo disciplinato dal regolamento ANAC del 5 ottobre 2016 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 245 del 19 ottobre 2016, di seguito "Regolamento", § 3).

Le principali novità rispetto alla previgente normativa

Prima di analizzare le principali novità della funzione di precontenzioso dell'ANAC alla luce della disciplina introdotta dal Codice dei contratti pubblici, si rende opportuno ricordare brevemente qual era la disciplina dell'istituto in esame, come fin ora conosciuto ed applicato nella prassi.

A tal fine, deve essere in primo luogo richiamato l'articolo 6, comma 7, lett. n) del d. lgs. n. 163/06, il quale riconosceva all'ANAC il potere di rendere un parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando un'ipotesi di soluzione. Si trattava, in altri termini, di un'attività di tipo meramente consultivo, atteso che ciascuna delle parti poteva legittimamente decidere di non attenersi al parere reso, fermo restando, in capo alla stazione appaltante, un onere motivazionale adeguato alorché intendesse discostarsi dal parere dell'Autorità. Quest'ultimo, in conclusione, si caratterizzava per la sola *moral suasion* derivante dall'autorevolezza e dall'imparzialità dell'organo da cui promanava e non anche per una propria forza vincolante riconosciutagli dalla legge. Alla luce di quanto fin qui considerato, è evidente che all'ANAC non si riconosceva un potere di *adjudication* proprio di altre Autorità di settore, in quanto la pronuncia di un parere espressamente qualificato come non vincolante certamente impediva di ricondurre tale prerogativa nell'ambi-

to delle Alternative Dispute Resolution (A.D.R.). Ciò premesso sugli aspetti principali del precontenzioso come fin ora conosciuto, possono ora essere esaminate le novità apportate dal nuovo Codice dei Contratti pubblici.

Imprescindibile punto di riferimento normativo è, *in parte qua*, costituito dall'art. 1, comma 1, lett. aaa) della Legge delega (L. 28 gennaio 2016, n. 11), il quale prescriveva al legislatore delegato di procedere alla "razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto". Costituisce attuazione di quest'ultimo principio di delega, l'art. 211 (collocato nella Parte VI del codice e recante disposizioni in materia di "pareri di precontenzioso dell'ANAC"), ai sensi del quale "Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo.

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

L'art. 211 regola, dunque, due distinti procedimenti genericamente qualificati come "precontenzioso",



L'avvocato Claudio Guccione è referente scientifico dell'Executive Master in Management delle Imprese di Costruzione della LUISS Business School (claudio.guccione@peilex.com)

OSSERVATORIO NORMATIVO

■ **Legge 25 ottobre 2016, n. 197, di conversione, con modificazioni, del Decreto Legge 31 agosto 2016, n. 168, recante "Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di Cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la giustizia amministrativa, pubblicata in GU n. 254 del 29/10/2016.**

■ **Comunicato del Presidente dell'ANAC 28/10/2016, recante "Indicazioni operative alle stazioni appaltanti in materia di pubblicazione del programma biennale degli acquisti di beni e servizi e del programma triennale dei lavori pubblici sul sito informatico dell'Osservatorio, ai sensi dell'art. 21, comma 7, del d.lgs. 50/2016".**

svolti davanti all'ANAC: l'uno (di cui al comma 1) si conclude con la pronuncia di un "parere vincolante", l'altro (di cui al comma 2) si conclude con un "atto di raccomandazione" che, qui di seguito, verrà esaminato per primo in ragione della necessità di trattare il procedimento che si conclude con parere vincolante (di cui al suddetto art. 211, comma 1) congiuntamente alla normativa secondaria dettata dall'ANAC (su cui cfr. § 3).

Il potere di raccomandazione di cui all'art. 211, comma 2

Il comma 2, come già anticipato, attribuisce all'ANAC un potere dal carattere assolutamente inedito rispetto al passato, consistente nell'invito rivolto alle stazioni appaltanti "ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi entro un termine non inferiore a 60 giorni", allorché l'Autorità, "nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara". Il potere di raccomandazione così introdotto è presidiato da una sanzione pecuniaria nei confronti del dirigente responsabile della previsione e incide sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti.

Si tratta, pertanto, di un meccanismo non meramente sollecitatorio, poiché la stazione appaltante è vincolata a conformarsi alla raccomandazione, benché in caso contrario non sia previsto un potere sostitutivo. Anche in tal caso, le determinazioni conclusive dell'ANAC saranno impugnabili dinanzi al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 120 c.p.a. Su tale disposizione, il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di decreto legislativo del nuovo Codice (1 aprile 2016, n. 855), aveva espresso molteplici perplessità, poiché la disciplina introduceva un potere di sospensione immediata dell'atto, in palese dispregio dei principi di ragionevolezza e di presunzione di legittimità degli atti amministrativi (potere poi scomparso nella versione attuale e definitiva dell'art. 211, comma 2), ma soprattutto, elideva completamente lo statuto dell'autotutela, in quanto ne eliminava l'indefettibile carattere di discrezionalità, ed obliterava completamente l'esigenza di interessi pubblici concreti e attuali ulteriori rispetto al mero ripristino della legalità ed il rispetto di termini massimi per il suo esercizio, al contrario sanciti nella legge n. 241/1990. Si invitava poi il Governo a limitare l'operatività dell'istituto ai soli atti più importanti, come gli atti di portata generale, gli appalti particolarmente

complessi, nei quali soli la lesione dei valori concorrenziali e delle regole di evidenza pubblica avrebbero giustificato la "discesa in campo" dell'Autorità. Il "suggerimento", in ogni caso, non è stato recepito dal Governo, il quale non ha esplicitato alcun potere di ANAC di selezionare le procedure con riferimento alle quali espletare le proprie funzioni di cui all'art. 211, comma 2.

Tutto ciò brevemente premesso sul parere di "raccomandazione" attribuito all'ANAC, prima di analizzare il secondo procedimento di precontenzioso (di cui all'art. 211, comma 1) si deve evidenziare che il Consiglio di Stato ha già evidenziato che il rapporto "naturale" tra la prima e la seconda ipotesi di cui all'art. 211 è di alternatività, palesandosi, tuttavia, plausibile l'eventualità che le due procedure si intreccino, ad esempio, nel caso in cui, l'ANAC usi il potere di raccomandazione a seguito del precontenzioso. Un simile problema di coordinamento, allo stato attuale, non pare tuttavia ipotizzabile atteso che il recente Regolamento ANAC "non disciplina l'esercizio del potere di raccomandazione di cui al comma 2 dell'art. 211 giacché trattandosi questa di una funzione rientrante nel più ampio potere di vigilanza, sarà oggetto di un successivo ed apposito regolamento, da ricondurre nell'ambito degli atti regola-

mentari disciplinanti la funzione di vigilanza" (cfr. Relazione illustrativa di accompagnamento al Regolamento ANAC). Occorrerà, pertanto, l'emanazione di una disciplina di dettaglio anche della fattispecie di cui al comma 2, che delimiti i presupposti di esercizio del potere e individui le procedure su cui intervenire, emanata la quale potranno essere esaminati più nel dettaglio i rapporti tra le due procedure di precontenzioso in esame.

Il parere di cui all'art. 211, comma 1 D.lgs. 50/2016

Il primo comma dell'art. 211 prevede che su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprima parere relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. Da un primissimo confronto con la precedente funzione di precontenzioso emergono alcune differenze sostanziali. In particolare,

1. L'iniziativa diretta all'avvio del procedimento precontenzioso spetta, anche disgiuntamente, a ciascuna parte sostanziale del rapporto;
2. Si prevede che il parere sia in grado di dispiegare efficacia vincolante nei confronti delle parti che abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito;
3. È previsto un termine di 30 giorni entro il quale l'ANAC deve rendere il parere, ancorché non vengano specificate le conseguenze dell'inutile decorso di tale termine;
4. È esplicitamente sancita l'impugnabilità del parere dinanzi al giudice amministrativo (ex art. 120 c.p.a.) e che "in caso di rigetto del parere contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della





parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo".

In relazione al procedimento di precontenzioso fin qui richiamato nei suoi tratti essenziali, diversi sono i punti critici segnalati dal citato parere del Consiglio di Stato relativamente alla fattispecie di cui al comma 1. Anzitutto, sotto un profilo soggettivo, si viene a delineare un sistema a efficacia soggettiva variabile. Sebbene il parere produca effetti vincolanti solo per le parti che abbiano manifestato la volontà di sottoporsi alla sua efficacia cogente, la precipua finalità deflattiva del contenzioso potrà effettivamente prodursi solo se il parere astringa anche i controinteressati. Questi ultimi, di conseguenza, dovrebbero anche essere titolari del potere di impugnare il parere, allorché non ne condividano la portata. In secondo luogo, in ordine alla portata del vincolo, occorre chiarire se, qualora l'ANAC ritenga che l'atto di gara sia illegittimo, la stazione appaltante abbia o meno un dovere di intervenire in autotutela.

Una terza questione attiene al termine di legge entro cui l'ANAC deve pronunciarsi sulla richiesta di parere. Se si pone mente al fatto che questo termine coincide numericamente con quello previsto per la proposizio-

ne del ricorso giurisdizionale, ma che questo decorre dalla richiesta delle parti, ordinariamente successivo alla data di conoscenza dell'atto, è auspicabile che si intervenga al fine di conciliare i due distinti procedimenti, ad esempio trasformando la fase di fronte all'ANAC in una condizione di procedibilità del ricorso giurisdizionale. In seguito, una volta sopraggiunto il parere vincolante, ci si è chiesti se il successivo contenzioso in sede giurisdizionale si sposti tutto su tale parere o, invece, se resti comunque salvo l'onere di impugnare anche i provvedimenti originari contestati. Quest'ultima soluzione sembra preferibile. Le criticità sinora evidenziate non sembrano superabili con il Regolamento di recente emanato dall'ANAC (su cui cfr. il successivo § 3) che, come chiarito dal Consiglio di Stato, deve essere inquadrato nei regolamenti di organizzazione che, in quanto tale, detta norme di azione per le pubbliche amministrazioni e non regole di condotta per gli operatori economici (cfr. Consiglio di Stato, sez. consultiva, 14 settembre 2016, n. 1920). Ebbene, prima di analizzare le principali novità regolamentari deve essere evidenziato che le relative disposizioni sono sottoposte, *ratione temporis*, al regime transitorio stabilito dall'art. 216,

comma 1: ne deriva, pertanto, che le nuove norme si applicheranno esclusivamente alle procedure di gara bandite a partire dal 20 aprile 2016.

Il procedimento di precontenzioso alla luce del nuovo regolamento ANAC

Al fine di fornire un inquadramento del procedimento disciplinato dal Regolamento ANAC appare opportuno richiamare quanto da ultimo affermato dal Consiglio di Stato secondo il quale *"il suo più convincente inquadramento è nelle ADR (n.d.r., Alternative Dispute Resolution) sia pure con indiscutibili tratti di specialità, poiché la procedura riposa sulla volontà delle parti"*, mentre *"meno problemi crea l'ipotesi in cui il parere non sia vincolante, inquadrandosi nella moral suasion"*. Si tratta di *"qualcosa di più di una consulenza qualificata [...] poiché il terzo da cui proviene non è un privato ma un'Autorità pubblica, che ha compiti di vigilanza e regolazione del settore"* (cfr. Consiglio di Stato, sez. consultiva, 14 settembre 2016, n. 1920). Ciò premesso, deve essere evidenziato che il regolamento introduce una nuova disciplina della funzione di componimento delle questioni controverse insorte in sede di gara. Secondo la

già citata Relazione Illustrativa emanata dall'ANAC contestualmente al Regolamento, tale esigenza di revisione è scaturita dal *"mutamento delle disposizioni normative di riferimento, contemplanti modifiche sostanziali all'istituto, ma anche dalla consapevolezza che quest'ultimo costituisce certamente un utile strumento deflattivo del contenzioso giurisdizionale, che richiede, a tal fine, un procedimento agile, pur nel rispetto del principio del contraddittorio ..."*. Allorché non espressamente prevista, la disciplina di riferimento, secondo quanto precisato dal Consiglio di Stato, non può essere rintracciata, tramite un improprio ricorso all'istituto dell'analogia, in quella apprestata dall'ordinamento a proposito del ricorso gerarchico improprio, trattandosi di rimedio altrettanto facoltativo, ma certamente *"sganciato dall'adesione preventiva delle parti"*.

Passando all'analisi dell'articolo, si osserva che l'individuazione dei soggetti titolari della legittimazione a presentare l'istanza è compiuta in linea di sostanziale continuità con quanto *in parte qua* previsto dal regime precedente, potendo questi ultimi essere individuati, nella sostanza, in tutti i soggetti titolari del potere di ricorso giurisdizionale. Gli articoli 3 e 4 stabiliscono le modalità di presentazione dell'atto introduttivo. Quest'ultimo, presentato utilizzando i moduli allegati al regolamento, deve contenere una sintetica indicazione degli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini del parere, deve identificare i vizi dell'atto contestato e può essere accompagnato da una eventuale memoria e dalla documentazione ritenuta utile (art. 3, comma 4 ed art. 4, comma 4). L'articolo 3 prevede che quando l'istanza è presentata singolarmente dalla stazione appaltante o da una parte interessata, il parere reso è da intendersi non vincolante e che l'istante è tenuto a comunicare la presentazione della richiesta di parere *"a tutti i soggetti interessati alla soluzione della questione controversa oggetto della medesima"*. Qualora la parte istante abbia manifestato la volontà di attenersi a quanto stabilito nel parere, le altre parti possono aderirvi entro il termine di 10 giorni decorrenti dalla ricezione della comunicazione. Viene, inoltre, confermata la peculiare *"tutela cautelare spontanea"*, consistente nell'impegno, in capo alla stazione appaltante, *"a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione fino al rilascio del parere"*. Dal canto suo, l'articolo 4 disciplina il caso in cui l'istanza venga presentata congiuntamente dalla stazione appaltante e da una o più parti interessate, e contenga l'espressa volontà di attenersi a quanto verrà stabilito nel parere di precontenzioso. Anche in casi del genere, viene previsto che le parti istanti sono tenute a dare comunicazione della presentazione dell'istanza a tutti i soggetti interessati alla soluzione della questione controversa. Ad ogni modo, non si è precisato se, analogamente a quanto accade con la clausola compromissoria in ambito civilistico, il consenso delle parti possa ammettere o meno la possibilità di un ripensamento. L'art. 6 detta, invece, una disciplina delle cause di inammissibilità ed improcedibilità delle stesse. Le prime riguardano le istanze:

a. in assenza di una questione controversa insorta tra le parti interessate;

b. non presentate dai soggetti indicati all'art. 2, comma 2 del presente Regolamento;

c. manifestamente mancanti di interesse concreto al conseguimento del parere;

d. interferenti con esposti di vigilanza e procedimenti sanzionatori in corso di istruttoria presso l'Autorità;

e. di contenuto generico o contenenti un mero rinvio ad allegata documentazione e/o corrispondenza intercorsa tra le parti;

f. volte ad un controllo generalizzato dei procedimenti di gara delle amministrazioni aggiudicatrici;

g. in caso di esistenza di un ricorso giurisdizionale avente contenuto analogo, che le parti hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità.

L'improcedibilità è, invece, conseguenza del sopraggiungere di un ricorso giurisdizionale avente contenuto analogo, della sopravvenuta carenza di interesse delle parti o di rinuncia al parere.

Si delinea una fase istruttoria particolarmente agile ed a contraddittorio fondamentalmente scritto. In seguito alla valutazione di ammissibilità e procedibilità dell'istanza, viene nominato un consigliere relatore e viene comunicato alle parti l'avvio del procedimen-



to, con possibilità per queste ultime di presentare memorie e documenti entro un termine non superiore a 5 giorni. In accoglimento delle osservazioni del Consiglio di Stato, è stata prevista la possibilità in capo all'Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici dell'ANAC di procedere all'audizione delle parti interessate, *"sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite"*.

Il parere, come detto, deve essere reso entro il già citato termine di 30 giorni decorrente dalla ricezione dell'istanza. È stata, inoltre, prevista la sospensione dei termini nel periodo feriale. La scelta, fortemente criticata dal Consiglio di Stato (in quanto espressione di una stigmatizzabile tendenza alla processualizzazione delle forme e priva, tra l'altro, anche di base legale) è stata, tuttavia, conservata nella versione finale del Regolamento.

Vengono, in seguito, definite le condizioni al ricorrere delle quali può essere presentata istanza di riesame di un parere già presentato, sia esso vincolante che non vincolante, o per il quale sia stata disposta l'archiviazione (ai sensi dell'articolo 9).

È palese l'intento di evitare interferenze tra il pro-

cedimento di riesame ed un eventuale processo sulle medesime questioni, in quanto si prevedono quali condizioni:

- il sopraggiungere di documentate ragioni di fatto;
- il non essere stato proposto ricorso giurisdizionale né avverso il parere di precontenzioso né avverso il provvedimento che lo recepisce, essendo, nel contempo, scaduti i termini per proporre ricorso giurisdizionale.

L'articolo 13, invece, disciplina la fase di *"adeguamento al parere"*, distinguendo l'ipotesi in cui le parti abbiano manifestato la volontà di attenersi (comma 1) da quella in cui le parti non abbiano esplicitato tale volontà (comma 2). È previsto, infatti, che entro il comune termine di 35 giorni decorrenti dalla ricezione del parere, la stazione appaltante e le altre parti debbano.

Nel primo caso, comunicare all'Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici dell'ANAC, l'eventuale proposizione del ricorso giurisdizionale avverso il parere, avverso le determinazioni adottate al fine di adeguarsi al parere, oppure l'avvenuta acquiescenza al parere stesso.

Nel secondo caso, quali determinazioni conseguenti al parere abbiano comunque assunto.

Osservazioni conclusive

Alla luce di quanto detto, può sostenersi che il nuovo Codice ha profondamente modificato la fisionomia delle funzioni precontenziose dell'ANAC. Se la fattispecie di cui all'art. 211, comma 2 (la c.d. *"raccomandazione vincolante"*) rappresenta una significativa novità rispetto al panorama normativo previgente, sollevando, tuttavia, numerosi interrogativi in quanto ha, nella sostanza, scardinato alcuni dei fondamentali postulati che hanno storicamente accompagnato l'autotutela amministrativa, l'introduzione di un parere facoltativo a carattere vincolante (di cui all'art. 211, comma 1) potrebbe effettivamente contribuire alla deflazione del contenzioso in sede giurisdizionale.

Tale finalità, tuttavia, potrà essere raggiunta solo se verranno dissipati, nella sua concreta attuazione da parte dell'ANAC, i numerosi dubbi sollevati dai Giudici di Palazzo Spada, in merito alla strutturazione del procedimento ed ai suoi non del tutto chiariti rapporti con il distinto piano della tutela giurisdizionale e, in particolare, il rapporto con la posizione dei controinteressati. ■■