

Opinione Legale

# Le funzioni di precontenzioso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

## Novità del Regolamento e confronto con i principi del disegno di legge delega sugli appalti

**Claudio Guccione**
**Avvocato**
**Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati**
**Vincenzo Dei Giudici**
**Avvocato**
**P&I - Studio Legale Guccione & Associati**

L'Autorità Nazionale Anticorruzione ("ANAC" o "Autorità") ha emanato un nuovo Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie nei contratti pubblici di cui all'art. 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. 163/2006, attività conosciuta nella prassi con la dizione "pareri di precontenzioso". Il presente articolo, dopo aver brevemente ricostruito i caratteri della suddetta attività precontenziosa, procederà a illustrare le novità apportate dal nuovo Regolamento (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 147 del 27 giugno 2015 ed entrato in vigore il 28 giugno 2015) e a confrontarle con i principi contenuti nel disegno di legge delega per il recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di appalti e concessioni.

### Il precontenzioso dell'ANAC

L'attribuzione della funzione "precontenziosa" all'Autorità non costituisce una novità assoluta del D.Lgs. n. 163/2006 ("Codice degli Appalti" o "Codice") atteso che, già lo schema di regolamento della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 ("Legge Merloni"), prevedeva un siffatto compito in capo all'allora Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (ora "ANAC"). Al fine di ricostruire i caratteri originari della suddetta attività "precontenziosa" appare utile richiamare la relazione governativa allo schema di regolamento della Legge Merloni il quale, dopo aver dato atto che non era allo stato configurabile "un potere dell'Autorità di emettere statuizioni con effetto vincolante erga omnes e nemmeno verso singoli (l'Autorità infatti non "regola in senso stretto"), precisava che "si è ritenuto di prevedere un meccanismo che attribuisca all'Autorità, investita del relativo potere dalla 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".

Tuttavia, la Corte dei conti censurò quella previsione legislativa, ricusandone il visto, per mancanza di copertura legislativa, problema analogo a quello rilevato anche nel 2006 dal Consiglio di Stato sullo schema del Codice degli Appalti (cfr. Parere n. 355 del 6 febbraio 2006). In mancanza di una previsione espressa nella legge delega, il legislatore del 2006 si limitò ad inserire nel Codice l'art. 6, comma VII, lett. n) ai sensi del quale l'Autorità "su iniziativa della stazione appaltante e di uno o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questione insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando un'ipotesi di soluzione". Con l'articolo citato è stato, pertanto, introdotto nel settore degli appalti un meccanismo precontenzioso, del tutto facoltativo e finalizzato alla deflazione del contenzioso mediante l'attribuzione all'Autorità di una funzione di composizione delle controversie insorte tra stazioni appaltanti ed operatori economici durante le procedure di gara, diretto ad individuare una possibile soluzione del caso.

Il legislatore del Codice non si è, tuttavia, spinto a riconoscere poteri di *adjudication* propri delle autorità di regolazione del settore, consentendo all'Autorità solo la resa di un parere non vincolante che, in quanto tale, non permette di ricondurre l'attività in questione nel novero delle *Alternative Dispute Resolution*, cioè tra quegli strumenti che consentono di risolvere controversie al di fuori dei

canali previsti nell'ordinamento giurisdizionale tradizionale. Ciò nonostante, l'attività para-giudiziale dell'Autorità ha ottenuto un significativo successo, anche per merito della celerità della decisione e per la duttilità della procedura sostanzialmente conforme a quanto previsto dalla Direttiva n. 2004/18/CE il cui art. 81, nel disciplinare i "Meccanismi di controllo", imponeva agli Stati di assicurare "l'applicazione della presente direttiva tramite meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti". Nel complesso si è trattato di una soluzione positiva in quanto - pur con i limiti connessi alla natura non vincolante del parere rilasciato dall'Autorità - si è cercato di attuare nella fase della procedura ad evidenza pubblica (caratterizzata da una normativa complessa e, spesso, da contrasti giurisprudenziali) un meccanismo teso alla deflazione del contenzioso tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici.

### Il nuovo Regolamento

Il Regolamento del 27 maggio 2015 innova, in parte, la disciplina del procedimento di precontenzioso contenuta nel regolamento del 2 settembre 2014 al fine di "semplificare alcune fasi procedurali, [...] garantire uno snellimento della funzione di precontenzioso" e "garantire la sostenibilità e l'efficienza della funzione, ridimensionando il numero di istanze pretestuose o defatigatorie" (in termini, Delibera ANAC 27 maggio 2015 di adozione del Regolamento). Nel perseguire le finalità da ultimo richiamate, l'ANAC ha, in primo luogo, introdotto nuove ipotesi di inammissibilità e/o di improcedibilità delle istanze. Ed infatti, il nuovo art. 3 del Regolamento, da un lato, ribadisce che "non sono ammissibili le istanze a) in assenza di controversia insorta tra le parti interessate; b) incomplete delle informazioni indicate come obbligatorie e della documentazione di cui al modulo allegato; c) non sottoscritte dalla persona fisica legittimata ad esprimere all'esterno la volontà del soggetto richiedente", dall'altro, introduce le seguenti nuove ipotesi di inammissibilità delle istanze: "d. manifestamente mancanti di interesse concreto al conseguimento del parere; e. interferenti con esposti di vigilanza e procedimenti sanzionatori in corso di istruttoria presso l'Autorità; f. di contenuto generico o contenenti un mero rinvio ad allegata documentazione e/o corrispondenza intercorsa tra le parti; g. volte ad un controllo generalizzato dei procedimenti di gara delle amministrazioni aggiudicatrici; h. relative a gare di importo inferiore alla soglia di € 40.000".

Alle suddette ipotesi di inammissibilità si affianca la nuo-



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

va fattispecie di improcedibilità fissata dall'art. 3, comma 4 del Regolamento ai sensi del quale, oltre ai casi "di sopravvenuta carenza di interesse delle parti, di rinuncia al parere", le istanze divengono improcedibili "in caso di esistenza o sopravvenienza di un ricorso giurisdizionale avente contenuto analogo"; sotto quest'ultimo profilo, va evidenziato come l'improcedibilità non viene più determinata dalla "sopravvenienza di una pronuncia giurisdizionale di primo grado sulla medesima questione oggetto del parere" (art. 3, comma 4 del Regolamento del 2 settembre 2014), ma dalla mera pendenza di una controversia avente *petitum* analogo a quello oggetto di parere ANAC. L'Autorità cerca in tal modo di prevenire interferenze e conflitti di pronunce con l'autorità giurisdizionale, rispetto alla quale si cerca altresì di sottolineare l'autonomia della funzione precontenziosa. Al ricorrere delle fattispecie di inammissibilità e/o improcedibilità fin qui individuate, il Consigliere relatore delle istanze è tenuto a sottoporre al Presidente, per l'approvazione da parte del Consiglio dell'ANAC, la relativa richiesta di archiviazione che, inoltre, potrà essere richiesta anche qualora "esista un consolidato e univoco orientamento dell'Autorità o della giurisprudenza, condiviso dall'Autorità medesima" (in termini, art. 5 bis del Regolamento). Dal complesso delle disposizioni regolamentari fin qui richiamate risulta evidente la volontà di ridurre il numero di istanze di precontenzioso che arrivano a giudizio dell'Autorità, i cui pareri, pur nel rispetto dell'assetto normativo vigente, si prefiggono di diventare uno strumento di orientamento degli operatori del settore degli appalti pubblici, conformemente alla natura di autorità di regolazione del settore riconosciuta all'ANAC. In tal senso, può leggersi - *a contrariis* - la deroga alle regole di cui alle precedenti lettere a-h) fissata dall'art. 3, comma 3 del Regolamento ai sensi del quale "le richieste dichiarate inammissibili, se riguardano, comunque, questioni giuridiche ritenute rilevanti, sono trattate ai fini dell'adozione di una pronuncia dell'Autorità anche a carattere generale". Ciò chiarito sulle finalità perseguite dall'ANAC mediante l'introduzione delle nuove fattispecie di improcedibilità e inammissibilità delle istanze di parere, si evidenzia che la restante parte del Regolamento non contiene modifiche sostanziali alla disciplina contenuta nel provvedimento regolamentare del 2 settembre 2014. E infatti:

a) quanto ai soggetti legittimati a presentare l'istanza, l'art 2 del Regolamento conferma che "la stazione appaltante, una parte interessata ovvero più parti interessate possono, singolarmente o congiuntamente, rivolgere all'Autorità istanza di parere per la formulazione di una ipotesi di soluzione della questione insorta durante lo svolgimento delle procedure di gara degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture". A dimostrazione della rilevanza di carattere generale che il parere può assu-

mere, viene inoltre ribadita la legittimazione a presentare istanza da parte dei "soggetti portatori di interessi pubblici o privati nonchè i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati";

b) viene confermata la necessità della peculiare "tutela cautelare spontanea", consistente "nell'impegno a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione", che la stazione appaltante è tenuta ad adottare, qualora, congiuntamente o disgiuntamente, presenti istanza di parere all'ANAC. Del pari, se l'istanza è presentata da una parte diversa dalla stazione appaltante, con la comunicazione di avvio dell'istruttoria, la stazione appaltante è invitata dall'Autorità a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione, fino al rilascio del parere stesso (cfr. art. 4 del Regolamento);

c) quanto alla fase istruttoria che segue alla presentazione di istanze ammissibili e procedibili, vengono tenute ferme le garanzie del contraddittorio delle parti cui è consentito, infatti, presentare memorie e documenti ed essere sentite dall'ANAC (cfr. art. 6 del Regolamento);

d) circa i tempi di conclusione della procedura da parte del Consiglio dell'Autorità, viene precisato che il termine di novanta giorni decorre dall'avvio del procedimento, fatto salvo il periodo necessario per l'acquisizione della documentazione istruttoria (cfr. art. 7 del Regolamento);

e) viene ribadita l'inammissibilità di istanze aventi ad oggetto il riesame di una questione controversa già definita con parere di precontenzioso o per la quale sia stata disposta l'archiviazione, fatta salva l'ipotesi in cui vengano dedotte e documentate sopravvenute ragioni di fatto e/o di diritto (cfr. art. 9 del Regolamento);

f) viene confermata l'estensione della procedura in esame anche alla fase dell'esecuzione dell'appalto, purché l'istanza di parere precontenzioso venga presentata congiuntamente dalla stazione appaltante e dall'esecutore (cfr. art. 11 del Regolamento).

Per completezza, si evidenzia che le istanze - nelle more della pubblicazione di un nuovo formulario on-line - devono essere inoltrate mediante il modulo allegato al Regolamento nel quale le parti istanti devono altresì indicare quali dati sensibili dovranno essere esclusi in sede di pubblicazione del parere sul sito internet dell'Autorità.

### Verso una forma di "Alternative Dispute Resolution"?

Così ricostruite le novità introdotte nel Regolamento, non sembra che le stesse siano idonee a mutare nella sostanza la natura del procedimento per la soluzione delle controversie nei contratti pubblici. Ed invero, il parere reso dall'Autorità continua ad essere sprovvisto di carattere provvedimentale ed a non essere vincolante per la stazione appaltante e per l'operatore economico. Si tratta anco-

ra, in altri termini, di attività di tipo meramente consultivo atteso che ciascuna della parti potrà decidere di non attenersi al parere reso, fermo restando che ove la stazione appaltante intenda discostarsi dal parere reso dall'ANAC dovrà darne adeguata motivazione secondo le regole di buona amministrazione. Il parere dell'Autorità, allo stato attuale, si caratterizza, pertanto, per la sola *moral suasion* derivante dall'autorevolezza e imparzialità dell'Autorità ma non anche per una forza vincolante propria riconosciutagli dalla legge. Un cambiamento sostanziale del suddetto procedimento, invero, potrebbe aversi solo con una modifica dell'art. 6, comma 7, lett. n) del D.Lgs. n. 163/2006. In tal senso, la stessa ANAC si è espressa a favore dell'evoluzione dell'attuale disciplina di precontenzioso verso un modello di *Alternative Dispute Resolution* di tipo conciliativo, del tutto facoltativo e finalizzato alla deflazione del contenzioso giurisdizionale nella materia degli appalti. In particolare, l'ANAC ha auspicato che la pronuncia emessa al termine del procedimento di precontenzioso, preceduta dall'autodeterminazione delle parti di rimettersi alla sua decisione, possa assumere "carattere vincolante ed essere oggetto di impugnazione con ricorso in unico grado davanti al Consiglio di Stato" (in termini, audizione del Presidente Cantone nell'ambito dell'esame del ddl n. 1678/2014). L'ipotesi in esame è stata in parte recepita dal disegno di legge delega per l'attuazione delle direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e appalti pubblici, il cui art. 1, lett. o) - nella formulazione approvata dal Senato della Repubblica in data 18 giugno 2015 - prevede "l'attribuzione all'ANAC di più ampie funzioni [...] 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 [...] 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". Il disegno di legge delega, contrariamente a quanto rilevato in relazione allo schema di regolamento della Legge Merloni e al Codice degli Appalti, contiene quindi una specifica previsione tesa a razionalizzare il procedimento di precontenzioso e affermarne la natura di *Alternative Dispute Resolution*. Qualora l'orientamento da ultimo citato venisse confermato in sede di esercizio della delega per la riforma del Codice dei contratti pubblici, il procedimento di precontenzioso verrebbe finalmente ad assumere la connotazione di strumento alternativo di risoluzione delle controversie insorte nell'ambito delle procedure di gara, simile a quello ipotizzato, circa venti anni fa, nello schema di regolamento generale di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109. ■

## OSSERVATORIO NORMATIVO

■ Regolamento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, 15 luglio 2015, recante "Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio ai sensi dell'articolo 47 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33", in attesa di pubblicazione nella GU.

■ Deliberazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, 9 dicembre 2014, recante "Autofinanziamento per l'anno 2015. (15A05329)", pubblicata in GU n. 159 dell' 11 luglio 2015.

■ Deliberazione dell'Autorità Nazionale Anticor-

ruzione, 23 luglio 2015, recante "Provvedimento ricognitivo finale contenente l'elenco dei Soggetti aggregatori ex art. 9 del d.l. 66/14 convertito nella legge 23 giugno 2014 n. 89", in attesa di pubblicazione nella GU.