Numero 01920/2016 e data 14/09/2016

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 30 agosto 2016

NUMERO AFFARE 01424/2016

OGGETTO:

Autorità Nazionale Anticorruzione

Schema di regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso ai sensi dell'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

LA COMMISSIONE SPECIALE

Vista la relazione con la quale l'Autorità nazionale anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Francesco Bellomo;

PREMESSO

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (d'ora in avanti ANAC) ha trasmesso per il parere del Consiglio di Stato lo schema di regolamento per la disciplina del precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici.

Stabilisce detta disposizione:

"*1.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 consentito 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 38 del presente codice. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo".

Il provvedimento 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, secondo cui l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture – poi assorbita dall'ANAC – "*su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo 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*".

La principale novità introdotta in materia dal decreto in esame risiede nella possibilità per le parti interessate di manifestare la volontà di uniformarsi al parere.

È previsto, infatti, dal legislatore che il parere reso dall'ANAC è vincolante per le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito.

Nello Schema di Regolamento, pertanto, dopo aver confermato all'art. 3 la possibilità, per la stazione appaltante o per la parte interessata, di presentare singolarmente istanza di parere di precontenzioso, che si intende in tal caso non vincolante, si concede un termine di dieci giorni alle parti per manifestare la volontà di attenersi a quanto in esso stabilito. Qualora le parti esprimano il loro consenso, il parere assume carattere vincolante.

Il successivo art. 4 prevede specificamente l'ipotesi di istanza congiunta, nella quale sia stata espressa già nel modulo di presentazione della stessa la volontà di attenersi al parere, con la conseguente natura vincolante dello stesso.

L'art. 5 stabilisce che nella trattazione delle istanze viene data priorità alle istanze congiunte. Seguono, per ordine di importanza, le istanze aventi ad oggetto appalti di valore superiore alle soglie comunitarie, le istanze presentate dalla stazione appaltante e, infine, le istanze che sottopongono questioni originali o di particolare impatto nel settore dei contratti pubblici.

L'art. 6 detta un'articolata disciplina delle cause di inammissibilità delle istanze, in ordine alla quale è stata oggetto di particolare riflessione l'opportunità o meno di inserire tra le stesse anche la mancata comunicazione della presentazione dell'istanza a tutti i soggetti controinteressati, ponendo tale onere in capo all'istante. Le perplessità sul punto, sciolte poi in senso negativo nello Schema di Regolamento in oggetto, derivano dalla consapevolezza che ciò consentirebbe, in astratto, un'ampia partecipazione al procedimento di rilascio del parere, ma comporterebbe anche un aggravio per l'istante, che potrebbe non essere ritenuto compatibile con i principi in materia di procedimento amministrativo.

La fase dell'istruttoria è disciplinata dall'art. 7 dello schema di Regolamento, che prevede la valutazione da parte dell'Ufficio dell'ammissibilità e procedibilità delle

istanze pervenute e, in caso di valutazione positiva, l'assegnazione delle stesse ai singoli Consiglieri relatori da parte del Presidente. Individuato il Consigliere relatore, l'Ufficio comunica alle parti l'avvio del procedimento e assegna un breve termine, non superiore a 5 giorni, per la presentazione di memorie e documenti, ove mancanti. Il parere redatto dall'Ufficio è poi presentato al Consigliere relatore e sottoposto all'approvazione del Consiglio.

All'art. 8 sono disciplinate sia la sospensione feriale dei termini durante il mese di agosto sia la sospensione dei termini procedimentali al fine di acquisire, qualora necessario, ulteriore documentazione.

L'art. 9 stabilisce che l'Ufficio provvede alle archiviazioni delle istanze inammissibili o improcedibili e comunica al Consiglio mensilmente l'elenco delle archiviazioni predisposte. Tutte le archiviazioni sono successivamente comunicate alle parti interessate.

È, inoltre, previsto all'art. 10 che tutti i pareri di precontenzioso, compresi quelli vincolanti, possano essere resi in forma semplificata nei casi in cui la questione sia di pacifica soluzione, tenuto conto del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento.

La possibilità di riesame dei pareri resi e delle archiviazioni disposte è ammessa, dall'art. 11, solamente per sopravvenute ragioni di fatto. Viene, altresì, ribadito che i pareri vincolanti sono impugnabili in via giurisdizionale ai sensi dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo.

L'art. 12 stabilisce che le comunicazioni tra l'Autorità e le parti interessate sono effettuate esclusivamente tramite posta elettronica certificata, ai sensi della normativa vigente, e l'art. 13 dispone per gli istanti l'obbligo di comunicare all'Autorità, entro 10 giorni dalla ricezione del parere, gli atti adottati al fine di adeguarsi a quanto in esso disposto. Nel caso di mancata comunicazione gli atti sono

trasmessi all'Ufficio competente all'applicazione delle sanzioni, ai sensi dell'art. 213, co. 13 del d.lgs. 50/2016.

L'Amministrazione riferisce che non è stata riprodotta la possibilità di chiedere, su iniziativa congiunta, un parere in ordine a questioni insorte dopo la stipulazione del contratto, in quanto ipotesi non prevista dal nuovo Codice e che, nell'esperienza pratica, ha avuto scarsa applicazione.

CONSIDERATO

Non essendovi precedenti del Consiglio di Stato sui regolamenti in questione e, comunque, tenuto conto della modifica sostanziale della fonte primaria, la Commissione Speciale ritiene di non limitare l'analisi alle novità introdotte dal decreto, rivolgendo uno sguardo d'insieme al provvedimento.

Occorre muovere dalla fonte primaria, richiamando quanto osservato in proposito dal Consiglio di Stato nel parere dato sullo schema del nuovo Codice dei contratti pubblici.

L'art. 211 prevede due strumenti in funzione deflattiva del contenzioso.

Nel comma 1 il parere di precontenzioso dell'ANAC è ricondotto, in asserita attuazione della delega, nell'ambito dei rimedi alternativi alla giurisdizione, relativamente alle "*questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara*": previa dichiarazione di consenso delle parti, si attribuisce al parere carattere vincolante per le stesse. Tale parere, per non divenire un surrogato della giurisdizione amministrativa, confliggente con il principio di indisponibilità dell'interesse legittimo, è stato opportunamente costruito dal Governo alla luce delle indicazioni fornite dal Consiglio di Stato, precisandone la natura di decisione amministrativa e, dunque, l'impugnabilità del parere innanzi agli organi della giustizia amministrativa, nonché l'assenza di un vincolo di "adeguata motivazione", invece presente nel testo originario.

Il comma 2 attribuisce all'ANAC un potere di invito nei confronti delle stazioni appaltanti ad agire in autotutela. Il potere di raccomandazione così introdotto è presidiato da una sanzione pecuniaria nei confronti del dirigente responsabile e dalla previsione della sua incidenza sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti. Si tratta 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.

Il regolamento in esame riguarda la sola ipotesi contemplata dal comma 1, ma non è inutile considerare l'intera disposizione, poiché le due fattispecie presentano una funzione complementare, com'è dimostrato già dalla collocazione nello stesso articolo.

Il rapporto "naturale" tra la prima e la seconda ipotesi è di alternatività, in guisa da dar luogo ad un sistema di tutela pre-processuale completo, attivabile su iniziativa di parte, o, in mancanza, d'ufficio. Tuttavia è possibile che le due procedure si intreccino, come si evince dalla previsione di cui all'art. 6, comma 2, lett. e) del regolamento, che sancisce l'inammissibilità delle istanze di precontenzioso "*interferenti con esposti di vigilanza e procedimenti sanzionatori in corso di istruttoria presso l'Autorità*". Né può escludersi che l'ANAC usi il potere di raccomandazione a seguito del precontenzioso.

Occorre, pertanto, che sia emanata una disciplina di regolamentazione anche della fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 211, che delimiti i presupposti di esercizio del potere e individui le procedure su cui intervenire.

Si consideri, altresì, che l'art. 211, comma 2 deve essere interpretato alla luce del considerando n. 122 della direttiva UE 24/2014. Tale previsione considera già immanente nel sistema del diritto europeo la tutela del cittadino contribuente interessato alla legalità delle procedure di affidamento. Tutela che deve operare attraverso – almeno – il ricorso ad Autorità indipendenti. Poiché la disposizione in

esame presuppone che l'ANAC sia a conoscenza dell'illegittimità del provvedimento, implicitamente la stessa prevede che il cittadino possa presentare esposti diretti a segnalare i vizi della procedura di affidamento.

L'art. 211 non contiene un'espressa previsione del potere regolamentare, ma non vi è dubbio circa la legittimazione dell'ANAC ad adottare questo tipo di regolamenti, che in passato nessuno ha mai messo in discussione.

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.

Per quanto concerne la tipologia di regolamenti che le Autorità indipendenti sono legittimate ad adottare, la disamina può prendere come punto di riferimento il catalogo previsto dall'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400.

Così, né la dottrina né la giurisprudenza dubitano che le Autorità possano adottare regolamenti di esecuzione, di attuazione e di organizzazione, anche a prescindere da un'esplicita autorizzazione di legge.

Il regolamento in esame può ascriversi alla categoria dei regolamenti di organizzazione, essendo volto a disciplinare lo svolgimento della funzione precontenziosa definita dalla fonte primaria, benché per taluni aspetti contenga precetti attuativi del dettato legislativo.

A tal proposito occorre ricordare che l'art. 17, comma 1, lett. d) della legge 23 agosto 1988, n. 400 prevede che il potere regolamentare possa essere esercitato per "*l'organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni*" e non vi è dubbio che il regolamento del precontenzioso aderisca pienamente a questo schema.

Secondo l'impostazione dominante in dottrina l'organizzazione è astratta prefigurazione dell'azione. In senso statico è la struttura di cui dispone il soggetto

investito di compiti amministrativi, preordinati al soddisfacimento dell'interesse generale. In senso dinamico è attività di predisposizione della struttura all'esercizio di questi compiti e di indirizzo dell'azione amministrativa verso il raggiungimento dei fini. Per dirla con le parole di Mario Nigro «la strumentalità dell'organizzazione non rappresenta un passivo ed esteriore asservimento di essa all'attività sostanziale di soddisfazione dei fini e degli interessi, ma è partecipazione attiva, cooperazione al movimento, avvio del movimento nella direzione scelta: la decisione organizzativa si rileva, quindi, necessariamente come decisione di indirizzo dell'attività… appunto perché modellata sugli interessi che deve curare, l'organizzazione reagisce su tali interessi e ne influenza la realizzazione, assumendo una funzione attiva e direttiva nell'intero processo di soddisfazione di essi».

D'altra parte, la connessione tra organizzazione e azione amministrativa è positivamente scolpita dall'art. 5, comma 1 d.lgs. 165/2001 ("*Le amministrazioni pubbliche assumono ogni determinazione organizzativa al fine di assicurare … la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa*").

Non occorre, dunque, evocare la teoria dei poteri impliciti per ravvisare una base legale al potere regolamentare esercitato.

Tuttavia, deve essere attentamente considerato il carattere necessariamente subordinato della fonte regolamentare in esame e la sua possibile incidenza sul diritto di difesa delle parti che intendono attivare lo strumento di tutela.

Sicché 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 limitare la protezione del diritto di azione delle parti stesse.

Questi aspetti saranno specificati attraverso l'analisi delle prescrizioni contenute in ciascun articolo.

Occorre aggiungere che la tradizionale copertura della funzione di regolazione 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.

Per quanto attiene, invece, al rapporto con il principio di legalità sostanziale, maggiormente compromesso dall'assenza di una disciplina dell'esercizio di tale potere, oltre a utilizzare i dati di sistema e lo stesso contenuto dell'art. 211 del Codice dei contratti, occorre far riferimento all'orientamento giurisprudenziale che ha ritenuto di poter superare la genericità della fonte primaria e il *deficit* di legittimazione democratica delle Autorità indipendenti, valorizzando gli aspetti relativi alla c.d. legalità procedimentale e potenziando il sindacato sull'eccesso di potere.

È, infatti, affermazione ricorrente quella secondo cui 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, debbano 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.

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.

È così emerso un fenomeno in parte nuovo nel nostro ordinamento: la sottoposizione di un'attività sostanzialmente normativa al principio del giusto procedimento e del contraddittorio. Questo ha spesso contribuito a migliorare la qualità della regolazione, che si è arricchita anche grazie ai contributi conoscitivi che provengono dagli operatori di settore e dalle relative associazioni di categoria.

Sul piano del sindacato sostanziale, l'assenza di parametri rigidi volti a delimitare gli spazi di intervento del regolatore ha certamente determinato un ridimensionamento del vizio di violazione di legge, a fronte però di una crescente valorizzazione dell'eccesso di potere. L'eccesso di potere è stato utilizzato tenendo conto della particolare natura (più di regolazione che amministrativa) dell'atto oggetto di sindacato. L'eccesso di potere è diventato così lo strumento per valutare il rispetto da parte dei regolatori dei principi della coerenza, proporzionalità, ragionevolezza, logicità, adeguatezza della regola imposta agli operatori di settore.

Nel caso in esame la novità della richiesta di parere al Consiglio di Stato è, quindi, un importante elemento a garanzia della legalità sostanziale, mentre appare ancora carente l'istruttoria. In particolare, poiché il nuovo sistema nasce da una evoluzione del vecchio precontenzioso facoltativo, sarebbe stata opportuna una AIR dell'Autorità sul funzionamento dell'istituto (almeno i dati numerici) e sulle sue eventuali criticità di funzionamento (adesione spontanea, esecuzione).

Tale carenza, tuttavia, è in parte compensata dalla circostanza che si tratta della modifica di precedenti regolamenti, i quali hanno avuto ampia applicazione, la cui esperienza è alla base delle modifiche adottate.

Distinto e più complesso problema attiene alla natura "reale" di questo regolamento, che, rispetto ai precedenti, disciplina un parere che *può* essere vincolante.

Inevitabile, allora, il raffronto con le nuove linee guida previste dal Codice dei contratti, che sostituiscono il regolamento di esecuzione.

Nel parere reso sullo schema del nuovo Codice il Consiglio di Stato ha distinto tre tipologie di linee guida.

I decreti ministeriali contenenti le linee guida adottate su proposta dell'ANAC, e sottoposti a parere delle commissioni parlamentari, sono veri e propri regolamenti, che seguono lo schema procedimentale disegnato dall'art. 17, legge n. 400 del 1988.

Le linee guida vincolanti dell'ANAC, sono (non regolamenti, bensì) atti di regolazione di un'Autorità indipendente, che devono seguire alcune garanzie procedimentali minime: consultazione pubblica, metodi di analisi e di verifica di impatto della regolazione, metodologie di qualità della regolazione, compresa la codificazione, adeguata pubblicità e pubblicazione, se del caso parere (facoltativo) del Consiglio di Stato.

Le linee guida non vincolanti dell'ANAC hanno un valore di indirizzo a fini di orientamento dei comportamenti di stazioni appaltanti e operatori economici.

Questa classificazione è stata puntualizzata nel parere 2 agosto 2016, n. 01767, proprio con riferimento alle linee guida dell'ANAC in materia di responsabile unico del procedimento, offerta economicamente più vantaggiosa, servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria.

Il Governo ha recepito tale impostazione, prevedendo all'art. 213, comma 2 del Codice che "*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. Trasmette alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione e gli altri atti di cui al precedente periodo ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti. Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di*

giustizia amministrativa. 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 del 2016 e dal presente codice".

Allo strumento delle linee guida, più agile del regolamento, è stato dunque riservato un compito strategico ed essenziale nella definizione delle disciplina normativa secondaria.

Il problema che si pone per le linee guida vincolanti è quello del loro inquadramento nel sistema delle fonti, che deve essere coerente da un lato con l'assenza di una potestà normativa in senso proprio, dall'altro con la loro natura vincolante e con la funzione che sono chiamate a svolgere.

Secondo la concezione tradizionale le linee guida costituiscono un'espressione propria del potere di direttiva (come si desume anche dalla valenza semantica dell'espressione usata per il loro nome), che si declina, a sua volta, per mezzo di raccomandazioni, istruzioni operative e, quindi, in definitiva, mediante l'indicazione delle modalità attuative del precetto normativo, ma mai per mezzo di regole cogenti e vincolanti (che, semmai, costituiscono il presupposto logico dei chiarimenti affidati alle linee guida).

La segnalata discrasia tra il nome e la sostanza delle linee guida in esame ha, da subito, rivelato la singolare complessità della loro classificazione dogmatica e ha legittimato due distinte ipotesi ricostruttive.

Premesso, infatti, che la natura vincolante, oltre alla portata certamente generale, astratta e innovativa, del tipo di atto in questione (si pensi, ad esempio, alle linee guida previste dagli artt. 83 e 84 del Codice), si pone in tensione con i tratti tipici dell'atto amministrativo, anche in considerazione della loro preordinazione a

sostituire il regime normativo contenuto nel regolamento di attuazione del previgente Codice dei contratti pubblici, il Consiglio di Stato, nel formulare il parere sullo schema di decreto legislativo, ha dovuto esaminare due diverse (e incompatibili) tesi: la qualificazione delle linee guida vincolanti come atti normativi atipici; la loro classificazione come atti di regolazione del tipo di quelli adottati dalle Autorità amministrative indipendenti. La preferenza accordata alla seconda soluzione, poi seguita nel testo definitivo del Codice, e circondata da opportune garanzie procedurali (la consultazione degli operatori, l'AIR, la VIR, la raccolta in testi unici, l'adozione di forme di adeguata pubblicità), può essere giustifica solo a patto di inquadrarla nella *soft law*, riconoscendo loro natura amministrativa, altrimenti si finirebbe per derogare al principio di tipicità delle fonti normative, che presidia la *hard law*.

In tal senso, allora, la loro distinzione con il regolamento ex art. 211, comma 1 sarebbe netta, appartenendo quest'ultimo, invece, al sistema delle fonti di matrice kelseniana, costruito come un'architettura geometrica, sulla base del valore formale dell'atto.

Se, però, si guarda ai contenuti, si scopre come detto regolamento presenti una rilevante analogia con le linee guida, posto che esso disciplina un atto – il parere precontenzioso – che appare una sorta di direttiva del caso concreto alle parti in lite. E di raccomandazione parla espressamente il comma 2 dell'art. 211, con riguardo alla complementare figura dell'invito all'esercizio dell'autotutela.

Allora non basta limitarsi ad osservare che il regolamento costituisce una fonte normativa tipica, tanto più che la sottoposizione al principio di legalità è scolorita, ma occorre guardare alla sostanza della fattispecie, che è quella di dettare norme di azione per la Pubblica Amministrazione e non già regole di condotta per gli operatori.

Dunque, 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; ciò conferma la sua natura di regolamento di organizzazione.

Si deve ricordare che l'origine della *soft law* è nella comunità degli affari – cosmopolita e in perenne movimento, bisognosa di regole transnazionali che siano dotate al tempo stesso di flessibilità e effettività, sovente originate dalle stesse pratiche commerciali che intendono regolare – e le fonti da cui promana (gli usi non normativi, i codici di condotta, l'interpretazione e le clausole generali, i principi, la *lex mercatoria*, le regolamentazioni delle Associazioni di categoria, etc.) sono accomunate dal carattere essenzialmente non vincolante delle regole che con essi vengono poste, trovando fondamento nell'effetto pratico che le relative disposizioni producono sui destinatari.

Per quanto le linee guida di cui si discute siano giuridicamente vincolanti, è pur sempre vero che sulla fase dell'adozione prevale quella dell'attuazione e che la loro fortuna riposa sul principio di effettività assai più che su quello della cogenza formale.

Evocare il principio di effettività per un regolamento di organizzazione – qual è il decreto in esame – ha molto meno senso, giacché ciò che davvero rileva è la forza prescrittiva sul destinatario, a garanzia dei terzi e, ancor prima, dell'interesse pubblico che ispira la funzione disciplinata.

Raggiunta la conclusione che il decreto in esame si differenzia dalle linee guida vincolanti, consegue che esso si sottrae all'art. 213, comma 2 del Codice dei contratti.

In termini generali è ancora da affrontare l'esatta definizione dell'oggetto del regolamento, chiamato a disciplinare – ai sensi dell'art. 1 – "*il procedimento per il rilascio dei pareri di precontenzioso*".

Il regolamento null'altro enuncia in termini espliciti, lasciando all'interprete il compito di inquadrare la natura di siffatto procedimento.

Richiamato quanto osservato con riguardo alla genesi dell'art. 211, comma 1 del Codice (alla luce del principio espresso, sia pure sinteticamente, dalla legge delega), l'inquadramento più convincente è nelle 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.

È da ritenersi che il consenso debba essere esplicito e non possa desumersi dalla formulazione dell'istanza di parere, che è un mero atto di impulso, di per sé privo di una manifestazione di volontà diretta ad assoggettarsi al parere.

Non è chiaro, piuttosto, se il parere acquisti efficacia vincolante solo in presenza dell'assenso di tutte le parti interessate o anche solo nei confronti di quelle che hanno prestato il consenso.

Laformulazione letterale della disposizione primaria, secondo cui"*Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente consentito ad attenersi a quanto in esso stabilito*"depone per la seconda soluzione e in tal senso dispone il regolamento.

È dunque possibile che il parere non sia vincolante nei confronti di tutte le parti tra cui sorge contenzioso. Tale variabilità soggettiva di effetti complica il meccanismo, ma estende l'ambito di applicazione dell'istituto, che altrimenti sarebbe stato limitato all'ipotesi – poco realistica – che stazione appaltante, interessato e controinteressati fossero concordi nel demandare la soluzione della questione all'ANAC o a quella di controversie tra stazione appaltante e destinatario dell'atto.

L'ancoraggio, nei termini appena visti, della vincolatività del parere al consenso delle parti è giustificato se si vuole mantenere la distanza dai mezzi processuali ed è la caratteristica principale delle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie.

È ben vero che le ADR attengono a diritti disponibili, ma 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.

La distinzione si apprezza ancor più mettendo a confronto le fattispecie di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 211, poiché la seconda si distacca maggiormente dal modello arbitrale, accostandosi a quello dei ricorsi amministrativi.

In questa prospettiva, piuttosto, si palesa un pericolo opposto, ossia la tendenza alla processualizzazione delle forme e l'inclinazione a fare della procedura una sorta di pre-processo.

Rivelatrice dell'intento si palesa la previsione della sospensione dei termini del precontenzioso nel periodo feriale, che non ha giustificazione alcuna, se non quella di un'assimilazione alla giurisdizione. Poi, negli artt. 3 e 4 figura la parola "decisione" in luogo di "parere", termine che, invece, è stato utilizzato allo scopo di evitare qualsiasi commistione con le decisioni giurisdizionali.

La procedura in esame non è un processo, né può essere un nuovo grado del giudizio surrettiziamente voluto. I fini perseguiti sono quelli di ottenere la deflazione del contenzioso e di favorire la cultura dell'alternativa all'accesso alla giustizia statale. Una cosa è la costruzione dell'intervento ANAC come strumento cui lo Stato obbligatoriamente e preventivamente rimandi per l'esercizio del diritto di difesa in giudizio, che sarebbe stata estranea alla delega e di dubbia legittimità costituzionale, altra cosa è la costruzione di siffatto intervento come strumento generale normativamente predisposto, di cui lo Stato incoraggi o favorisca l'utilizzo, lasciando purtuttavia impregiudicata la libertà nell'apprezzamento degli interessati ad adirla.

Meno problemi crea l'ipotesi in cui il parere non sia vincolante, inquadrandosi nella *moral suasion*, qualcosa di più di una consulenza qualificata, 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.

La distinzione dal processo non può implicare una riduzione delle garanzie al di sotto dello *standard* minimo, che è quello della legge sul procedimento amministrativo.

Poiché, però, il parere precontenzioso va reso, per legge, entro 30 giorni dalla richiesta, la disciplina regolamentare tende a ridurre al minimo istruttoria e garanzie di partecipazione, rendendo l'iter molto veloce, ma anche sommario e, forse, superficiale. Rispetto alle versioni precedenti si è passati da un modello con audizione obbligatoria delle parti, dinanzi all'intero Consiglio, al modello odierno, di procedimento scritto, praticamente senza contraddittorio, e in cui fa praticamente tutto l'Ufficio del precontenzioso, mentre il consigliere relatore e il Consiglio di fatto ratificano l'operato dell'ufficio.

L'architettura sin qui delineata soffre di alcune criticità, che dipendono in larga misura dalla costruzione della norma primaria, sicché se ne tratta in vista di una possibile futura modifica della stessa.

La previsione dell'efficacia vincolante su richiesta di parte, unita alla facoltà di fare ricorso giurisdizionale avverso il parere, complica il sistema.

In primo luogo, una volta sancita l'impugnabilità del parere, non sembra più necessario subordinare l'efficacia vincolante al previo consenso delle parti. Nell'ordinamento, quando è previsto il ricorso (facoltativo) ad Autorità indipendenti, l'efficacia vincolante della decisione non è subordinata al previo consenso delle parti (si pensi al ricorso al difensore civico o alla commissione per l'accesso), ma tale soluzione – come si ricorderà tra breve – non è perseguibile *de iure condito*.

In secondo luogo, l'efficacia soggettiva variabile compromette, se non l'effetto di deflazione, la linearità del sistema. Si pensi al caso della stazione appaltante che,

sottoposta all'efficacia vincolante del parere, decida di adeguarsi ad esso. La parte che non è sottoposta alla forza vincolante del parere potrà limitarsi a dedurne l'inefficacia nei suoi confronti, con la conseguenza che – se sfavorevole – non sarà tenuta per tutelarsi a impugnarlo o a partecipare al giudizio da altri instaurato. Tuttavia, resterà pur sempre pregiudicata dal provvedimento adottato sulla base di tale parere, ragion per cui dovrà impugnarlo, ciò dando luogo a un problematico rapporto tra i due giudizi.

In terzo luogo, il parallelismo con l'arbitrato evidenzia un'aporia nella natura consensuale del meccanismo: in ambito civilistico, la struttura contrattuale del compromesso e della clausola compromissoria fa sì che non è revocabile l'assenso; nell'istituto in esame, invece, il carattere unilaterale del vincolo fa pensare alla possibilità di un ripensamento della parte stessa.

In quarto luogo, si pone il problema di individuare la disciplina applicabile al procedimento (termini, rapporti con la tutela giurisdizionale, inammissibilità e improcedibilità, revocazione, etc.) laddove non espressamente prevista.

Alla luce dell'attuale formulazione della norma primaria non pare che la soluzione possa essere quella di disegnare – tramite l'impiego dell'analogia – l'istituto in forme analoghe a quelle del ricorso gerarchico improprio (per esempio, il ricorso al difensore civico in materia di accesso), ossia come rimedio facoltativo, ma sganciato dall'adesione preventiva delle parti interessate. Con riguardo alle lacune della disciplina, la *ratio* dell'istituto induce ad escludere l'estensione di forme tipiche del processo.

Sul punto, dunque, occorre un espresso intervento normativo.

Ciò posto, con riferimento a singole disposizioni si evidenzia quanto segue.

Premesse.

I "visti" vanno integrati con il riferimento all'art. 19 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, che

trasferisce all'ANAC i compiti e le funzioni svolte dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, e all'art. 13 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, istitutivo dell'Autorità, atteso che il fondamento del potere di auto-organizzazione va rintracciato in tali normative.

Art. 1.

Il comma 1 stabilisce che "*Il presente Regolamento disciplina il procedimento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*".

È preferibile la formulazione "*Il presente Regolamento disciplina il procedimento precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*".

Art. 2.

Il comma 1 stabilisce che "*La stazione appaltante, o una o più parti interessate possono rivolgere all'Autorità istanza di parere per la formulazione di una soluzione delle controversie insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*".

La fonte primaria, invece, fa riferimento a "*questioni insorte*", che è nozione più lata e al tempo stesso più precisa, posto che lo scopo del parere precontenzioso è evitare che una "questione" sfoci in una "controversia" in senso proprio. Il parere deve poter essere chiesto anche prima della formale adozione di provvedimenti impugnabili, sempre che non si tratti di richieste di tipo preventivo, poiché deve sussistere un effettivo dissenso tra le parti, come il termine "insorte" lascia intendere. Anche sul piano della strategia lessicale il legislatore ha voluto evitare l'uso di una formula che richiamasse troppo da vicino il *thema decidendum* di un processo, preferendo un'espressione più in linea con la natura di parere dell'atto con cui l'ANAC pronuncia.

Il comma 2 suscita perplessità, vuoi per il richiamo all'istituto della legittimazione ad agire – un altro tentativo di processualizzazione – vuoi per l'individuazione di categorie autorizzate a formulare l'istanza, senza esplicitare la loro posizione nella

procedura. Appare preferibile l'eliminazione della disposizione, lasciando all'interprete il compito di stabilire la legittimazione a promuovere la procedura sulla base delle disposizioni che già regolano l'istituto.

Art. 3.

La disposizione stabilisce:

"*1.Quando l'istanza è presentata singolarmente dalla stazione appaltante o da una parte interessata, il parere reso è da intendersi non vincolante.*

2. La parte istante è tenuta a dare comunicazione della presentazione dell'istanza ai soggetti, pubblici e privati, nei confronti dei quali il parere è destinato a produrre effetti diretti.

3. *Le parti interessate possono manifestare la volontà di attenersi a quanto stabilito nel parere entro il termine di 10 giorni dalla ricezione della comunicazione di avvenuta presentazione dell'istanza*".

Tale previsione correttamente distingue l'iniziativa della procedura dall'adesione al suo atto finale, tuttavia esclude che l'istanza unilaterale possa produrre effetti vincolanti anche qualora l'istante abbia manifestato la volontà di attenersi al parere (in tal senso depone univocamente la presunzione assoluta posta dal comma 1), a meno che non intervenga l'adesione delle altre parti. In altri termini, come anticipato nella relazione illustrativa e confermato dall'articolo successivo, l'efficacia vincolante può esplicarsi solo quando la stazione appaltante ed almeno una delle parti interessate manifestino il loro consenso. Se così è, allora, nell'ipotesi di istanza unilaterale, seguita dall'adesione di altre parti, il consenso può ritenersi formato solo qualora l'istante abbia manifestato la volontà di uniformarsi al parere. Pertanto, il comma 3 dev'essere riformulato come segue: "*Qualora l'istante abbia manifestato la volontà di attenersi a quanto stabilito nel parere, le altre parti possono aderirvi entro il termine di 10 giorni dalla ricezione della comunicazione di avvenuta presentazione dell'istanza. In tal caso il parere reso ha efficacia vincolante*".

Art. 4.

La disposizione stabilisce:

"*1.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.*

2. Le parti sono tenute a dare comunicazione della presentazione dell'istanza ai soggetti, pubblici e privati, nei confronti dei quali il parere è destinato a produrre effetti diretti.".

Coerentemente con l'interpretazione testuale della legge, la previsione regolamentare lascia spazio alle ipotesi di istanza congiunta in cui le parti non esprimono la volontà di attenersi al futuro parere, ovvero in cui solo alcune delle parti istanti dichiarano di volersi vincolare al parere. Inoltre, si prevede che le parti diano comunicazione dell'istanza alle altre parti su cui il parere può produrre effetti. Però, a differenza di quanto previsto nel precedente art. 3, non si stabilisce che le parti destinatarie della comunicazione possano dichiarare la volontà di attenersi al futuro parere.

In alternativa: o si prevede un meccanismo di adesione come nell'art. 3, ovvero si differenzia in modo più netto l'istanza congiunta da quella singola, intendendo per istanza congiunta solo quella proposta da tutte le parti interessate, e in cui tutte le parti manifestano la volontà di aderire al parere dell'Autorità.

Appare preferibile la prima opzione, che esplicita la possibilità che il parere produca effetti vincolanti parziali, ossia nei confronti delle sole parti che vi abbiano acconsentito.

Artt. 3, comma 2 e 4 comma 2.

In entrambe le disposizioni si prevede che l'istanza di parere precontenzioso venga comunicata ai soggetti "*nei confronti dei quali il parere è destinato a produrre effetti diretti*". Tuttavia il parere non produce effetti diretti per i soggetti che non vi aderiscano, per i quali il parere è la mera espressione di un'autorevole opinione sulla corretta soluzione della questione. Ciò che produce effetti diretti per i terzi è il provvedimento amministrativo oggetto della richiesta di parere. Inoltre, l'istanza

dev'essere comunque comunicata a tutti i soggetti potenzialmente interessati, essendo imprescindibile il rispetto del principio del contraddittorio, che anima il procedimento amministrativo, a maggior ragione quando assuma funzione precontenziosa.

Occorre perciò riformulare l'espressione impiegata in dette disposizioni come segue: "*…a dare comunicazione della presentazione dell'istanza a tutti i soggetti interessati alla soluzione della questione oggetto della medesima*", dovendosi intendere nell'ampia dizione di "interessati" anche quelli che nel processo amministrativo sarebbero controinteressati, coerentemente al significato che detto termine ha negli articoli in esame, allorquando si usa l'espressione "*parti interessate*" per designare tutti coloro le cui posizioni giuridiche sono toccate dal parere.

Tale soluzione appare preferibile, oltre che per ragioni di coerenza sistematica, anche sul piano strettamente lessicale: il termine controinteressato assume una diversa valenza secondo che si riferisca al procedimento o al processo, poiché nel primo il controinteressato è colui che , senza essere destinatario dell'atto, può riceverne pregiudizio (cfr. art. 7 della legge n. 241 del 1990) e perciò è legittimato ad impugnare il provvedimento finale, nel secondo il controinteressato è colui che vanta un interesse uguale e contrario a quello del ricorrente, quindi nella posizione di resistere al ricorso.

Impiegare il termine "controinteressato" nel contesto della procedura di precontenzioso, dunque, darebbe adito a dubbi interpretativi.

Art. 3, comma 4 e 4, comma 3.

Gli art. 3, comma 4 e comma 3, concernenti rispettivamente l'istanza singola e quella congiunta, prevedono che "*L'istanza è presentata secondo il modulo allegato al presente Regolamento e trasmessa tramite posta elettronica certificata, unitamente a una memoria e alla documentazione utile.L'istanza contiene una succinta indicazione degli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini della decisione, identifica i vizi dell'atto contestato e illustra il quesito o i quesiti di*

diritto per i quali è richiesto il parere.". Considerato il contenuto analitico dell'istanza, la richiesta anche di una memoria appare un inutile doppione che appesantisce la procedura, tanto più ove si consideri che il parere va esitato entro 30 giorni dalla istanza. Inoltre, il termine "decisione" va sostituito con quello di "parere".

Art. 6.

Alcune cause di inammissibilità e improcedibilità appaiono prive di base legale. In particolare, di dubbia legittimità sono le previsioni di inammissibilità sub a), b), h):

- l'inammissibilità dell'istanza in assenza di "*controversia insorta tra le parti*" non è conforme alla legge, che ritiene sufficiente che sia insorta una questione, e non necessariamente una controversia; occorre perciò sostituire la parola "controversia" con la parola "questione";
- l'inammissibilità dell'istanza quando sia intervenuta la stipula del contratto non è conforme alla legge, secondo cui "*l'ANAC esprime parere relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara*". È chiaro, dunque, che la norma primaria non fissa la stipulazione contrattuale come limite, essendo ben possibile che la questione si ponga dopo tale momento, pur riguardando la fase di gara. Anzi, questa è l'ipotesi più problematica, che oggi si cerca di evitare con il congegno dello *standstill* (il termine dilatorio tra aggiudicazione e stipulazione), ma che ben può verificarsi in una pluralità di situazioni. Ciò che è inammissibile, piuttosto, sono le istanze di parere su questioni concernenti la fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipulazione (e, a maggior ragione, quelle relative alla fase di controllo ed a quella di esecuzione), che pur rientrando nel procedimento di evidenza pubblica, sono estranee alla "procedura di gara", che si conclude con l'aggiudicazione,
- l'inammissibilità per gare di importo inferiore alla soglia di euro 40.000 non è conforme alla legge, che non pone limiti di valore, né per la tutela giurisdizionale, né per quella precontenziosa.

Il comma 3 prevede come ipotesi di improcedibilità quella di "*esistenza o sopravvenienza di un ricorso giurisdizionale avente contenuto analogo, che le parti hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità*". Il riferimento al contenuto "analogo" è piuttosto generico, appare opportuno chiarirlo. L'ipotesi di "esistenza" del ricorso giurisdizionale dà luogo a una causa di inammissibilità e non di improcedibilità.

In questa disposizione si riflette il mancato coordinamento con la tutela giurisdizionale, atteso che, in assenza di un termine per attivare il precontenzioso e della verosimile possibilità che l'ANAC si pronunci dopo la scadenza dei 30 giorni dall'istanza, una parte spesso potrebbe trovarsi a proporre ricorso giurisdizionale in pendenza o posteriormente alla richiesta di parere e non è scontato che debba prevalere la via giurisdizionale.

Non può tacersi, peraltro, che una norma sull'inammissibilità e l'improcedibilità è al limite con il potere regolamentare di organizzazione.

Art. 7.

In precedenti versioni del regolamento era prevista l'audizione su istanza di parte o disposta d'ufficio. L'ultima, in particolare, lasciava alla scelta dell'Autorità se disporre o meno l'audizione, omettendo tutte le regole procedurali relative, contenute in precedenti versioni del regolamento. Lo schema attuale non fa più alcuna menzione dell'audizione, così dimostrando di voler configurare una trattazione esclusivamente scritta del procedimento. Peraltro, la possibilità di audizione disposta dall'Autorità sembrerebbe uno strumento utile, da utilizzare per le controversie di maggior rilievo, e andrebbe, almeno genericamente, prevista, collocandola dopo la scadenza del termine per prestare l'eventuale assenso al parere.

La brevità del termine per concludere il procedimento non costituisce un impedimento assoluto, sol che si abbia l'accortezza di prevedere modalità di convocazione rapide, ad esempio in forma telematica, e un contraddittorio orale semplificato e senza formalità.

Art. 8.

Al comma 2 si prevede la sospensione feriale dei termini di emissione dei pareri dall'1 al 31 agosto di ogni anno. La previsione è priva di base legale, la sospensione feriale riguarda i termini processuali, e non è estendibile, in difetto di previsione legislativa, ai procedimenti amministrativi (quale è quello del parere precontenzioso).

Art. 10.

Il comma 1 stabilisce che "*Il parere, anche se vincolante ai sensi dell'art. 4, può essere reso in forma semplificata nei casi in cui la questione oggetto dell'istanza risulti di pacifica risoluzione, tenuto conto del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento*".

Si tratta del parere in forma semplificata, istituto già previsto nella precedente versione del regolamento, la cui possibilità viene estesa al caso di parere vincolante. Premesso che non è precisato in cosa consista la semplificazione (la procedura o, soltanto, la motivazione), l'estensione alle ipotesi di parere vincolante non convincente pienamente, sul piano dell'analisi costi/benefici e su quello concettuale. Sotto il primo profilo, a fronte del modesto risparmio ottenuto in una procedura già contratta sul piano dei tempi e del contraddittorio, si aumenta il rischio che il parere sia oggetto di impugnativa, vanificando l'effetto deflattivo e veicolando nel processo amministrativo un materiale formatosi in modo sommario.

Sotto il secondo profilo, l'istituto copia la fattispecie di cui all'art. 2, comma 1 della legge n. 241 del 1990, senza però un'analoga cura nella costruzione, determinando una sorta di discriminazione al rovescio, giacché, pur trattandosi di procedimento amministrativo, esso assume una funzione giustiziale, dove maggiore dev'essere il rispetto delle garanzie delle parti.

Qualora si volesse conservare l'istituto, con o senza integrazioni, comunque si dovrebbe ampliare il rinvio all'art. 4, poiché il parere vincolante può aversi anche nel caso previsto dall'art. 3. Pertanto, nell'art. 10, le parole "ai sensi dell'art. 4" andrebbero sostituite con "ai sensi degli articoli 3 e 4".

Art. 11.

La disposizione stabilisce:

"*1. Il riesame è ammesso nei soli casi in cui, relativamente ad una questione controversa già definita con parere di precontenzioso o per la quale sia stata disposta l'archiviazione, vengano dedotte e documentate sopravvenute ragioni di fatto. In quest'ultimo caso si applicano le disposizioni del presente Regolamento per quanto compatibili.*

2. Il parere vincolante è impugnabile in via giurisdizionale ai sensi dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo".

Il comma 1 sembra ammettere il riesame in caso di parere vincolante, nel qual caso potrebbe facilmente verificarsi un'interferenza tra il procedimento di riesame e il processo, attesa l'impugnabilità dei pareri dinanzi al giudice amministrativo.

Le soluzioni astrattamente configurabili sono:

a) inammissibilità del riesame per i pareri vincolanti in ogni caso;

b) ammissibilità del riesame per i pareri vincolanti solo se non sia stato proposto ricorso giurisdizionale avverso lo stesso e sia scaduto il termine per proporlo;

c) ammissibilità del riesame per i pareri vincolanti solo se non sia stato proposto ricorso giurisdizionale né avverso lo stesso né avverso il provvedimento che lo recepisce (da parte di soggetti che non subiscono l'efficacia vincolante) e siano scaduti i termine per proporli (la procedura o, soltanto, la motivazione);

d) ammissibilità del riesame per i pareri vincolanti, anche se già pende ricorso giurisdizionale, a condizione che vi sia istanza congiunta di riesame e le parti si impegnino a non coltivare il ricorso giurisdizionale nelle more della definizione del riesame e a vincolarsi al parere reso in sede di riesame anche ai fini del giudizio pendente;

e) ammissibilità del riesame per i pareri vincolanti solo se tutte le parti abbiano acconsentito a tale efficacia;

f) ammissibilità del riesame per i pareri vincolanti in ogni caso.

Le ipotesi sub b) e c) consentono il riesame di un parere definitivo e non appaiono opportune, essendo sempre possibile il riesame del provvedimento lesivo. Con riferimento alle altre, considerato che la variabilità soggettiva dell'efficacia vincolante genera complicazioni non indifferenti, poiché accanto al riesame o al ricorso giurisdizionale sul parere attivati da una delle parti che la subiscono, è anche ipotizzabile il ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento da una delle parti che non la subisce, appare preferibile escludere il riesame.

Il comma 2 è meramente ripetitivo della norma primaria.

In conclusione l'art. 11 può essere interamente eliminato.

Art. 12.

La precedente versione del regolamento assegnava all'Ufficio del precontenzioso il compito di massimare i pareri. La massimazione dei pareri e la pubblicazione delle massime sul sito dell'ANAC è attività di particolare utilità che contribuisce ad orientare i comportamenti di stazioni appaltanti e operatori e ad agevolare lo stesso lavoro dell'ANAC. Tale attività va pertanto prevista, assicurando adeguata pubblicità non solo ai pareri sul precontenzioso in ordine cronologico, ma prevedendone altresì la massimazione, o quanto meno la reperibilità per voci di classificazione.

Art. 13.

La disposizione stabilisce:

"*1. Gli istanti comunicano all'Autorità, entro 10 giorni dalla ricezione del parere, gli atti adottati al fine di adeguarsi al parere stesso.*

2. Nel caso di mancata comunicazione si applica l'art. 213, co. 13, del decreto legislativo 18 aprile 20160, n. 50 e gli atti sono trasmessi all'Ufficio competente all'applicazione delle sanzioni".

La previsione pone alcuni problemi ermeneutici.

In ordine all'ambito di applicazione oggettivo, essa sembra riferirsi sia al caso di parere non vincolante che a quello di parere vincolante. Ma un obbligo di osservanza del parere sussiste solo per il parere vincolante. Se per "adeguamento" si intende

anche quello spontaneo, che le parti possono fare in caso di parere non vincolante, perché ritengono di accettarne il contenuto, la norma dovrebbe precisarlo, distinguendo le due ipotesi e i relativi adempimenti cui sono tenute le parti. Nell'individuare i doveri di adeguamento cogenti non è corretto riferirsi alle "parti istanti", poiché siffatto dovere sorge, come già osservato più volte, non in relazione alla presentazione dell'istanza in quanto tale, ma in virtù di una manifestazione di volontà *ad hoc*.

In ordine all'ambito di applicazione soggettivo, la previsione riguarda tutti coloro che hanno formulato istanza di parere, dunque anche gli operatori economici: in riferimento a questi ultimi non è chiaro cosa si intenda per "*atti adottati al fine di adeguarsi al parere*". Se la questione oggetto di parere verte su un provvedimento di esclusione e il parere è chiesto dall'operatore escluso, e il parere ritiene legittimo l'atto di esclusione, non vi è un atto da adottare da parte del soggetto escluso, il cui adeguamento si realizza piuttosto facendo acquiescenza al provvedimento di esclusione.

Quanto, poi, alla stazione appaltante, parimenti, non è chiaro quale debba essere l'oggetto della comunicazione e se debba sempre esservi una comunicazione, anche se negativa: se oggetto della richiesta di parere verte su un provvedimento di esclusione, e il provvedimento è ritenuto legittimo dal parere, non vi è un atto da adottare da parte della stazione appaltante, il cui adeguamento si realizza piuttosto portando a termine il procedimento di gara.

In ordine all'attuazione del meccanismo, laddove cioè l'adeguamento al parere richieda effettivamente un'attività, in particolare da parte della stazione appaltante, ad esempio se il parere ritiene illegittimo un provvedimento di esclusione, il termine di dieci giorni può essere eccessivamente breve per esaurire procedimento di riesame. Va altresì considerato che il parere vincolante è impugnabile con ricorso ex art. 120 CPA entro trenta giorni, sicché non può essere imposto un obbligo di

adeguamento e di relativa comunicazione dell'adeguamento entro dieci giorni, mentre è ancora pendente il termine di ricorso giurisdizionale.

Sempre in ordine all'attuazione del meccanismo di adeguamento, il comma 1 non specifica quale sia l'ufficio destinatario della comunicazione, né la forma della comunicazione, né l'utilizzo di apposito modello, il comma 2 non prevede quale sia l'Ufficio che constata l'inadempimento dell'obbligo di comunicazione e trasmette gli atti all'ufficio competente per le sanzioni.

Al di fuori dei casi di parere vincolante in cui vi è un obbligo di adeguamento, fatta salva la possibilità di impugnazione, anche nei casi di parere non vincolante è opportuno acquisire, ma in tempi più elastici, dati sull'adeguamento spontaneo, che acquistano rilevanza per la elaborazione di statistiche e per la verifica di impatto della regolazione, sì che, decorso un congruo lasso temporale, si possa conoscere la percentuale di adeguamento ai pareri e la portata dell'effetto deflattivo del contenzioso giudiziario.

Alla luce di tutte queste considerazioni, si propone la seguente riformulazione:

"1. La stazione appaltante, che abbia manifestato la volontà di attenersi al parere, comunica all'Autorità – Ufficio per il precontenzioso, 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, utilizzando il modello allegato al presente regolamento.

2. Le parti diverse dalla stazione appaltante, che abbiano manifestato la volontà di attenersi al parere, comunicano all'Autorità – Ufficio per il precontenzioso, 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 l'avvenuta acquiescenza al parere, utilizzando il modello allegato al presente regolamento.

3. In ogni caso le parti, anche quando non hanno manifestato la volontà di attenersi al parere, comunicano all'Autorità – Ufficio per il precontenzioso, mediante PEC, entro 60 giorni dalla

ricezione del parere, le proprie determinazioni conseguenti al parere, utilizzando il modello allegato al presente regolamento.

4. 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 per il precontenzioso trasmette gli atti all'Ufficio dell'Autorità competente per l'applicazione delle sanzioni".

In sede di modifica dello schema il Ministero dovrà prestare cura alle emende formali, quali la trasformazione in lettere dell'alfabeto dei numeri espressi in cifre che non indichino articoli o commi di legge e la sostituzione di termini o simboli grafici inappropriati (es. art. 6, comma 3 dove, per designare le tre ipotesi si usa un pallino), ovvero di formule non confacenti all'uso normativo, come codificato nella circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 2 maggio 2001, n. 1/1.1.26/108888/9.92).

P.Q.M.

Esprime parere favorevole con osservazioni.

L'ESTENSORE
Francesco Bellomo

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO
Maria Luisa Salvini