

IL RUOLO DELL'ANAC

DISTINZIONE TRA LINEE GUIDA VINCOLANTI E NON - I PARERI DI PRECONTENZIOSO - LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE IN GIUDIZIO

Roma, 21 novembre 2017

Avv. Elio Leonetti



L'ANAC: inquadramento generale e compiti

- L'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) > è collocabile nell'ambito delle c.d. autorità amministrative indipendenti
- L'ANAC deriva dal processo di trasformazione, attuato con legge n. 190/2012, della Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT) istituita con la legge n. 150/2009, con compiti di misurazione e valutazione delle performance nel campo del pubblico impiego > la Legge n. 190/2012 individua l'ANAC quale Autorità competente alle attività di controllo, prevenzione e contrasto della corruzione e dell'illegalità della pubblica amministrazione
- D.L. n. 90/2014:
 - ha ridisegnato la strategia anticorruzione a livello nazionale incentrando sull'ANAC il sistema della competenze di regolazione e vigilanza in materia di prevenzione della corruzione, attribuendo alla stessa il compito di predisporre il PNA e i suoi aggiornamenti;
 - ha ridefinito l'assetto istituzionale dell'ANAC prevedendo l'assorbimento dei compiti e personale dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), che era regolata dal d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici)
- D.lgs. 50/2016 (nuovo Codice dei contratti pubblici) e il successivo Decreto Correttivo (D.lgs. n. 56/2017) > hanno revisionato e potenziato i compiti/poteri dell'ANAC nel settore dei contratti pubblici



Le Linee Guida

- Con la Legge Delega n. 11/2016 si è inteso superare lo strumento del regolamento generale di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti pubblici (d.p.r. n. 207/2010) > in luogo del regolamento sono state previste: **(i)** Linee Guida ANAC; **(ii)** Linee Guida ministeriali e **(iii)** altri atti attuativi, come decreti ministeriali o interministeriali (per un totale di 53 provvedimenti) > come indicato nella Legge Delega, l'idea del legislatore era quella di sostituire il regolamento con uno strumento di regolazione più leggero e flessibile (c.d. *soft law*)
- Il Codice dei contratti pubblici assegna all'ANAC il compito di:
 - adottare Linee Guida, vincolanti e non vincolanti
 - partecipare, in qualità di soggetto proponente, alla adozione delle Linee Guida ministeriali



Le Linee Guida nelle previsioni del Codice

- Il Codice contiene una serie di disposizioni specifiche che prevedono l'adozione di Linee Guida ANAC o di altri atti dell'ANAC
- ✓ **Art. 31** – Linee Guida sul RUP
- ✓ **Art. 36** – Linee Guida sui contratti sotto soglia
- ✓ **Art. 38** – Atto sul sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti
- ✓ **Art. 71** – Bandi Tipo
- ✓ **Art. 78** – Linee Guida sull'Albo dei componenti delle commissioni giudicatrici
- ✓ **Art. 80 comma 13** – Linee Guida sui mezzi di prova del grave illecito professionale
- ✓ **Art. 83 comma 10** – Linee Guida sul sistema di rating di impresa
- ✓ **Art. 84 comma 3** – Atto su ricognizione straordinaria delle SOA
- ✓ **Art. 110 comma 5 lett. b)** – Linee Guida su requisiti per la partecipazione a gare e sulla esecuzione dei contratti per operatori in stato di fallimento o altre procedure di crisi
- ✓ **Art. 177 comma 3** – Linee Guida su affidamenti a terzi da parte di concessionari
- ✓ **Art. 181 comma 4** – Linee Guida (sentito il MEF) sul monitoraggio sulla esecuzione dei contratti di partenariato pubblico-privato
- ✓ **Art. 192** – Atto sulle stazioni appaltanti che operano mediante propri organismi *in house*
- ✓ **Art. 213 comma 3 lett. h)** – Linee Guida su elaborazione dei costi standard dei lavori e dei prezzi di riferimento di beni e servizi



Le Linee Guida nelle previsioni del Codice (segue)

- Art. 213 comma 2 del Codice > disposizione di carattere generale
- 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.
- L'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11/2016 e dal Codice.



La distinzione tra Linee Guida vincolanti e non vincolanti

- Il Codice non fornisce una distinzione tra Linee Guida vincolanti e Linee Guida non vincolanti
- Il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha tracciato una linea di demarcazione tra le due tipologie di Linee Guida (cfr. Pareri n. 855 del 1 aprile 2016 e n. 1767 del 2 agosto 2016)
- Le Linee Guida **vincolanti** sono quelle che il Codice prevede al fine di integrare le norme contenute nel Codice stesso («*disposizioni integrative della fonte primaria*») > all'ANAC viene dato il compito di sviluppare ed integrare il precetto normativo con una disciplina di dettaglio
- Le Linee Guida **non vincolanti** sono (i) quelle previste dal Codice non alla stregua di «*disposizioni integrative*» di norme primarie incomplete e (ii) quelle adottate dall'ANAC sulla base del generale potere di regolazione ad essa attribuito dall'art. 213 del d.lgs. n. 50/2016 e che hanno una funzione promozionale di buone prassi e quindi lo scopo di fornire un indirizzo applicativo agli operatori del settore



Le Linee Guida adottate dall'ANAC e il loro carattere vincolante o meno

- **Linee Guida n. 1** - Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria *NV*
- **Linee Guida n. 2** - Offerta economicamente più vantaggiosa *NV*
- **Linee Guida n. 3** - Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni *V*
- **Linee Guida n. 4** - Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici *NV* (*anche se previste dal Codice*)
- **Linee Guida n. 5** - Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici *V*
- **Linee Guida n. 6** - Indicazione 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, comma 5, lett. c) del Codice *NV* (*anche se previste dal Codice*)
- **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 *V*
- **Linee Guida n. 8** - Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili *NV*



Le c.d. Linee Guida «miste» (vincolanti e non vincolanti)

- Bozza di consultazione delle Linee guida recanti *“Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull’attività dell’operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato”* > Secondo il Consiglio di Stato hanno carattere vincolante in relazione ai contenuti indicati dall’art. 181 comma 4 del Codice e non vincolanti in relazione agli altri ulteriori contenuti
- *« (...) non vi è alcun ostacolo, di carattere testuale o sistematico, alla coesistenza nelle Linee Guida di contenuti vincolanti e non vincolanti. Al contrario, l’unificazione formale in un unico atto risponde meglio ai canoni di better regulation evidenziati da questo Consiglio di Stato in occasione del parere sullo schema del nuovo Codice dei contratti pubblici (Comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855; in particolare: §§ II.e), II.f) e II.g)). Nondimeno, al fine di evitare incertezze applicative è indispensabile che le Linee guida rispondenti a questo modello rechino una espressa autoqualificazione, ovviamente sulla base delle previsioni normative, e che sul piano sistematico i diversi contenuti siano indicati in modo separato»* (cfr. Parere Consiglio di Stato n. 775/2017).



La natura giuridica delle Linee Guida: la posizione del Consiglio di Stato

- La natura giuridica delle Linee Guida e la loro collocazione nell'ambito delle fonti del diritto costituisce un tema molto dibattuto ed ancora aperto
- Le **Linee Guida vincolanti** non sono regolamenti ma atti di regolazione di un'autorità indipendente e cioè atti amministrativi generali > l'atto amministrativo che si pone in contrasto con esse è illegittimo
- Le **Linee Guida non vincolanti** hanno un valore di indirizzo a fini di orientamento dei comportamenti di stazioni appaltanti e operatori economici > quanto agli effetti, sono assimilabili alle circolari, con la conseguenza che se la stazione appaltante intende discostarsi dal contenuto da quanto disposto da tali atti deve fornire una adeguata motivazione che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa

N.B. I decreti ministeriali contenenti le Linee Guida adottate su proposta dell'ANAC (c.d. Linee Guida ministeriali) sono veri e propri regolamenti, che seguiranno lo schema procedimentale disegnato dall'art. 17 della legge n. 400/1988 (es. Linee Guida Ministeriali su sistema di qualificazione SOA)



Procedimento di formazione, pubblicità e impugnazione delle Linee Guida

- Le Linee Guida (vincolanti e non) vengono adottate a seguito di un procedimento che contempla la consultazione pubblica e poi vengono pubblicate sul sito ANAC e sulla GURI
- Il Decreto Correttivo ha introdotto l'art. 213 comma 17-*bis* con il quale:
 - ✓ ha chiarito che gli effetti giuridici per i terzi decorrono dalla pubblicazione sulla GURI ed ha imposto un regime di *vacatio legis*, di norma non inferiore a 15 giorni
 - ✓ ha introdotto un regime transitorio, prevedendo che le Linee Guida trovino applicazione alle procedure o cui bandi o avvisi siano successivi alla data di entrata in vigore delle Linee Guida stesse
- Le Linee Guida ANAC (vincolanti e non) sono impugnabili dinanzi al giudice amministrativo (art. 213 comma 2 del Codice)



I comunicati del Presidente ANAC

- In relazione alle nuove disposizioni del Codice dei contratti pubblici, l'ANAC ha in alcuni casi adottato **Comunicati del Presidente** finalizzati a fornire indicazioni interpretative ed operative (cfr., da ultimo, Comunicato Presidente A.N.A.C. 8/11/2017 su «*Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del d.p.r. 445/2000 mediante utilizzo del modello di DGUE*»)
- Si tratta di una tipologia di atto non prevista dal Codice ed al quale non può essere attribuita efficacia vincolante ma solo una funzione di orientamento
- TAR Umbria, ordinanza 31 maggio 2017 n. 428 > «*i comunicati del Presidente dell'ANAC sono dunque pareri atipici e privi di efficacia vincolante per la stazione appaltante e gli operatori economici*».



I nuovi pareri di precontenzioso

- ❑ Art. 211 comma 1 del d.lgs. n. 50/2016 > nuova configurazione del parere di precontenzioso come strumento espressione della potestà consultiva che assume una funzione deflattiva del contenzioso

- **INZIATIVA:** Il parere viene espresso su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti (es. impresa concorrente);

- **OGGETTO:** questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara

- **MODALITA' DI RILASCIO:** Il parere viene reso, previo contraddittorio, entro il termine di 30 giorni dalla ricezione della richiesta.

- **PORTATA GIURIDICA:** Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente consentito ad attenersi a quanto in esso stabilito > il parere può assumere carattere vincolante

- **IMPUGNABILITA':** Il parere vincolante è impugnabile dinanzi al giudice amministrativo. Non è invece prevista la possibilità di impugnare il parere «non vincolante», in linea con quanto affermato in precedenza dalla giurisprudenza sulla non impugnabilità dei pareri rilasciati dall'ANAC



I nuovi pareri di precontenzioso

(segue)

- Con atto del 5 ottobre 2016 l'ANAC ha approvato il «*Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*»
- Il parere può essere chiesto anche da soggetti portatori di interessi collettivi costituiti in associazioni o comitati;
- Quando l'istanza è presentata singolarmente dalla stazione appaltante o da una parte interessata, il parere reso è da intendersi non vincolante.
- Qualora l'istante abbia manifestato la volontà di attenersi a quanto stabilito nel parere, le altre parti possono aderirvi. In tal caso il parere reso ha efficacia vincolante per le parti che vi hanno aderito.
- Quando l'istanza è presentata congiuntamente dalla stazione appaltante e da una o più parti interessate e le parti esprimono la volontà di attenersi a quanto sarà stabilito nel parere di precontenzioso, il parere stesso è vincolante per le parti che vi hanno acconsentito.



I nuovi pareri di precontenzioso

(segue)

- Il Regolamento prevede un ordine di trattazione delle istanze, in base al quale viene data priorità:
 - alle istanze con manifestazione di volontà di due o più parti di attenersi a quanto stabilito nel parere;
 - alle istanze concernenti appalti di importo superiore alla soglia comunitaria;
 - alle istanze presentate dalla stazione appaltante;
 - alle istanze che sottopongono questioni originali o di particolare impatto per il settore dei contratti pubblici;
 - alle istanze concernenti appalti di importo superiore a 40.000 euro.

- Casi di inammissibilità delle istanze, tra i quali:
 - ✓ assenza di una questione controversa insorta tra le parti interessate;
 - ✓ istanze volte ad un controllo generalizzato dei procedimenti di gara delle amministrazioni aggiudicatrici;
 - ✓ in caso di esistenza di un ricorso giurisdizionale avente contenuto analogo, che le parti hanno l'obbligo di comunicare all'ANAC



La legittimazione ad agire in giudizio

- Il Decreto Correttivo ha eliminato le c.d. raccomandazioni vincolanti dell'ANAC, il quale costituiva uno strumento molto incisivo che consentiva all'ANAC di sollecitare l'intervento in autotutela della stazione appaltante con previsione, in caso di mancata osservanza, della irrogazione di una sanzione pecuniaria
- In sede di conversione del d.l. n. 50/2017, in luogo delle raccomandazioni vincolanti è stata introdotta la legittimazione «straordinaria» dell'ANAC di agire in giudizio dinanzi al giudice amministrativo



La legittimazione ad agire in giudizio

- Art. 211 comma 1-bis del Codice

«L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture». > norma che prevede una legittimazione ad agire in relazione ad atti specifici

- Art. 211 comma 1-ter del Codice

«L'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente 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; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo» > norma che prevede una legittimazione ad agire solo in presenza di «violazioni gravi»

- Art. 211 comma 1-quater del Codice

«L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-bis e 1-ter».



La legittimazione ad agire in giudizio

- Tema interpretativo: non è chiaro il rapporto intercorrente tra il comma 1-bis e il comma 1-ter > in particolare, non si comprende se la legittimazione ad agire in giudizio prevista dal comma 1-bis in relazione ai specifici atti debba comunque riguardare «violazione gravi» e richieda la previa adozione del parere motivato che deve essere trasmesso alla stazione appaltante, come richiesto dal comma 1-ter

Grazie per l'attenzione

Avv. Elio Leonetti
Chiomenti

Roma, Via XXIV Maggio n. 43 – tel. 06/466221
e-mail: elio.leonetti@chiomenti.net