

Gruppo congressuale Negoziazione e altre ADR

L'ANAC E IL PRECONTENZIOSO NEI CONTRATTI PUBBLICI

1. Stato dell'arte: inquadramento normativo e nodi problematici

I.1. – Ai sensi dell'art. 211, co. 1, del D. Lgs. 50/2016, 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 può anche essere vincolante ed in tal caso *“obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito”*.

La parte che non intenda sottostare obbligatoriamente alle valutazioni che l'ANAC è stata richiesta (eventualmente dall'altra parte) di esprimere, è dunque sufficiente che non presti il suo consenso e sarà libera di disattendere il parere dell'Autorità.

Contro il parere vincolante dell'ANAC è ad ogni modo ammesso ricorso giurisdizionale amministrativo ai sensi dell'art. 120 del D.Lgs. 104/2010, ancorchè sia espressamente previsto che in caso di rigetto del ricorso il giudice valuti il comportamento della parte ricorrente *“ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo”*, se del caso sanzionando dunque la parte ricorrente per *“lite temeraria”*.

I.2. – Accanto all'iniziativa di parte, l'art. 211, co. 2, del D. Lgs. 50/2016, ha attribuito all'ANAC, *“nell'esercizio delle proprie funzioni”* e qualora *“ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara”*, il potere autonomo di invitare *“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”*.

Se non si adegua alla raccomandazione vincolante dell'ANAC entro il termine di 60 giorni, la stazione appaltante è punita con una sanzione amministrativa pecuniaria (che va da un minimo di euro 250,00 ad un massimo di euro 25.000,00) *“posta a carico del dirigente responsabile”*. La sanzione incide altresì sulla *“reputazione”* delle stazioni appaltanti di cui all'art. 38 D. Lgs. 50/2016 ed è anch'essa impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa, ai sensi dell'articolo 120 del D. Lgs. 104/2010.

I.3. – Compete infine all'ANAC lo svolgimento dell'ulteriore attività consultiva prevista dall'art. 213 D. Lgs. 50/2016, così come tratteggiata nel Regolamento ANAC del 20 luglio 2016, denominato *“Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva svolta dall'Autorità nazionale anticorruzione ai sensi della Legge 6 novembre 2012, n. 190 e dei relativi decreti attuativi e ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al di fuori dei casi di cui all'art. 211 del decreto stesso”*.

In tale diverso contesto, la funzione consultiva attribuita all'Autorità Nazionale Anticorruzione è espressione dei compiti di vigilanza alla stessa spettanti ed è volta a fornire indicazioni *ex ante* all'attività delle amministrazioni, nel rispetto delle funzioni di amministrazione attiva che competono solo a queste ultime. Il tutto, prima che insorgano eventuali questioni relative allo svolgimento delle procedure di gara, per la risoluzione delle quali troverà specifica applicazione l'art. 211 e potrà essere acquisito il parere da esso previsto.

I.4. – Schematicamente, l'art. 211 individua dunque 3 diversi strumenti precontenziosi:
- per le questioni insorte e segnalate durante la procedura di gara

- 1) il parere non vincolante (quando le parti non siano entrambe d'accordo nel volersi obbligare ad attenersi al parere dell'ANAC) – non impugnabile davanti al TAR;
- 2) il parere vincolante (quando le parti abbiano entrambe preventivamente acconsentito ad attenersi al parere dell'ANAC) – impugnabile davanti al TAR;
- *per le illegittimità rilevate a gara conclusa*
- 3) la raccomandazione vincolante (che l'ANAC può formulare nell'esercizio delle proprie funzioni) – impugnabile davanti al TAR.

I.5. – Il parere reso dall'ANAC, ai sensi del primo comma dell'art. 211, come si è detto, può essere – ma non necessariamente è – “vincolante”, dal momento che esso *“obbliga le parti che vi abbiano previamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito”*.

La norma è poco chiara: se si verificasse che la sola parte istante abbia acconsentito ad attenersi al parere chiesto, essa sarebbe poi comunque vincolata al suo contenuto? O, piuttosto, perché il parere sia reso con effetti vincolanti è necessario che entrambe le parti vi acconsentano? In altri termini, il parere vincola comunque la parte che vi ha acconsentito, indipendentemente dall'eventuale adesione della controparte o – come sembra suggerire la declinazione al plurale del sostantivo parti – se queste non vi abbiano entrambe acconsentito il parere non potrà che essere non vincolante per tutte?

La risposta al quesito può dipendere poi dalla natura del soggetto richiedente il parere? Risulta invero difficile immaginare una stazione appaltante che chiede il parere all'ANAC e che poi non vi si conformi solo perché la parte privata non abbia preventivamente anche essa acconsentito ad attenervi, così come è difficile pensare ad una stazione appaltante che non presti il proprio consenso quando il parere sia chiesto con efficacia vincolante dalla parte privata.

I.6 – Strettamente connessa alla soluzione della precedente, è quella dell'ulteriore questione posta dalla norma in ordine alla legittimazione a ricorrere al TAR contro il parere vincolante. Nell'ipotesi in cui si accedesse alla tesi della vincolatività del parere anche nei soli confronti del soggetto richiedente o comunque della sola parte che si sia obbligata ad attenervi, va da sé che la legittimazione a ricorrere spetterebbe alla sola parte “vincolatasi”, nessuna utilità e quindi nessun interesse a contrastare il parere non vincolante potendo ravvisarsi in capo alla parte che non ha assunto alcun impegno preventivo ad attenersi al parere stesso.

I.7 – Ciò che, al momento, appare chiaro è il disfavore con cui il legislatore valuta l'eventuale ricorso giurisdizionale, dal momento che 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”, a mente del secondo comma del quale il giudice irroga una sanzione pecuniaria *“in misura non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio, quando la parte soccombente ha agito o resistito temerariamente in giudizio. Nelle controversie in materia di appalti di cui agli articoli 119, lettera a), e 120 l'importo della sanzione pecuniaria può essere elevato fino all'uno per cento del valore del contratto, ove superiore al suddetto limite”*. Il che potrebbe implicare condanne alle spese per importi finanche superiori ad € 30.000,00.

I.8. – Anche per quanto concerne l'inedito istituto della “raccomandazione vincolante”, introdotto dal secondo comma dell'art. 211 del d. lgs. n. 50/2016, appare necessario qualche approfondimento.

Innanzitutto, andrebbe chiaramente esplicitato in quale fase procedimentale tale strumento possa essere utilizzato e quindi in che rapporto lo strumento della raccomandazione si ponga rispetto al parere di cui al primo comma dell'art. 211. Stando al tenore letterale della norma,

sembra che la raccomandazione rappresenti uno strumento, residuale rispetto al parere e di chiusura del sistema precontenzioso, attraverso cui l'ANAC può attivarsi d'ufficio nell'esercizio delle sue funzioni non "durante" le operazioni di gara, ma ad operazioni concluse ed a gare aggiudicate.

La norma non chiarisce i limiti temporali entro i quali l'ANAC potrà esercitare un tale pervasivo potere di raccomandazione, il che appare non poco delicato, tenuto conto che il comma 2 dell'art. 211 dispone che le stazioni appaltanti, su invito dell'ANAC, rimuovano anche gli "eventuali effetti degli atti illegittimi" della procedura di gara. Ed è appena il caso di rilevare come rimuovere gli effetti di un atto di aggiudicazione illegittimo implichi intervenire sul contratto pubblico eventualmente già stipulato al momento dell'intervento dell'ANAC.

Per le potenzialità connesse agli esiti di un atto di raccomandazione, merita di essere chiarito se l'ANAC possa utilizzare un tale strumento solo *sua sponte* (come sembrerebbe suggerire il riferimento della norma al momento dell'esercizio delle funzioni di competenza dell'Autorità) o se il relativo potere possa essere esercitato anche su segnalazione *ad hoc* ed in tal caso da parte di quali soggetti (i soli concorrenti alla gara ovvero anche operatori economici non concorrenti, etc.).

2. Prospettive di sviluppo

Una volta superate le criticità interpretative ed applicative sopra descritte, sarebbe auspicabile che, proprio nell'ottica deflattiva del contenzioso perseguita dal legislatore, il sistema delineato evolvesse da pre-contenzioso a para-giurisdizionale, configurandosi quale metodo propriamente alternativo di risoluzione delle controversie in materia di affidamento dei contratti pubblici.

Ciò, peraltro, consentirebbe di compensare il grave pregiudizio che, in termini di compressione del diritto di difesa, gli operatori economici subiscono (oltre che per gli ingiustificatamente elevati importi del contributo unificato anche) a causa della nuova formulazione dell'art. 120 c.p.a., così come modificato dall'art. 204 del D.Lgs. 50/2016, laddove esso impone a pena di decadenza l'onere di immediata impugnazione del "provvedimento" di ammissione dei concorrenti alla procedura di gara.

Se fosse chiarito, infatti, che la parte può formulare istanza di parere o di adozione di una raccomandazione all'ANAC relativamente, tra gli altri, ai vizi di ammissione alla gara propri o altrui, anche al di fuori del termine per impugnare i relativi provvedimenti di ammissione in sede giurisdizionale, si consentirebbe, da un lato, ai concorrenti di preservare integra la tutela della sfera dei propri interessi giuridici e, dall'altro lato, all'ANAC di intervenire a "sanare" illegittimità degli atti di gara sfuggite al controllo giurisdizionale per effetto delle scadenze eventualmente maturatesi in applicazione del nuovo termine di impugnazione ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. e tutelare così l'interesse pubblico alla selezione dell'affidatario migliore tra quelli effettivamente in possesso dei requisiti morali e tecnici richiesti.

Occorre a tal fine l'adozione da parte di ANAC, previo confronto anche con l'Avvocatura e le Associazioni specialistiche maggiormente rappresentative, di un nuovo Regolamento in specifica applicazione del D. Lgs. n. 50/2016 (l'ultimo Regolamento in materia di precontenzioso è stato adottato dalla stessa ANAC nel gennaio 2015 in applicazione delle norme del "vecchio" Codice appalti) che consenta agli interessati il più ampio ricorso agli strumenti pre-contenziosi e che garantisca loro, al contempo, l'effettività del contraddittorio, in special modo nel definendo procedimento di raccomandazione vincolante, l'esercizio del cui

potere da parte dell'ANAC, in ossequio ai principi di certezza delle situazioni giuridiche e di tutela dell'affidamento, va tuttavia contenuto in termini temporali certi e ragionevolmente brevi, in particolare rispetto al provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara.

3. Proposte

Per quanto finora rilevato si auspica e si raccomanda un intervento volto ad ottenere, anche mediante il concorso dell'Avvocatura alla formazione di un Regolamento dell'ANAC di specifica disciplina delle modalità di esercizio dei suoi poteri in fase di pre-contenzioso, che nelle predisponde fonti di regolamentazione della materia:

- 1) i poteri di intervento attribuiti dal legislatore all'ANAC nei singoli procedimenti si configurino quale metodo generale di risoluzione delle controversie in materia di affidamento dei contratti pubblici, nel rispetto di ogni garanzia procedimentale a tutela delle posizioni degli interessati;
- 2) sia garantita la piena partecipazione procedimentale degli interessati, il loro contraddittorio e la tutela delle loro situazioni giuridiche soggettive nell'esercizio da parte dell'ANAC delle competenze ad essa attribuite dal legislatore (fermo restando il sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'ANAC e che lo stesso non deve essere ostacolato né vanificato in alcun modo);
- 3) sia favorita la più ampia accessibilità agli strumenti pre-contenziosi, contenendone i tempi di attivazione - con particolare riguardo allo strumento della raccomandazione vincolante - e di effettivo svolgimento (a tal fine l'Ufficio pre-contenzioso di Anac dovrà necessariamente essere dotato di un numero adeguato di risorse professionali) e assicurandone l'esercizio in forma trasparente e imparziale.