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 16 novembre 2016

NUMERO AFFARE 02020/2016

OGGETTO:
Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC;

richiesta di parere in ordine allo "*schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2, e 213 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*".;

LA COMMISSIONE SPECIALE

vista la nota prot. n. 016008 del 28 ottobre 2016, pervenuta il successivo 31 ottobre 2016, con la quale l'ANAC ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;
visto il decreto del presidente del Consiglio di Stato n. 146 del 3 novembre 2016, che ha istituito una Commissione speciale per l'esame dello schema e l'espressione del parere;
considerato che nell'adunanza del 16 novembre 2016, presenti anche il presidente aggiunto Rosanna De Nictolis, la Commissione speciale ha esaminato gli atti e udito i relatori, presidente Luigi Carbone, consigliere Massimiliano Noccelli e consigliere Stefano Fantini;

Sommario:

1. *Sintesi del contenuto dello schema di regolamento.*

2. Fondamento del potere regolamentare dell'ANAC dopo il nuovo codice dei contratti pubblici.

3. L'ambito applicativo del regolamento: necessità di una disciplina organica della vigilanza.

4. I principî relativi al potere di vigilanza e al relativo procedimento; le novità positive dello schema.

5. Le raccomandazioni vincolanti di cui all'art. 211, comma 2, del codice.

6. La raccomandazione 'vincolante' come autotutela 'doverosa' e i principi generali della l. n. 241 del 1990.

7. I termini procedimentali.

8. Il raccordo del procedimento di vigilanza con altri procedimenti in corso presso l'Autorità o presso le autorità giudiziarie.

9. Condizioni del parere favorevole.

10. I singoli articoli.

1. *Sintesi del contenuto dello schema di regolamento.*

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ha richiesto a questo Consiglio di Stato il parere in ordine allo schema di "*regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211 comma 2 e 213 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*", trasmettendo, unitamente a tale schema, anche una relazione illustrativa.

L'Autorità, nell'evidenziare il carattere di novità che, nell'ambito della vigilanza sui contratti pubblici, ha il potere di raccomandazione, introdotto dal codice dei contratti pubblici (d'ora in avanti: codice o d. lgs. n. 50 del 2016), e il significativo impatto che l'adozione degli atti di raccomandazione può produrre sui contratti

pubblici di appalto e concessione, ha ravvisato infatti l'esigenza di sottoporre lo schema in oggetto all'esame di questo Consiglio di Stato.

Come è accaduto in precedenti occasioni – e, in particolare, con lo schema del nuovo codice dei contratti pubblici, sul quale questo Consiglio di Stato si è espresso con il parere n. 855 del 2016, nonché sugli atti attuativi del codice adottati dall'ANAC – il Presidente del Consiglio di Stato, ricevuta la richiesta di parere, ha disposto con apposito decreto – il n. 146 del 3 novembre 2016 – l'istituzione di una Commissione speciale, composta anche da consiglieri di Stato assegnati alle sezioni giurisdizionali.

Lo schema di regolamento, come già si evince dalla stessa intitolazione, disciplina i procedimenti inerenti all'attività di vigilanza, esercitata dall'ANAC, in attuazione dell'art. 213 del codice, rubricato "*Autorità Nazionale Anticorruzione*" e dell'art. 211, comma 2, dello stesso codice, dedicato – anche se, come meglio si vedrà, solo in parte – ai "*pareri di precontenzioso dell'ANAC*".

Il codice, in attuazione dell'art. 1, comma 1, lett. t), della legge delega (l. n. 11 del 2016), ha rafforzato i poteri dell'Autorità con l'attribuzione, in particolare, di un potere finalizzato all'emissione di raccomandazioni vincolanti nei confronti delle stazioni appaltanti, per l'annullamento in autotutela di atti della procedura di gara illegittimi.

Esse differiscono dalle ordinarie raccomandazioni non vincolanti, che comportano solo conseguenze sanzionatorie, ai sensi dell'art. 213 dello stesso codice, nei confronti delle amministrazioni inadempienti.

Secondo quanto si legge nella relazione illustrativa (p. 1), proprio alla luce di questa nuova configurazione «*di particolare rilevanza*» dei propri poteri, in special modo quello, inedito, di raccomandazione vincolante, l'Autorità, a meno di due anni di distanza dall'emanazione del precedente regolamento del 9 dicembre 2014, ha ravvisato nuovamente l'esigenza di «*provvedere alla sua regolamentazione, in maniera da delimitare i presupposti di esercizio del potere e individuare le procedure su cui intervenire*»,

arricchendo l'ambito del precedente regolamento della disciplina delle raccomandazioni vincolanti.

Dopo l'art. 1, che reca le definizioni dei termini maggiormente usati nel regolamento, l'art. 2 precisa che l'oggetto del regolamento è la disciplina dei procedimenti dell'Autorità concernenti l'esercizio dei poteri di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui agli artt. 211, comma 2, e 213 del codice, sopra menzionati.

L'art. 3 prevede che l'attività di vigilanza, esercitata dai competenti uffici dell'ANAC, si conformi agli indirizzi e agli obiettivi indicati dal Presidente e dal Consiglio della stessa Autorità e, a tal fine, dispone che entro il 31 gennaio di ogni anno il Consiglio approvi, su proposta dell'Ufficio piani di vigilanza e vigilanze speciali, una direttiva programmatica, elaborata anche alla luce delle disfunzioni riscontrate nel mercato dagli uffici nel corso dell'anno precedente.

Il successivo art. 4 distingue tra l'attività di vigilanza avviata d'ufficio, secondo le prescrizioni della citata direttiva programmatica, e quella su segnalazione, proponibile da chiunque vi abbia interesse, incluse le associazioni od organizzazioni rappresentative di interessi collettivi o diffusi.

La disposizione prevede, ai commi 3 e 4, che la segnalazione sia presentata su modulo allegato al regolamento e disponibile sul sito dell'Autorità, corredato da documento di identità o altro identificativo, ma fa salva anche la possibilità di presentare la segnalazione in altra modalità, pur sempre corredata da documento identificativo, che indichi e documentalmente alleghi gli elementi rilevanti.

L'ultimo comma dell'art. 4 prevede che la trattazione della segnalazione, da parte del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*), sia svolta nel rispetto della riservatezza della sua identità, ai sensi di quanto prescritto dall'art. 54-*bis* del d. lgs. n. 165 del 2001 e della determinazione n. 6 del 28 aprile 2016 della stessa ANAC,

recante "*Linee guida in materia di tutela del dipendente che segnala illeciti* (c.d. whistleblower)".

L'art. 5 contempla le diverse tipologie di segnalazioni anonime, decretandone l'archiviazione da parte del dirigente, salve quelle che riguardino fatti di particolare rilevanza o che presentino informazioni adeguatamente circostanziate, da valutare in funzione integrativa delle informazioni già in possesso dell'ufficio nell'esercizio dell'attività di vigilanza.

Le singole ipotesi di archiviazione, ulteriori rispetto a quella della segnalazione anonima dell'art. 5, sono poi disciplinate dall'art. 6 che, nel comma 3, ammette la "*archiviazione tacita*" se l'Autorità non dà comunicazione dell'avvio del procedimento al segnalante nel termine di sessanta giorni previsto dall'art. 11, comma 2, del regolamento.

Al responsabile del procedimento, individuato nel dirigente responsabile dell'ufficio, è dedicato il successivo art. 7, che consente a detto dirigente, esaminate le segnalazioni e attribuito loro l'ordine di priorità, stabilito dall'art. 8, di individuare uno o più funzionari competenti a svolgere l'istruttoria.

L'art. 8 attribuisce prioritario rilievo alle segnalazioni che possono dare luogo alle raccomandazioni vincolanti e a quelle aventi possibile rilevanza penale, con particolare riferimento ai delitti contro la pubblica amministrazione.

Il comma 2 dell'art. 8 sottolinea, comunque, la rilevanza anche delle altre informazioni, pur non prioritarie alla stregua del comma 1, per predisporre la direttiva programmatica, di cui all'art. 3, comma 2, del regolamento, il piano ispettivo dell'Autorità e gli atti, le proposte e la relazione annuale dell'Autorità, di cui all'art. 213, comma 3, lett. c) ed d), del codice.

L'art. 9 ammette la definizione in forma semplificata delle segnalazioni che non pongono dubbî interpretativi, di quelle esitabili con il riferimento anche analogico a

precedenti casi già esaminati dall'Autorità, o di quelle che non sono relative a violazioni di legge che possono dar luogo alle raccomandazioni vincolanti.

In queste ipotesi l'ufficio competente comunica direttamente l'esito dell'istruttoria sia al segnalante sia alla stazione appaltante, con l'invito al rispetto delle disposizioni violate.

L'art. 10 distingue, al comma 1, gli atti conclusivi del procedimento di vigilanza diversi dall'archiviazione, con la *summa divisio* tra gli atti di raccomandazione vincolante, di cui all'art. 211, comma 2, d. lgs. n. 50 del 2016, relativamente agli atti della procedura di gara, e gli atti di raccomandazione di cui all'art. 213, relativamente ad atti illegittimi o irregolari della procedura di gara o dell'esecuzione del contratto.

Il comma 2 dell'art. 10, nel definire le tassative ipotesi di raccomandazione vincolante, individua nove casi di «*gravi violazioni*» individuabili negli atti di gara che possono dar luogo all'emanazione di detto atto.

Alla fase procedimentale e, in particolare, al suo avvio è dedicato l'art. 11, che regolamenta la comunicazione di tale avvio, fissando nel comma 2 per essa, nell'ipotesi di avvio del procedimento a seguito di segnalazione, il termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione stessa.

I commi 3 e 4 dell'art. 11 distinguono ulteriori adempimenti procedimentali, a carico dell'Autorità, laddove il procedimento possa approdare ad una raccomandazione vincolante, con la previsione di una ulteriore comunicazione integrativa, se tale possibilità si profili nel corso del procedimento, e la eventuale richiesta di informazioni utili alla stazione appaltanti.

Di particolare rilievo è la previsione dell'art. 11, comma 5, che introduce una preclusione temporale all'esercizio del potere di raccomandazione vincolante, vietando all'Autorità di avviare il relativo procedimento oltre l'effettivo inizio dell'esecuzione del contratto.

L'art. 12 disciplina la partecipazione all'istruttoria dei soggetti, ai quali è stata data la comunicazione di avvio del procedimento nonché ai soggetti portatori di interessi diretti, concreti e attuali correlati all'oggetto del procedimento e a quelli portatori di interessi diffusi, costituiti in associazioni e comitati, con una limitazione temporale – 30 giorni dalla comunicazione di avvio del procedimento o dalla sua avvenuta conoscenza – per queste due ultime categorie di soggetti.

Il comma 2 dell'art. 12 disciplina, nello specifico, le facoltà dei soggetti ammessi alla partecipazione procedimentale.

Alle richieste di informazioni, chiarimenti e documenti è dedicato il successivo art. 13, con la previsione del contenuto di tali richieste, dei termini per evaderle e delle eventuali sanzioni, ai sensi dell'art. 213, comma 13, del codice, sia in caso di rifiuto, omissione o ritardo, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni od esibire i documenti richiesti sia in caso di informazioni e documenti forniti non veritieri.

L'art. 14 ammette che il dirigente o il funzionario responsabile del procedimento convochi in audizione i soggetti interessati, anche su loro richiesta effettuata entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione di risultanze istruttorie (CRI) prevista dall'art. 16 dello schema di regolamento.

Il comma 3 dell'art. 14 consente ai soggetti convocati per l'audizione di comparire in persona del proprio legale rappresentante, laddove si tratti di enti, oppure di un procuratore speciale munito di documentazione giustificativa del proprio potere e ammette la possibilità che questi siano assistiti da consulenti di propria fiducia.

Secondo la previsione del comma 4 l'audizione, in ipotesi di procedimenti finalizzati all'emissione di raccomandazioni vincolanti o anche non vincolanti, ma di maggiore rilevanza, può essere richiesta anche avanti al Consiglio e ammessa dal Presidente.

L'art. 15 ammette anche lo strumento delle ispezioni, rimettendone le modalità ad un successivo provvedimento dell'Autorità.

Il «*mandato ispettivo*», secondo quanto prevede il comma 2, è disposto con provvedimento del Presidente, che indica la composizione del «*team*» ispettivo, l'eventuale collaborazione della Guardia di Finanza o altri organi dello Stato, l'ambito oggettivo e soggettivo dell'accertamento e le eventuali sanzioni in cui incorrono i soggetti vigilati ai sensi dell'art. 213, comma 13, del codice.

L'ispezione si conclude con la redazione, da parte dell'ispettore, di una relazione, che raccoglie le risultanze degli accertamenti ispettivi e viene trasmessa all'ufficio richiedente per i successivi adempimenti.

L'art. 16 introduce e prevede, all'esito dell'istruttoria, la comunicazione di risultanze istruttorie (CRI, per brevità), da emettersi entro 150 giorni dalla comunicazione di avvio del procedimento, salve eventuali proroghe per particolari esigenze istruttorie, non superiori a 90 giorni.

La CRI deve sempre specificare se essa preluda ad una raccomandazione vincolante o non vincolante ed è sempre sottoposta alla preventiva approvazione del Consiglio nella prima ipotesi.

Nella seconda, invece, viene sottoposta all'approvazione del Consiglio, come prevede il comma 3, solo nei casi di istruttorie particolarmente complesse o di peculiare rilevanza economica e sociale, anche in rapporto al valore del contratto e al numero di operatori potenzialmente coinvolti nel mercato di riferimento.

Il comma 4 dell'art. 16 prevede la trasmissione della CRI alla stazione appaltante, alle imprese e agli enti coinvolti, assegnando un termine, non inferiore a 10 giorni, entro cui presentare memorie.

La stazione appaltante, secondo il comma 5, è posta di fronte all'alternativa di formulare le proprie controdeduzioni o di conformarsi alle indicazioni contenute nella CRI.

L'art. 17 disciplina le ipotesi di sospensione dei termini procedimentali per complesse attività istruttorie, tra le quali le ispezioni e le acquisizioni di pareri da

parte di altri uffici dell'Autorità o di altre amministrazioni, nazionali ed estere, e prevede la comunicazione della sospensione alle parti interessate.

Alla conclusione della fase istruttoria è dedicato l'art. 18, secondo cui, entro 60 giorni dalla data di ricevimento del riscontro della CRI o dalla data di scadenza del termine assegnato ai soggetti interessati per presentare le memorie, il responsabile del procedimento sottopone al Consiglio per l'approvazione una proposta di delibera finalizzata all'emissione di un atto di raccomandazione vincolante o non vincolante.

All'esito della fase istruttoria il dirigente può anche sottoporre al Consiglio anche la nota dirigenziale, ove dagli esiti istruttori emergano i casi di cui all'art. 9, comma 1, lett. a) e b), di definizione in forma semplificata, o la comunicazione con la quale si prende atto che la stazione appaltante ha manifestato la volontà di conformarsi alle indicazioni contenute nella CRI.

Il Consiglio, come prevede il comma 3 dell'art. 17, prende atto degli atti dirigenziali e ne autorizza l'adozione.

L'art. 19, dedicato alla comunicazione della raccomandazione vincolante e alla verifica della sua esecuzione, prevede che l'Autorità comunichi ai soggetti partecipanti al procedimento l'atto di raccomandazione vincolante e inviti la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere gli eventuali effetti degli atti illegittimi entro 60 giorni dalla ricezione dell'atto.

La stazione appaltante comunica all'Autorità le sue determinazioni in ordine alla raccomandazione vincolante e gli atti eventualmente adottati entro 15 giorni dalla loro adozione.

In caso di mancato riscontro il dirigente responsabile informa il competente ufficio dell'Autorità per l'avvio del procedimento sanzionatorio ai sensi dell'art. 213, comma 13, del codice sul piano reputazionale.

Sempre in ipotesi di mancato adeguamento, come prevede il comma 4 dell'art. 19, il responsabile del procedimento, con apposita relazione istruttoria, trasmette gli atti

al competente ufficio dell'ANAC per l'avvio del procedimento sanzionatorio, ai sensi dell'art. 211, comma 2, del codice nei confronti del «*dirigente responsabile*».

Di particolare rilievo è anche la previsione del comma 5, secondo cui la stazione appaltante può avanzare istanza di riesame all'atto di raccomandazione entro 20 giorni dalla sua ricezione, consentendo al Consiglio, valutata la sussistenza di elementi di fatto non conosciuti in sede istruttoria, di disporne la modifica.

Alla comunicazione dell'atto di raccomandazione c.d. semplice (o non vincolante) è dedicato il successivo art. 20, a norma del quale l'Autorità, mediante tale atto, può invitare la stazione appaltante a rimuovere le illegittimità e le irregolarità degli atti della procedura di gara ovvero quelle relative alla fase esecutiva del contratto.

La stazione appaltante è obbligata a comunicare all'Autorità il proprio riscontro entro il termine assegnato, compreso tra 10 e 45 giorni dal ricevimento della delibera. Del mancato riscontro, anche in questo caso, il dirigente responsabile del procedimento informa il competente ufficio dell'Autorità per l'avvio del procedimento sanzionatorio di cui all'art. 213, comma 13, del codice.

L'esercizio della vigilanza sui casi di somma urgenza e di protezione civile di cui all'art. 163 del codice, ai fini dell'art. 213, comma 3, lett. g), dello stesso codice, è disciplinato dall'art. 21, che fa obbligo alla stazione appaltante di trasmettere, contestualmente alla pubblicazione degli atti relativi agli affidamenti o comunque entro un congruo termine non superiore a 30 giorni, una serie di atti – compreso l'eventuale contratto – ai fini della necessaria vigilanza.

Ove emergano «*criticità*» dall'esame di tali atti, come prevede il comma 2, l'ANAC procede allo svolgimento della vigilanza secondo le previsioni già menzionate del regolamento.

Tale attività di vigilanza è esclusa laddove l'ANAC stessa abbia rilasciato i pareri preventivi circa la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 163 del codice per le procedure di somma urgenza e di protezione civile.

L'art. 22 del regolamento, privilegiando l'utilizzo delle comunicazioni telematiche, stabilisce che, di norma, il responsabile del procedimento effettui le comunicazioni tramite posta elettronica certificata ai sensi della vigente normativa.

Le disposizioni transitorie sono dettate dal successivo art. 24, secondo cui il regolamento si applica anche alle segnalazioni, già pervenute all'Autorità, per le quali non sia stata ancora avviata la fase istruttoria alla data di entrata in vigore.

Il comma 2 dell'art. 23 stabilisce che, nel caso di raccomandazione vincolante, il regolamento si applichi, ai sensi dell'art. 1 della l. n. 689 del 1981, solo ai casi in cui gli atti di gara oggetto di istruttoria siano successivi all'entrata in vigore del d. lgs. n. 50 del 2016.

Infine l'art. 24 prevede che il regolamento sostituisca quello precedente, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 300 del 29 dicembre 2014, ed entri in vigore il giorno successivo a quello della pubblicazione nella stessa Gazzetta Ufficiale.

2. *Fondamento del potere regolamentare dell'ANAC dopo il nuovo codice dei contratti pubblici.*

Il fondamento del potere regolamentare esercitato dall'ANAC in questa materia è stato già riconosciuto dal Consiglio di Stato nel parere n. 1920 del 14 settembre 2016, con riferimento allo schema di regolamento ANAC per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del codice (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 245 del 19 ottobre 2016).

La Commissione speciale richiama le considerazioni ivi svolte e, in particolare, quella secondo cui alle Autorità indipendenti in generale, e a quelle di regolazione nello specifico, il potere regolamentare spetta quale corollario delle attribuzioni loro riconosciute dalla legge, potere strettamente connesso all'elemento di indipendenza

che le connota e che consente loro di esercitare direttamente i compiti di regolazione e controllo dei settori alla cui salvaguardia sono preposte.

Il citato parere n. 1920 del 2016 ha anzi raccomandato, evidenziandone la necessità, 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*».

3. *L'ambito applicativo del regolamento: necessità di una disciplina organica della vigilanza*.

3.1. La questione dell'ambito applicativo del regolamento pare risolta esplicitamente dall'art. 24 dello schema, che è rubricato "*entrata in vigore*" e che dovrebbe essere più opportunamente rubricato "*Entrata in vigore e abrogazioni*" (v., sul punto, § 10, *sub* art. 24).

L'art. 24, infatti, contiene l'espressa, integrale abrogazione del precedente regolamento adottato dall'ANAC il 9 dicembre 2014 in attuazione dell'art. 8, comma 3, del d. lgs. n. 163 del 2006, che si applicava ai procedimenti dell'Autorità avviati nell'esercizio dei poteri di vigilanza di cui all'art. 6 dello stesso d. lgs. n. 163 del 2006 e delle disposizioni al tempo vigenti.

Sul piano del criterio cronologico della successione tra le fonti, considerando che il nuovo regolamento abroga interamente il precedente, il suo ambito di applicazione non può che coincidere con quello delineato dall'abrogato art. 8, comma 3, del d. lgs. n. 163 del 2006 e dal regolamento del 2014 che l'attuava e, cioè, l'intera disciplina dell'esercizio della funzione di vigilanza.

3.2. Sul piano, poi, del criterio gerarchico del rapporto tra le fonti, come si è visto (§ 1), il nuovo regolamento intende attuare le disposizioni degli artt. 211, comma 2, e 213 del codice.

Nello schema in esame viene disciplinata sia la vigilanza in senso ampio (art. 213) sia quella che sfocia nell'esercizio del potere di raccomandazione vincolante (all'art. 211, comma 2), che per la sua novità e specialità nel sistema pone una serie di questioni specifiche sia a livello legislativo (v. § 5) che regolamentare (v. § 6), che saranno di seguito esaminate nel dettaglio.

La scelta dell'ANAC, intesa a disciplinare in un unico regolamento e secondo un unico procedimento – salve le opportune modulazioni – entrambe le fattispecie (la vigilanza generale dell'art. 213 e quella, "speciale", dell'art. 211, comma 2, del codice), appare condivisibile per un duplice ordine di ragioni.

Da un lato, infatti, gli elementi di conoscenza delle violazioni che giustificano l'esercizio del potere di raccomandazione vincolante vengono ordinariamente acquisiti attraverso la vigilanza, e quindi anche in un procedimento di vigilanza avviato per violazioni inizialmente segnalate o ritenute come non gravi, salvo l'obbligo dell'ANAC – laddove emergano suddetti elementi – di integrare la comunicazione di avvio del procedimento con l'avviso di tale possibilità (art. 11, comma 3, del regolamento).

Se è vero poi che, ai sensi dell'art. 211, comma 2, del codice, il potere di raccomandazione vincolante può originarsi, genericamente, «*nell'esercizio delle proprie funzioni*» da parte dell'ANAC – e, dunque, anche nell'esercizio di funzioni diverse da quelle di vigilanza, non escluse quelle di precontenzioso di cui al comma 1 (come si preciserà meglio infra, § 8.2) – rimane tuttavia il dato fondamentale che il potere di raccomandazione vincolante, anche se occasionato o sollecitato dall'esercizio di altre funzioni, è espressione della vigilanza esercitata dall'ANAC sui contratti pubblici e, correttamente, l'esercizio del relativo potere viene procedimentalizzato nell'ambito della vigilanza, quale sua propria *sedes materiae*.

E, invero, sul piano sistematico-ricostruttivo, la c.d. raccomandazione vincolante è ascrivibile al *genus* della vigilanza quale *species* di "vigilanza dinamica".

3.3. Se appare condivisibile la scelta di una disciplina regolamentare che attui in via unitaria gli artt. 211, comma 2, e 213 del codice, occorre rilevare, tuttavia, che la vigilanza disciplinata dallo schema non abbraccia tutti gli ambiti della vigilanza previsti dall'art. 213, comma 3, dello stesso codice, in particolare alle lett. a), b), f) g), h).

Lo schema in esame, infatti, sembra fare riferimento alla vigilanza in senso lato enunciata nell'art. 213, comma 3, lett. a), del codice, e alla "*vigilanza-controllo*", sui contratti di somma urgenza ai sensi dell'art. 163, prevista dall'art. 213, comma 3, lett. g), del codice.

Esso, invece, non fa invece menzione:

1) della vigilanza della lett. b) del citato comma 3 dell'art. 213 (ossia la vigilanza sull'economicità dell'esecuzione dei contratti);

2) di quella sul sistema di qualificazione (lett. f) del comma 3 dell'art. 213);

3) della vigilanza collaborativa di cui all'art. 213, comma 3, lett. h), che prima era espressamente disciplinata dall'art. 4 del regolamento del 9 dicembre 2014.

In particolare, la mancata previsione della vigilanza collaborativa – attuata mediante la stipula di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti richiedenti e finalizzata a supportarle nella predisposizione degli atti e nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara – costituisce una lacuna particolarmente evidente, anche in considerazione del fatto che il suo efficace esercizio a monte, su base consensuale e in funzione «*anche preventiva*» (così, espressamente, l'art. 4 del regolamento del 9 dicembre 2014), consentirebbe all'ANAC di ridurre l'intervento della vigilanza, a valle, sulla validità degli atti di gara.

A meno che non sia intenzione dell'ANAC disciplinare queste tre specifiche ipotesi di vigilanza con un diverso regolamento – ciò che sembra escluso, peraltro, dalla volontà di abrogare espressamente tutto il precedente regolamento e di coprirne,

quindi, l'intero ambito applicativo con il presente schema – è necessario inserirne la disciplina nel presente schema, non senza segnalare, comunque, al Governo l'opportunità, in sede di correttivo, di integrare in modo organico la disciplina della vigilanza in seno all'art. 213 del d. lgs. n. 50 del 2016.
Inoltre, i diversi ambiti del potere di vigilanza, ai quali corrispondono diverse attività, andrebbero contemplati sin dall'atto di pianificazione annuale di cui all'art. 3.

3.4. Quanto agli effetti tipici della vigilanza, lo schema fa riferimento solo a due possibili tipologie e, cioè, all'emanazione di una raccomandazione vincolante o di una raccomandazione semplice, la prima inerente a gravi e tassative violazioni della sola fase di gara (come prescrive l'art. 211, comma 2, del codice), la seconda inerente, invece, alle violazioni, anche non gravi, sia della fase di gara sia della fase di esecuzione del contratto (art. 10, comma 1, dello schema).
Nel codice, tuttavia, l'attività di vigilanza è strumentale all'esercizio di una serie di poteri tipizzati dell'ANAC che non si esauriscono nel potere di raccomandazione: si tratta, in particolare, dei poteri-doveri menzionati nell'art. 213, comma 3, lett. c), d), e), e nell'art. 213, comma 6, del codice.
In particolare, l'ANAC ha una serie di poteri-doveri di segnalazione, proposta e relazione nei confronti di Governo e Parlamento (art. 213, comma 3, lett. c), d), e), nonché il potere-dovere di segnalazione-denuncia degli illeciti agli organi di controllo delle stazioni appaltanti, alla Corte dei conti, alla Procura della Repubblica (art. 213, comma 6).
Occorre, pertanto, che il regolamento disciplini compiutamente l'attività di segnalazione, proposta e denuncia (ivi compresi i necessari raccordi con il Consiglio o gli altri uffici competenti per la loro adozione) per i casi in cui con la vigilanza si acquisiscano elementi di conoscenza che consentano/onerino l'ANAC di attivare i suoi poteri-doveri di segnalazione, proposta e denuncia.

Sotto tale profilo, appare insufficiente quanto previsto solo nell'art. 8, comma 2, dello schema, a proposito delle segnalazioni non prioritarie e utilizzabili per i fini delle lett. c) ed e) del codice.
A tale scopo, infatti, rilevano non solo le segnalazioni non prioritarie, ma anche, e a fortiori, quelle prioritarie, nonché gli elementi di conoscenza acquisiti d'ufficio nel corso dell'attività ispettiva.

3.5 Alla stregua di quanto esposto, assume valore condizionante ai fini del parere favorevole (v., comunque, § 9, *sub* lett. a), l'invito all'ANAC a completare la disciplina della vigilanza coerentemente con quella delle relative abrogazioni e a prevedere, nel regolamento, tutte le forme di vigilanza e tutte le ipotesi di atti scaturenti dall'esercizio della vigilanza in ciascuna di tali forme, previste dall'art. 213 del codice, anche al fine di costruirne una disciplina organica e compiuta, in raccordo peraltro con gli altri uffici dell'Autorità e con gli altri organi di controllo sui contratti pubblici, oltre che, come stabilisce la legge, con il Governo e con il Parlamento.

4. *I principî relativi al potere di vigilanza e al relativo procedimento; le novità positive dello schema*.
Nella previgente disciplina di cui all'art. 8 del codice, oltre a essere espressamente previsto il potere regolamentare dell'ANAC in materia di vigilanza, ne erano fissati i principî direttivi, stabilendosi che il regolamento dell'Autorità, nella disciplina dell'esercizio della funzione di vigilanza prevedesse:
«*a) il termine congruo entro cui i destinatari di una richiesta dell'Autorità devono inviare i dati richiesti;*
b) la possibilità che l'Autorità invii propri funzionari nella sede di amministrazioni e soggetti aggiudicatori, e operatori economici, al fine di acquisire dati, notizie, documenti, chiarimenti;

c) la possibilità che l'Autorità convochi, con preavviso e indicazione specifica dell'oggetto, i rappresentanti di amministrazioni e soggetti aggiudicatori, operatori economici, SOA, o altri soggetti che ritenga necessario o opportuno sentire;

d) le modalità di svolgimento dell'istruttoria nel rispetto dei principi di cui alla l. n. 241/1990;

e) le forme di comunicazione degli atti, idonee a garantire la data certa della piena conoscenza».

Il nuovo codice degli appalti pubblici, oltre a non prevedere espressamente il potere regolamentare dell'ANAC in tale ambito (che tuttavia discende dal principio di autonomia organizzativa, come si è detto, *retro*, al § 2), non ha neppure fissato i principî relativi alla vigilanza.

La Commissione speciale raccomanda al Governo di colmare questa lacuna della normativa primaria con un adeguato intervento correttivo, per prevenire incertezze e carenze di garanzie nei procedimenti di vigilanza.

Tale lacuna, peraltro, riverbera i propri effetti anche sulla normativa secondaria, che non offre un quadro certo dei principî relativi alla vigilanza.

È comunque da ritenere che il procedimento di vigilanza debba essere disciplinato, anche in assenza di puntuali criteri direttivi nel codice, nel rispetto dei principî desumibili dalla l. n. 241 del 1990, per quanto concerne forme e garanzie del procedimento, e a quelli desumibili dalla l. n. 689 del 1981, per quanto concerne le sanzioni amministrative.

Difatti, alla carenza di criteri specifici supplisce, almeno in parte, la generale previsione dell'art. 30, comma 8, del codice, secondo cui «*per quanto non espressamente previsto nel presente Codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241*», dovendosi ricomprendere tra le altre attività amministrative, menzionate dalla disposizione, anche i procedimenti di vigilanza sui contratti pubblici.

Ma tale previsione, di indubbia valenza sistematica, non è da sola sufficiente a risolvere tutte le complesse questioni poste dal procedimento di vigilanza e dai suoi effetti nei confronti dei terzi, specialmente per quanto attiene, come si dirà, alle raccomandazioni vincolanti.

4.2. Lo schema di regolamento si segnala per il condivisibile, e necessario, sforzo di ricondurre il procedimento di vigilanza alle regole e alle garanzie della l. n. 241 del 1990, dettando in molte parti, e per molti aspetti del procedimento, una disciplina tesa ad assicurare garanzie minime alle parti, favorendo l'apporto partecipativo e il contraddittorio procedimentale.

Tra le previsioni più apprezzabili rilevano, nello specifico:

a) la distinzione, chiaramente delineata, tra raccomandazioni vincolanti (art. 19) e "semplici" (art. 20), con la previsione di un garanzie procedimentali più ampie nella prima ipotesi;

b) la definizione di un modello procedimentale unico per tutte le tipologie di raccomandazioni scaturenti all'esito della vigilanza, modello che, tuttavia, conosce opportune modulazioni e distinzioni (v., ad esempio, art. 11, comma 3, art. 16, commi 2 e 5) a seconda del provvedimento – vincolante o meno – che lo concluderà;

c) una maggiore trasparenza ed efficienza nella gestione delle segnalazioni, secondo un ordine di priorità chiaro, per quanto derogabile (art. 8), e un sistema di archiviazione teso a definire, anche mediante una forma di silenzio assimilabile all'istituto del silenzio significativo (art. 6, comma 3), le segnalazioni manifestamente infondate;

d) l'autolimite imposto dall'ANAC all'esercizio del proprio potere di raccomandazione vincolante solo per gravi violazioni negli atti della procedura di gara, tassativamente elencate nell'art. 10, comma 2;

e) la possibilità di presentare la segnalazione da parte di chiunque ne abbia interesse, ivi incluse associazioni od organizzazioni rappresentative di interessi collettivi e diffusi (art. 4, comma 2), con una previsione che, pur ricalcando quella dell'art. 3, comma 1, del regolamento del 9 dicembre 2014 (la quale, però, richiedeva opportunamente una istanza «*motivata*»), attua il principio, affermato dal *Considerando* n. 122 della Direttiva n. 2014/24/UE, secondo cui i cittadini, aventi un interesse legittimo, in quanto contribuenti, a un corretto svolgimento delle procedure di appalto, «*dovrebbero avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla Direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione avanti a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente Direttiva all'autorità o alla struttura competente*» e, tra tali autorità, agli organi di vigilanza settoriali, qual è appunto, per definizione, l'ANAC;

f) un maggiore apporto conoscitivo e partecipativo dei soggetti interessati e/o coinvolti dall'esercizio della vigilanza (art. 12), compresi, per quanto attiene alla disciplina del loro intervento, i soggetti portatori di interessi diffusi e collettivi, ma entro un ragionevole limite temporale, per questi ultimi, di 30 giorni dalla comunicazione di avvio del procedimento o dalla conoscenza dello stesso;

g) la possibilità di audizione anche avanti al Consiglio per i soggetti coinvolti nel procedimento, che all'uopo devono specificare, nella richiesta di audizione, l'oggetto dell'esposizione orale e le ragioni per le quali essa si rende necessaria (art. 14, comma 4);

h) il maggior rigore nella scansione del procedimento, che culmina e trova uno snodo decisivo, come si è visto (§ 1), nella "*comunicazione di risultanze istruttorie*" (CRI) di cui all'art. 16, alla quale segue un contraddittorio procedimentale conclusivo che prelude, poi, alla decisione del Consiglio;

i) l'opportuno coordinamento tra l'attività di consultazione preventiva e quella successiva di vigilanza in ordine alla corretta applicazione della disciplina derogatoria

prevista per i casi di somma urgenza e di protezione civile di cui all'art. 163 del codice (art. 21, comma 3);

l) la valorizzazione dello strumento informatico nelle comunicazioni e nella produzione dei documenti attraverso la posta elettronica certificata (nella genesi, nella dinamica e nella conclusione del procedimento), con la generale previsione delle comunicazioni effettuate, di norma, tramite la posta elettronica certificata ai sensi della normativa vigente (art. 22) e in attuazione del più generale principio dell'uso della telematica, sancito dall'art. 3-*bis* della l. n. 241 del 1990.

4.3. Accanto a tali aspetti positivi ve ne sono tuttavia anche alcuni problematici, sia relativi al procedimento di vigilanza nel suo complesso che alla specifica figura delle raccomandazioni vincolanti, di cui si tratterà specificamente infra, nei §§ 5 e 6.

Qui si segnalano i profili critici di carattere generale, riguardanti tutti i procedimenti di vigilanza, mentre si faranno ulteriori specificazioni in sede di esame dei singoli articoli.

Essi sono:

a) la non chiara definizione di alcune ipotesi di archiviazione (art. 6), formulate in modo eccessivamente ampio o poco preciso, come ad esempio quelle relative all'esistenza o alla sopravvenienza di altri procedimenti sanzionatori o di precontenzioso già in corso di istruttoria presso l'Autorità, aventi il medesimo oggetto (art. 6, lett. f), di cui meglio si dirà nel § 8, oppure alle questioni di carattere prevalentemente personale del segnalante (art. 6, lett. h), che saranno trattate nel § 10, *sub* art. 6 dello schema qui in esame;

b) l'insufficiente coordinamento della disciplina della vigilanza con la disciplina regolamentare dei procedimenti del precontenzioso, di cui all'art. 211, comma 1, del codice, e di quelli sanzionatori (v. § 8);

c) l'esigenza di un migliore raccordo della disciplina della vigilanza, come meglio si dirà nel § 8, con l'esistenza o la sopravvenienza di pendenze giudiziali, che non necessariamente devono essere amministrative e/o civili, ma ben potrebbero essere anche penali e contabili (v. art. 6, lett. f), che si riferisce solo ai «*ricorsi giurisdizionali*»), considerando che, peraltro, le segnalazioni di fatti penalmente rilevanti hanno la priorità nell'ordine di esame in sede di vigilanza ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. b);
d) la necessità di definire meglio la disciplina della «*definizione in forma semplificata*» (art. 9) che, oltre ad ipotesi non sufficientemente determinate od appropriate (come, ad esempio, quella relativa al procedimento analogico), non prevede sufficienti garanzie procedimentali per il destinatario del provvedimento, nei confronti del quale non è prevista alcuna comunicazione di avvio del procedimento né alcuna interlocuzione procedimentale, per quanto anch'essa semplificata (v., *infra*, § 10, *sub* art. 9), soprattutto ove si ritenga che lo schema di regolamento, come pare desumersi dall'art. 18, comma 2, lett. a), abbia inteso consentire l'utilizzo di tale strumento, efficace per la sua rapidità, per le raccomandazioni vincolanti nelle ipotesi di cui all'art. 9, comma 1, lett. a) e b);
e) la mancata indicazione delle modalità di svolgimento dell'attività ispettiva, affidata dall'art. 15 ad un mandato ispettivo del Presidente e a non meglio precisate «*modalità indicate con provvedimento dell'Autorità*», con una disposizione la cui indeterminatezza, frutto anche delle lacune già sopra evidenziate nella fonte primaria dell'art. 213 del codice, rischia di vulnerare non solo le garanzie procedimentali, ma anche posizioni soggettive sostanziali (v. infra § 10, sub art. 15);
f) l'allungamento dei complessivi tempi procedimentali, non giustificato dalla complessità degli accertamenti richiesti all'Autorità e culminanti nella CRI ed aggravato, oltre che dalla previsione di una ulteriore proroga non superiore a 90 giorni (art. 16, comma 1), da una disciplina della sospensione dei tempi

procedimentali *sine die* e per ragioni eccessivamente ampie (art. 17) e, dunque, non compatibile con i principî generali del procedimento amministrativo (v. infra § 7);
Si segnala all'Autorità l'opportunità di intervenire su tali aspetti di carattere generale, riguardanti senza distinzione tutti i procedimenti di vigilanza, per eliminare le incertezze e le lacune segnalate ed elevare il livello delle garanzie procedimentali in conformità alla l. n. 241 del 1990.

5. *Le raccomandazioni vincolanti di cui all'art. 211, comma 2, del codice.*

5.1. L'art. 211, comma 2, del codice prevede che «*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 a rimuovere altresì gli eventuali effetti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni*», aggiungendo che «*il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato*» comporta una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di € 250,00 a un massimo di € 25.000,00, a carico del dirigente responsabile ed incide sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti di cui all'art. 38 dello stesso d. lgs. n. 50 del 2016.
Il codice stabilisce infine la impugnabilità della raccomandazione vincolante, ai sensi dell'art. 120 c.p.a, avanti ai competenti organi della giustizia amministrativa.

5.2. Quello delle raccomandazioni vincolanti è un istituto nuovo, di difficile inquadramento nel nostro sistema.
Questo Consiglio di Stato, nel parere n. 855 del 2016, ha già espresso motivate riserve sull'introduzione del nuovo istituto, segnalandone la natura di «*annullamento mascherato*», non facilmente compatibile con il riparto delle competenze riconosciute alle singole amministrazioni e con il sistema delle autonomie, e ne ha evidenziato in

particolare l'anomalia della portata effettuale, sul piano della ragionevolezza e della presunzione di legittimità degli atti amministrativi sino a loro annullamento, in quanto la sanzione amministrativa, prevista dall'art. 211, comma 2, del codice colpisce il rifiuto di autotutela e, cioè, un provvedimento di cui deve presumersi la legittimità, sino a prova contraria, quasi a prefigurare una inedita «*responsabilità da atto legittimo*».

Nel medesimo parere la Commissione speciale ha raccomandato al legislatore una formulazione della disposizione in chiave di vigilanza collaborativa – pure prevista, in via generale, dall'art. 213 del codice – non dissimile da quella prevista dall'art. 21-*bis* della l. n. 287 del 1990 per l'Antitrust, compatibile con i principî fissati dalla Costituzione e con i limiti della legge delega, che nella lettera t) parla di «*controllo*» al fine di giustificare il potere dell'ANAC, usando una nozione coincidente con la qualificazione adoperata dal giudice delle leggi con riguardo alla legittimazione conferita dall'art. 21-*bis* all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20).

Il legislatore ha tuttavia mantenuto la previsione originaria, che conferisce all'ANAC il potere di incidere, con efficacia vincolante, sulla legittimità degli atti di gara, secondo una nozione dinamica della vigilanza che, come ricorda la relazione illustrativa dell'ANAC (p. 1), sfocia in un provvedimento incidente sull'assetto degli interessi, che «*è stato interpretato quale atto di amministrazione attiva, ovvero diretto a soddisfare un interesse della pubblica amministrazione*».

5.3. Questa Commissione deve ribadire le criticità già evidenziate nel precedente parere ed evidenziarne di ulteriori che emergono dalla concreta attuazione dell'istituto.

5.3.1. In primo luogo, la legge delega – l. n. 11 del 2016 – al comma 1, lett. t), ha previsto l'attribuzione all'ANAC «*di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di*

sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio».

La lett. t) viene evidentemente considerata la base fondante del potere di raccomandazione vincolante.

Si può tuttavia dubitare che la legge delega, pur nella sua generica formulazione, abbia concepito il potere di "raccomandazione" come una forma, anche indiretta, di annullamento d'ufficio ed abbia consentito, quindi, di introdurre una nuova fattispecie di autotutela doverosa, dai connotati peculiari, come meglio si dirà nel § 6.

Al riguardo, infatti, non si può trascurare il principio generale che vige in materia di annullamento d'ufficio e, cioè, che il relativo potere, come prevede l'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990, può essere esercitato solo «*dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge*», mentre la legge delega non contiene alcuna espressa attribuzione all'ANAC di un sostanziale potere di annullamento, seppure nella forma della "raccomandazione vincolante".

5.3.2. In secondo luogo, suscita perplessità la stessa collocazione del potere di raccomandazione vincolante nell'ambito di un articolo – il 211 – rubricato «*pareri di precontenzioso*», perché il nuovo istituto delle raccomandazioni vincolanti di cui al comma 2 è differente, per finalità, presupposti ed effetti, dal parere di precontenzioso di cui al comma 1. Lo stesso rapporto tra i due istituti, nell'applicazione pratica, genera problemi di coordinamento (come si vedrà, *infra*, § 8.2).

5.3.3. In terzo luogo, la raccomandazione vincolante si inserisce in una fattispecie complessa, a formazione progressiva, che culmina nell'esercizio di un'autotutela doverosa, che deve tuttavia essere ricondotta al paradigma generale dell'art. 21-

nonies della l. 241 del 1990 se si vuole preservarne, al di là delle criticità di fondo sopra evidenziate, la coerenza con l'ordinamento nel suo complesso.
Il legislatore delegato, nell'assenza di una disposizione di delega inequivocabilmente attributiva all'ANAC, sul piano sostanziale, del potere di annullamento d'ufficio, ha attuato solo in parte il suo disegno innovatore, facendo della "raccomandazione vincolante" – quasi un ossimoro – il motore della revisione, ma mantenendone in capo alle singole stazioni appaltanti il veicolo formale, attraverso l'emanazione dell'atto conclusivo di tale inedita sequenza procedimentale.

5.4. Al di là delle difficoltà sistematiche prima evidenziate e di quelle applicative di cui si dirà, debbono ribadirsi in questa sede alcune perplessità 'strutturali' sull'istituto, in termini giuridici ma anche in termini di efficacia pratica, che si rimettono nuovamente alla valutazione del Governo in vista di eventuali decreti correttivi, con particolare riferimento:
a) alle perplessità derivanti dalla creazione di una responsabilità oggettiva avulsa dalla gravità (e dalla stessa esistenza) della violazione che inficia l'atto di gara censurato dall'Autorità, che potrebbe essere successivamente smentita dal giudice amministrativo (come si è detto, si è parlato di «*responsabilità da atto legittimo*»), che non tiene conto, altresì, della chiarezza del quadro normativo di riferimento o dalla complessità della procedura di gara, e incentrata unicamente sul rifiuto di attuare la raccomandazione vincolante a prescindere dal carattere giustificato o meno, colpevole o meno di esso;
b) al possibile contrasto del meccanismo con il principio di responsabilità personale dell'illecito amministrativo, sancito dall'art. 3, comma 1, della l. n. 689 del 1981, secondo cui «*nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa*»: una regola generale, comune in materia di sanzioni amministrative (art. 12 della

stessa l. n. 689 del 1981), «*da applicare in ogni ipotesi in cui si configuri tale tipo di sanzioni*» (v., sul punto, Corte cost., 4 marzo 1999, n. 49, in tema di sanzioni irrogate a dirigenti responsabili di infrazioni nel settore creditizio);

c) alla circostanza che la sanzione amministrativa pecuniaria prevista a carico del solo dirigente sembra recidere il rapporto di immedesimazione organica tra la stazione appaltante e il dirigente, deresponsabilizzando, anche agli effetti contabili, la stazione appaltante, forse anche con profili che potrebbero essere considerati di dubbia compatibilità con l'art. 28 Cost.;

d) alla efficacia 'in concreto' del meccanismo, il quale non esclude che la stazione appaltante possa sottrarsi alla raccomandazione, restando inerte o confermando espressamente l'aggiudicazione ritenuta illegittima, preferendo andare incontro alle sanzioni suddette, ovvero impugnando la raccomandazione vincolante, e ciò anche in considerazione della incerta efficacia dissuasiva sia della sanzione pecuniaria (che appare di modesto importo, se rapportata ad appalti e concessioni di grande valore), sia della sanzione reputazionale, perché le misure premiali previste dall'art. 38 (e non dall'art. 36, come previsto dall'art. 211, comma 2, del codice, con un evidente refuso che si raccomanda al Governo di emendare in sede di correttivo) potrebbero apparire un vantaggio lontano, incerto e poco appetibile, per amministrazioni poco virtuose, rispetto al conseguimento di eventuali vantaggi illeciti immediati;

e) alla distonia tra il termine massimo per adempiere alla raccomandazione (fissato in 60 giorni) e quello per impugnarla (che è soltanto di 30 giorni, ai sensi del rinvio all'art. 120 c.p.a.), con la conseguenza che, trascorso tale secondo termine – ed eccettuate, ovviamente, le ipotesi di impugnative proposte da terzi o di richiesta di riesame – la raccomandazione si consoliderebbe definitivamente per la stazione appaltante, che negli ulteriori 30 giorni, indipendentemente dalle sue ragioni, non potrebbe dissentire dall'ANAC;

f) al possibile rischio di *goldplating*, ove si dovesse in ipotesi ritenere che il potere di raccomandazione vincolante introduca una disciplina della vigilanza/controllo più severa di quella minima prescritta dalle direttive in materia di *governance*, prevedendo esse solo che, in caso di violazioni specifiche o di problemi sistemici, le Autorità preposte ad assicurare la corretta applicazione del diritto europeo degli appalti abbiano il potere di segnalare i problemi ad autorità nazionali di controllo, organi giurisdizionali e altre autorità o strutture idonee (art. 45, par. 2, della Direttiva 2014/23/UE; art. 83, par. 2, della Direttiva n. 2014/24/UE; art. 99, par. 2, della Direttiva 2014/25/UE);

g) alla eventualità che al già consistente contenzioso tra stazioni appaltanti e operatori economici si possa aggiungere quello, tutto interno alla sfera dei pubblici poteri, tra l'ANAC e le stazioni appaltanti, sia in ordine alla legittimità dei rispettivi contrastanti atti sia, e non da ultimo, in ordine alle eventuali (e reciproche) conseguenze risarcitorie. Non si potrebbe neanche escludere, in linea di principio, l'ipotesi che la stessa ANAC possa ricorrere alla difficile strada dell'autotutela esecutiva di cui all'art. 21-*ter* della l. n. 241 del 1990, ovvero scelga di contrastare in sede giurisdizionale le condotte elusive o violative delle sue raccomandazioni, con ricorsi contro il silenzio nei confronti della raccomandazione vincolante o contro l'eventuale provvedimento di diniego di autotutela, anche per evitare che esso si consolidi definitivamente in danno dello stesso fondamentale interesse pubblico alla trasparenza e all'anticorruzione. La praticabilità di tali ipotesi va ovviamente rimessa alla giurisprudenza, ma il solo fatto che se ne possa discutere evidenzia la problematicità del dettato codicistico.

5.5. Alla stregua di quanto esposto, occorre quindi segnalare ancora una volta al Governo la necessità di riconsiderare la disposizione dell'art. 211, comma 2, del codice.

Ove poi si volesse attribuire direttamente all'ANAC un vero e proprio potere di autotutela sostitutiva, non sarebbe sufficiente un intervento correttivo mediante decreto legislativo delegato, ma occorrerebbe una scelta legislativa espressa del Parlamento.

5.6. Per ragioni di coordinamento che verranno meglio illustrate nel successivo § 6, questa Commissione speciale segnala al Governo anche la necessità di una più armonica riformulazione, nel codice, del comma 1 dell'art. 108, (*risoluzione*), in materia di appalti, e dei commi 1 e 2 dell'art. 176 (*cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro*), in materia di concessioni.

5.6.1. Tali disposizioni, le quali rilevano nella ricostruzione dell'istituto qui in esame che seguirà nel citato § 6, introducono una nuova figura di autotutela conseguente ad ipotesi di "invalidità" comunitaria, per effetto delle previsioni di cui all'art. 44 della Direttiva n. 2014/23/UE, all'art. 73 della Direttiva n. 2014/24/UE e all'art. 90 della Direttiva n. 2014/25/UE, e consentono/impongono la risoluzione del contratto o della concessione, anche in corso di svolgimento, per vizi originari attinenti alla fase dell'aggiudicazione.

Al riguardo basti qui richiamare il *Considerando* n. 112 della Direttiva n. 2014/24/UE, secondo cui gli Stati membri dovrebbero assicurare che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la possibilità, alle condizioni stabilite dal diritto nazionale, di risolvere un contratto pubblico durante il periodo di validità –*rectius*: efficacia – dello stesso, se così richiesto dal diritto dell'Unione.

Si tratta quindi, come questo Consiglio ha osservato nel citato parere n. 855 del 2016, di fattispecie che «*nell'ordinamento nazionale giustificano l'autotutela pubblicistica nella forma dell'annullamento d'ufficio*», espressamente definita tale, del resto, anche dall'art. 176, comma 3, del codice, ma che nel caso di specie intervengono «*a distanza di molti anni*» nel corso del rapporto contrattuale o concessorio.

5.6.2. Anche queste nuove ipotesi di "risoluzione" pubblicistica di derivazione comunitaria per vizî originari dell'aggiudicazione, espressione dell'autotutela esercitata dalle stazioni appaltanti (e che potrebbe interessare anche l'ANAC in sede di raccomandazione vincolante), devono essere ricondotte al generale paradigma dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990, con le deroghe strettamente necessarie per il corretto recepimento delle direttive.

Anzitutto, potendo il presupposto della "risoluzione comunitaria" verificarsi a distanza di molti anni dall'adozione del provvedimento illegittimo (basti pensare ai casi di accertamento dell'illegittimità da parte della Corte di Giustizia UE in una procedura di infrazione), per tali casi di autotutela non possono essere rispettati i brevi termini previsti dall'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990.

In proposito, mentre l'art. 176, comma 2, del codice contiene una deroga espressa al citato art. 21-*nonies*, nulla dice l'art. 108.

Nel suo silenzio, si applica in via residuale l'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990, in virtù della norma di chiusura dell'art. 30, comma 8, del codice, così determinandosi un non puntuale recepimento delle direttive, con la conseguenza che l'autotutela potrebbe essere esercitata solo entro 18 mesi (così dispone l'art. 21-*nonies* per i provvedimenti attributivi di benefici ai destinatari, e tale è, sicuramente, l'aggiudicazione di un contratto pubblico: v., *infra*, § 6.3).

Anche nell'art. 108, quindi, andrebbe introdotta la deroga espressa.

5.6.3. In secondo luogo, secondo le direttive tale forma di "risoluzione" è facoltativa, non doverosa, e questo è coerente con l'assetto nazionale dell'autotutela provvedimentale, sempre discrezionale, essendo comunque necessario, oltre al presupposto della violazione di legge, quello ulteriore della sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento (art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990).

Sotto tale profilo, mentre l'art. 108 è coerente con le direttive e con l'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990, prevedendo una risoluzione facoltativa, l'art. 176 prevede una autotutela doverosa, che costituisce un *goldplating* non consentito. Quindi, nell'art. 176, comma 1, le parole «*La concessione cessa*» andrebbero sostituite con «*La concessione può essere annullata*».

5.6.4. Inoltre valuterà il Governo se eliminare, nell'art. 108, comma 1, lett. d), l'ipotesi della grave violazione «*di una sentenza passato in giudicato per violazione del presente codice*», e non solo per ragioni di coordinamento con la previsione dell'art. 176, che tale ipotesi non contempla.

Si tratta, infatti, di una previsione pleonastica, da un lato, poiché in tale ipotesi il giudicato amministrativo, se ha statuito anche l'inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 121 e 122 c.p.a., deve essere comunque eseguito dalla stazione appaltante, anche eventualmente, in caso di violazione od elusione del giudicato stesso, mediante lo strumento dell'ottemperanza, mentre dall'altro, se il giudicato amministrativo non ha determinato l'inefficacia del contratto, ritenendo che il vizio non sia di tale gravità da incidere sul rapporto contrattuale, la stazione appaltante dovrà, per l'effetto conformativo del giudicato, proseguire nel rapporto.

5.7 La Commissione speciale ritiene che quelle segnalate siano le problematiche più evidenti, che sembrano richiedere un intervento correttivo, nelle nuove fattispecie di autotutela delineate tanto dall'art. 211, comma 2, quanto dagli artt. 108, comma 1, e 176, commi 1 e 2, del codice.

6. La raccomandazione 'vincolante' come autotutela 'doverosa' e i principi generali della l. n. 241 del 1990.

6.1. Pur ribadendosi le criticità della nuova disciplina che giustificherebbero un intervento correttivo primario, in conformità con le osservazioni già espresse nel parere n. 855 del 2016, questa Commissione, nello spirito di leale collaborazione con le altre istituzioni pubbliche e nel doveroso esercizio della funzione consultiva al servizio dello Stato-ordinamento, propone, nel presente parere, una interpretazione che ne consenta un'applicazione il più possibile coerente e sistematica.

Tale interpretazione, pur prendendo atto della novità e della specialità della figura, non può che implicare la riconduzione dell'istituto ai principî generali dell'ordinamento e, in particolare, alle garanzie della l. n. 241 del 1990 e a quelle, pure connesse all'esercizio della vigilanza, della l. n. 689 del 1981.

Difatti, il potere di vigilanza si espleta attraverso un procedimento che ha rilevanti effetti esterni sulla posizione dei terzi (in primo luogo, ma non solo, le stazioni appaltanti e gli operatori economici).

Nell'ambito di questo procedimento le raccomandazioni vincolanti acquistano un rilievo senza dubbio preminente per la novità e la incisività del potere riconosciuto all'ANAC di intervenire direttamente sullo svolgimento delle gare, esercitando una funzione non più solo di vigilanza *ab externo* sulla legittimità delle procedure di affidamento. A differenza delle raccomandazioni "semplici" di cui all'art. 213 del codice, che lo schema di regolamento tiene ben distinte (v., ad esempio, art. 10, comma 1, lett. b), ed art. 20), quelle vincolanti, infatti, incidono direttamente sul mantenimento o sulla rimozione dell'atto illegittimo.

6.2 Tanto premesso, occorre in primo luogo identificare la natura del peculiare strumento della raccomandazione vincolante.

Ad avviso della Commissione speciale:

- da un lato, esso non può essere racchiuso, al di là del *nomen iuris*, nel modello della semplice "*raccomandazione*", intesa quale invito all'esercizio di un potere spettante ad altro soggetto (si parla, infatti, di "*raccomandazione vincolante*");
- dall'altro, non integra nemmeno gli estremi dell' "*intervento sostitutivo*", che presuppone l'inerzia della stazione appaltante e provvede in suo luogo;
- dall'altro ancora, il riferimento dell'art. 211, comma 2, al modello della "*autotutela*" deve tener conto del fatto che si tratta di un caso particolare di "*autotutela doverosa*" in cui, pur restando la stazione appaltante la titolare del potere formale di rimozione dell'atto, l'annullamento di questo discende da un ordine vincolante di un altro soggetto (l'ANAC), laddove invece l'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990, stabilisce che «*il provvedimento amministrativo illegittimo* […] *può essere annullato d'ufficio* […] *dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge*».

Ci si trova di fronte, insomma, ad una fattispecie a formazione progressiva, in cui vi è una separazione tra *un sostanziale ordine di revisione* degli atti di gara attribuito all'ANAC e la *formale titolarità della rimozione* di tali atti in capo alla stazione appaltante.

Alla stregua di tale meccanismo 'bifasico', la raccomandazione vincolante si connota quale provvedimento amministrativo a contenuto decisorio e a carattere autoritativo, che obbliga la stazione appaltante a esercitare formalmente il potere di autotutela, annullando l'atto ritenuto illegittimo e rimuovendone gli eventuali effetti.

La stazione appaltante è tenuta ad adeguarsi alla raccomandazione vincolante entro il termine massimo di 60 giorni fissato dall'ANAC.

Se dissente dalla raccomandazione, può chiederne, entro 20 giorni, il riesame in sede amministrativa alla stessa Autorità ai sensi dell'art. 20, comma 5, dello schema di regolamento.

Laddove permanga una diversità di posizioni, persistendo nel rifiuto di annullare l'atto ritenuto illegittimo dall'ANAC, la stazione appaltante può impugnare la

raccomandazione vincolante davanti al giudice amministrativo nel termine di cui all'art. 120 c.p.a. – trattandosi di determinazione incidente sulla legittimità degli atti di gara – ai sensi di quanto espressamente prevede l'art. 211, comma 2, ult. periodo, del codice (cfr. *retro*, le osservazioni svolte nel § 5.4. circa la necessità di armonizzare il termine di 60 giorni, previsto per l'esecuzione della raccomandazione vincolante, con quello di 30 giorni, previsto per la sua eventuale impugnazione) con la consapevolezza che, se insistesse nella sua posizione di non ottemperanza, andrebbe incontro al procedimento sanzionatorio.

Come si è osservato *retro*, al § 5.4, l'avvio del procedimento sanzionatorio non sembra possa escludere, in linea di principio, la possibilità per la stessa ANAC di agire contestualmente anche in sede giurisdizionale contro gli atti della stazione appaltante con i quali essa rifiuti di adeguarsi alla raccomandazione vincolante e di esercitare l'autotutela, per evitare l'eventuale consolidarsi di questi.

6.3. Chiarita la natura a formazione progressiva dello strumento in esame, occorre ora collocare al suo interno i due elementi di garanzia richiesti, in via di principio, dalla l. n. 241 del 1990:

- l'individuazione «*delle ragioni di interesse pubblico* […]*tenendo contodegli interessi dei destinatari e dei controinteressati*»;
- la rimozione dell'atto «*entro un termine ragionevole*».

6.3.1. Il primo elemento (del secondo si dirà *infra*, al § 6.4), ad avviso di questo Consiglio di Stato, dovrà trovare la sua collocazione 'a monte', nel corso del procedimento di interlocuzione preventiva che conduce alla emanazione della raccomandazione vincolante, e dovrà estendersi non solo alla stazione appaltante, ma anche a tutti i soggetti comunque coinvolti.

Appare ragionevole prevedere che tale interlocuzione si incentrerà prevalentemente sulla precisa identificazione degli elementi di illegittimità degli atti di gara (ciò in

considerazione del fatto che l'intervento dell'ANAC si colloca tendenzialmente nella fase pubblicistica anteriore alla stipula del contratto o alla stessa aggiudicazione, quando non si è ancora radicato alcun legittimo affidamento).

6.3.2. La Commissione speciale condivide quindi l'obiettivo, perseguito dall'Autorità, di «*assicurare la massima garanzia di partecipazione al procedimento ai soggetti coinvolti*» e, nel contempo, di «*garantire la massima possibile celerità del procedimento presso l'Autorità*» (p. 1 della relazione illustrativa). Peraltro, la stessa ANAC ha – condivisibilmente – introdotto un significativo autolimite, indicando, all'art. 10, comma 2, dello schema di regolamento, «*i presupposti di esercizio del potere*» (p. 1 della relazione illustrativa), e ha enucleato e tipizzato le ipotesi tassative di invalidità che possono giustificare l'emissione delle raccomandazioni vincolanti.

La Commissione ritiene, tuttavia, che l'obiettivo di partecipazione, che pure ha trovato parziale realizzazione in numerose interlocuzioni procedimentali previste dallo schema in esame (come, ad esempio, nell'art. 16, commi 4 e 5, per la CRI), possa essere più efficacemente perseguito attraverso il rafforzamento di alcune garanzie.

A tale proposito, richiamandosi qui le osservazioni già svolte nel § 4 circa alcune lacune nella disciplina del procedimento di vigilanza nel suo complesso, si devono aggiungere ulteriori rilievi, che attengono specificamente alle garanzie procedimentali richieste per le raccomandazioni vincolanti.

6.3.3. In particolare, si segnalano i seguenti aspetti:

a) la necessità di comunicare l'avvio del procedimento e, comunque, di consentirne la partecipazione, al dirigente responsabile che, ai sensi dell'art. 211, comma 2, sarebbe l'unico a subire – a causa della frattura nel rapporto di immedesimazione organica di cui si è detto *retro*, al § 5 – le pesanti conseguenze economiche delle violazioni poste in essere in caso di mancata esecuzione della raccomandazione vincolante, non potendo ritenersi che basti a tutelare la sua posizione la sua sola

necessaria partecipazione al successivo procedimento sanzionatorio (sul punto, v. pure, *infra*, §8);

b) l'esigenza di garantire un maggiore apporto partecipativo alla stazione appaltante e a tutti i soggetti interessati all'esito della gara nella procedura di definizione semplificata di cui all'art. 9 del regolamento, che non prevede minime garanzie procedimentali (nemmeno nella forma della comunicazione di avvio del procedimento) e un adeguato contraddittorio, soprattutto ove si ritenga, come si dirà (cfr., *infra*, § 10, *sub* art. 9), che anche in tal caso si possa pervenire a una raccomandazione vincolante, nelle ipotesi di cui alla lett. a) e b) dell'art. 9;

c) un potenziamento dell'istanza di riesame, strumento previsto dall'art. 20, comma 5, dello schema di regolamento, che consenta la possibilità non solo alla stazione appaltante, ma a tutti i soggetti comunque interessati – e non solo per elementi di fatto non emersi in sede di istruttoria ma anche per ragioni di diritto – di richiedere all'ANAC una revisione della propria raccomandazione vincolante, garantendo una interlocuzione pure in questa fase ultima e "conclusiva" dell'autotutela, anche in funzione deflattiva dell'eventuale contenzioso;

d) una espressa previsione degli obblighi motivazionali, sanciti dall'art. 3 della l. n. 241 del 1990, soprattutto «*in relazione alle risultanze dell'istruttoria*», salve, ovviamente, le ipotesi di motivazione semplificata di cui all'art. 9 dello schema di regolamento.

Ulteriori profili di problematici, ai quali si rinvia, saranno esaminati in sede di singole osservazioni all'articolato.

6.3.4. Nell'annettere valore condizionante per il parere favorevole quantomeno ai primi due dei quattro rilievi sopra formulati, questa Commissione speciale ribadisce che, nella prospettiva qui raccomandata, il rafforzamento delle garanzie procedimentali e il rispetto del contraddittorio in favore di tutti i soggetti, pubblici e privati, coinvolti dall'esercizio del potere, in sede di vigilanza, costituisca garanzia irrinunciabile, anche nell'esigenza e nell'urgenza di contrastare la corruzione e

l'illegalità che insidiano i contratti pubblici, e che la loro osservanza, secondo gli *standard* minimi della l. n. 241 del 1990, costituirà, essa sì, un efficace strumento deflattivo del contenzioso, altrimenti inevitabile a fronte di un procedimento che non assicuri l'effettivo e più ampio apporto conoscitivo e partecipativo delle parti.

A tale ultimo riguardo, del resto, occorre considerare che solo un tale modello, ispirato ad essenziali garanzie procedimentali, può assicurare la corretta attuazione del non semplice istituto codicistico.

6.3.5. Esula da questo parere il complesso profilo delle potenziali responsabilità per l'emissione di raccomandazioni vincolanti che dovessero essere considerate a loro volta illegittime, e delle possibili conseguenze risarcitorie, poiché esso va rinviato alla (eventuale) attenzione della giurisprudenza amministrativa.

In questa sede è utile rilevare soltanto che il suggerito rafforzamento delle garanzie procedimentali può costituire *ex ante* un importante rimedio, a tutela della stessa Autorità, nei confronti di impugnazioni meramente strumentali che vedranno, inevitabilmente, anche l'ANAC quale legittimata passiva.

6.3.6. La descritta ricostruzione consente, ad avviso della Commissione speciale, di risolvere in via endoprocedimentale, con tutte le necessarie garanzie partecipative, la potenziale conflittualità tra l'ANAC e la stazione appaltante in ordine alla rivalutazione della legittimità degli atti di gara.

Una volta esperito il procedimento, confezionato il provvedimento di raccomandazione vincolante e trascorso l'ulteriore termine per un eventuale riesame (art. 19, comma 5, dello schema di regolamento), il meccanismo costruito dal codice deve essere applicato senza incertezze.

La raccomandazione ha natura, appunto, "vincolante" e, dopo il suo perfezionamento, la persistente contrarietà della stazione appaltante non potrà che trovare composizione in sede contenziosa.

Diversamente opinando, invece, vi sarebbe il rischio di una sostanziale duplicazione di autorità e strutture esistenti, chiamate a rivalutare in sede amministrativa la legittimità degli atti di gara, che il *Considerando* n. 122 della direttiva n. 2014/24/UE ha inteso esplicitamente evitare, pur nel riconoscimento di un accesso generalizzato alla vigilanza sulla legalità dei contratti pubblici da parte dei cittadini.
Tale ricostruzione appare, pertanto, rispettosa del divieto di *goldplating*, oltre che dei principî costituzionali: primi fra tutti il diritto alla difesa di cui all'art. 24 Cost. e il buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost.

6.4. Il secondo elemento di garanzia (cui si è accennato *retro*, al § 6.3.) concerne l'esercizio del potere entro un "termine ragionevole".
Tale termine non appare nello schema in oggetto, ma si desume dai principî generali della l. n. 241 del 1990.
Considerate le esigenze, cruciali, di accelerazione della realizzazione delle opere pubbliche, di rapidità nello svolgimento delle procedure di gara e di certezza delle posizioni giuridiche coinvolte, l'emanazione della raccomandazione vincolante, con il conseguente esercizio dell'autotutela "doverosa", dovrà essere esercitato in tempi molto ristretti, ferma restando una necessaria valutazione caso per caso.
In tale ottica, il limite dei 18 mesi fissato dall'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990 appare come una soglia massima, estrema, che l'ANAC dovrebbe raggiungere solo in casi particolarmente complessi, per evitare che la realizzazione delle opere pubbliche, a cominciare da quelle strategiche, subisca un arresto, con esiti incerti, per un anno e mezzo.
Nel parere n. 839 del 30 marzo 2016, reso sullo schema di decreto legislativo recante attuazione della delega di cui all'art. 5 della l. 7 agosto 2015, n. 124, in materia di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), questo Consiglio di Stato ha affermato (v., in particolare, § 8.1.1.) che il principio del termine ragionevole,

cristallizzato e reso ancor più pregnante con il limite massimo dei 18 mesi, introduce un «*nuovo paradigma*» nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione. Si è di fronte a termini decadenziali di valenza nuova, «*non più volti a determinare l'inoppugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni giuridiche soggettive dei privati*».

Questa Commissione speciale ritiene che il nuovo assetto di rapporti, alla luce del disegno riformatore che ha ispirato la l. n. 124 del 2015, non è incompatibile, in linea di principio, con l'intervento dell'ANAC. Difatti, risponde a finalità di affidamento e di garanzia dei rapporti economici che anche il potere di raccomandazione vincolante non travolga assetti di interessi ormai consolidati, sui quali si è formato un legittimo affidamento degli operatori, e non si ponga quale fattispecie "eccentrica" rispetto ad un sistema che ha, finalmente, anche nella certezza dei rapporti giuridici, accanto alla trasparenza, un valore irrinunciabile.

Quanto al *dies a quo*, che normalmente coincide con la data del provvedimento da rimuovere, nel caso delle raccomandazioni vincolanti, che hanno ad oggetto atti emessi dalle stazioni appaltanti, esso dovrebbe essere individuato nel momento in cui l'ANAC viene a conoscenza dell'atto di gara sospetto di illegittimità e quindi, normalmente, nell'avvio del procedimento, d'ufficio o su segnalazione, per la verifica delle gravi illegittimità verificatesi in corso di gara o, laddove tali gravi illegittimità emergano solo nel corso di un procedimento avviato per accertare invalidità non gravi o mere irregolarità (in origine indirizzato, quindi, all'emissione di raccomandazione "semplice"), dalla comunicazione integrativa a tal fine prevista dall'art. 11, comma 3, del regolamento.

Solo nel caso in cui il presupposto della raccomandazione vincolante coincida con quello della risoluzione comunitaria di cui agli artt. 108, comma 1, lett. d), e 176, comma 1, lett. b) del codice, come detto nel precedente § 5.6.2, il potere di

raccomandazione vincolante dovrebbe ritenersi svincolato dai suddetti limiti temporali, visto che in tali casi l'illegittimità potrebbe essere accertata dalla Corte di giustizia UE in tempi più lunghi.

6.5. Un'altra questione che merita un approfondimento preliminare è quella della possibilità o meno di emanare raccomandazioni vincolanti quando è già iniziata l'esecuzione del contratto.

6.5.1. Lo schema di regolamento, muovendo dal presupposto che «*l'efficacia dell'azione dipende dal momento di avvio del procedimento e dalla tempestività nella conclusione del procedimento*» (p. 5 della relazione illustrativa), ha introdotto un significativo autolimite all'esercizio del potere in esame, poiché ha previsto, nell'art. 11, comma 5, che «*la comunicazione di avvio del procedimento preordinato all'adozione della raccomandazione vincolante non può essere effettuata oltre l'effettivo inizio dell'esecuzione del contratto*».

La previsione di tale sbarramento temporale, che impedisce all'ANAC di avviare – ma non di concludere – il procedimento finalizzato all'emissione di una raccomandazione vincolante se il contratto abbia avuto un principio di esecuzione, persegue l'obiettivo di rendere l'azione di vigilanza "*efficace e tempestiva*", come si legge nella relazione illustrativa (p. 5), ed è introdotta in affermata «*aderenza al disposto normativo che circoscrive le illegittimità che possono essere rimosse con tali provvedimenti agli "atti della procedura di gara"* ».

Ad avviso del Consiglio di Stato, tale previsione appare coerente con la naturale collocazione dell'intervento dell'ANAC nella fase pubblicistica anteriore alla stipula del contratto, o alla stessa aggiudicazione (cfr. *retro*, § 6.3.1).

6.5.2. Peraltro, l'art. 11, comma 5, dello schema di regolamento, come si è visto, non esclude che, nelle more del lungo *iter* procedimentale (§ 7) avviato dall'ANAC prima dell'avvio del contratto, la stazione appaltante decida comunque di eseguire (o anche

di stipulare) il contratto, e che quindi la raccomandazione possa sopraggiungere a contratto in corso.

Tale ipotesi, come anche quelle degli artt. 108 e 176 del codice, ricordate prima (§§ 5.6.2 e 6.4), appare comunque coperta dall'art. 211, comma 2, laddove prevede che l'Autorità invita la stazione appaltante non soltanto "*adagirein autotutela*", ma altresì "*a rimuovere gli eventuali effetti degli atti illegittimi*".

Pertanto, l'adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione dell'ANAC potrebbe avere ad oggetto anche la efficacia del contratto in fase di avviata esecuzione, laddove i vizi genetici dell'affidamento esplichino, nei limiti del diritto nazionale ed europeo, i propri effetti sul contratto.

Ovviamente, in tali situazioni, non soltanto la stazione appaltante dovrà responsabilmente valutare le proprie scelte, ma anche l'ANAC dovrà tener conto del contesto di fatto nella motivazione della raccomandazione vincolante.

6.5.3. A conclusione di questa parte del parere, la Commissione speciale ritiene opportuno segnalare il duplice rischio che potrebbe derivare da una distorta applicazione del meccanismo, che dovrà essere fugato anche tramite un attento monitoraggio dell'ANAC in fase di prima applicazione.

Il primo rischio è quello del probabile allungamento dei tempi, dovuto dalla possibile tendenza delle stazioni appaltanti a fermare quasi automaticamente ogni attività fino alla definizione del procedimento ANAC di emanazione della raccomandazione: per evitarlo, come si è detto, occorrerà il più possibile accelerare 'in concreto' la procedura condotta dall'ANAC – anche mediante il ricorso alla forma semplificata di cui all'art. 9 dello schema (v., *infra*, § 7.4.) – effettuare un'interlocuzione ampia e attiva con i soggetti coinvolti, chiarire e prevenire il maggior numero di criticità prima della conclusione del procedimento (§§ 6.3.1 ss.).

Il secondo rischio è quello, opposto, della eventualità che alcune stazioni appaltanti accelerino la stipulazione e l'esecuzione del contratto per segnare un consolidamento

di eventuali illegittimità compiute nella fase dell'aggiudicazione – si pensi, tra le altre, alle violazioni dello *standstill* (pure previste dall'art. 10, comma 2, lett. b) e c), dello schema di regolamento tra le ipotesi di raccomandazione vincolante).

In tale seconda ottica, il limite fissato dall'art. 11, comma 5, dello schema di regolamento si potrebbe infatti prestare a prassi elusive, non soltanto per le illegittimità proprie dell'aggiudicazione, ma anche per i vizi attinenti alla fase dei controlli e delle verifiche di cui agli artt. 32 e 33 del codice e, in particolare, alle violazioni dello *standstill* che si situano più a ridosso della fase contrattuale, perché basterebbe alla stazione appaltante e all'aggiudicataria stipulare e avviare rapidamente il contratto per paralizzare l'intervento dell'Autorità e sottrarsi, così, alla vigilanza sui contratti pubblici nella sua forma più incisiva della raccomandazione vincolante. Non si possono, inoltre, non segnalare alcune speciali fattispecie, come quelle dei contratti secretati di cui all'art. 162 del codice, nelle quali il solo controllo preventivo esercitato dalla Corte dei conti – v., in particolare, il comma 5 dell'art. 162 del codice – non può scongiurare il rischio di successive condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti nell'affidamento dei contratti. E ciò senza dire, infine, dell'ipotesi, ancor più grave e purtroppo ricorrente, di fatti aventi rilevanza penale, che emergano solo durante o all'esito delle indagini preliminari da parte della competente Procura della Repubblica e, quindi, a contratto già ampiamente – e dolosamente – avviato, rispetto alle quali lo sbarramento temporale dell'art. 11, comma 5, dello schema può determinare, in modo paradossale, un esito "assolutorio" in sede di vigilanza per condotte gravemente illecite che nell'esecuzione del contratto, ormai avviato, hanno trovato addirittura il coronamento di obiettivi perseguiti *contra legem*.

Di tutte queste ipotesi la Commissione speciale non può che rimettere la valutazione al Governo e all'Autorità proponente, non senza avvertire ancora una volta (v. già § 6.3.4) che una responsabile attuazione del meccanismo da parte delle stazioni

appaltanti potrà prevenire molte criticità: una interlocuzione aperta e corretta con l'ANAC, il contributo a una trasparente valutazione dei singoli casi concreti, una responsabile conduzione (o arresto) della procedura di gara nel caso di apertura del procedimento di raccomandazione potranno essere tutti elementi di attuazione pratica da valutare in sede di monitoraggio, anche al fine di successivi eventuali interventi correttivi sia in sede codicistica che regolamentare.

7. *I termini procedimentali.*

7.1. Prima di procedere all'esame dei singoli articoli dello schema, occorre soffermarsi sulla struttura generale dell'*iter* procedimentale da esso costruito, per operare una ricognizione dei termini procedimentali ivi previsti, i quali vanno resi coerenti con i tempi rapidi richiesti per il meccanismo in esame e, a maggior ragione, con i termini massimi di 18 mesi per l'autotutela.

L'esigenza di assicurare il contraddittorio e di dare corso ad una istruttoria completa sulla illegittimità degli atti di gara, mediante la verifica di fatti o documenti anche tecnicamente complessi (si pensi, ad esempio, alla verifica delle offerte tecniche presentate dai concorrenti o alle valutazioni della commissione di gara), determina inevitabilmente un aggravamento e un allungamento del procedimento.

Ma l'esigenza di assicurare la speditezza e l'efficienza dell'azione amministrativa, anche e anzitutto nell'ipotesi di vigilanza, è un valore dell'ordinamento, nazionale ed europeo, che deve anch'esso salvaguardato, come la stessa ANAC ha osservato nella propria relazione illustrativa, a p. 2, esplicitando condivisibilmente l'obiettivo di «*garantire la massima possibile celerità del procedimento presso l'Autorità*».

Il bilanciamento tra le diverse esigenze – tutela del contraddittorio, completezza dell'istruttoria e tempestività dell'azione amministrativa – implica un difficile punto di equilibrio, indubbiamente connesso, anzitutto, all'organizzazione dell'ANAC e

all'efficiente impiego delle risorse, umane e materiali, impegnate nella pur vasta e complessa attività di vigilanza.

La Commissione speciale, pur consapevole delle difficoltà, segnala che i termini procedimentali previsti dallo schema hanno subito, rispetto alle previsioni del precedente regolamento del 9 dicembre 2014, un allungamento non giustificato dalle pur accresciute, in quantità e qualità, funzioni attribuite all'Autorità.

La durata del procedimento non appare coerente con le esigenze di celerità e di efficienza che informano la materia dei contratti pubblici prima segnalate (§ 6.4.) e fortemente avvertite in sede europea: si pone allora, sotto tale profilo, un problema di compatibilità non solo con i principî della l. n. 241 del 1990, ma anche con il divieto di *goldplating*.

7.2. Nel § 1 sono state già evidenziate, nelle loro linee essenziali, le scansioni rilevanti del nuovo procedimento. A titolo esemplificativo, basti qui considerare la tempistica del procedimento di seguito schematizzata:

art. 11, comma 2 – comunicazione di avvio dopo la segnalazione: 60 gg.

art. 16, comma 1 – comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI): 150 gg.

art. 16, comma 1 – eventuale proroga per altri 90 gg.

art. 16, comma 4 – controdeduzioni e memorie: 10 gg.

art. 18 – delibera del Consiglio: 60 gg.

art. 20, comma 5 – istanza di riesame: 20 gg.

Considerando le eventuali proroghe per «*particolari esigenze istruttorie*», previste dall'art. 16, comma 1, dello schema di regolamento, e la fase del riesame, di cui all'art. 20, comma 5, il procedimento di vigilanza potrebbe durare teoricamente 390 giorni.

Si tralasciano qui ulteriori ipotesi di "incidenti" procedimentali come, ad esempio, la richiesta di audizione davanti al Consiglio, ai sensi dell'art. 14, comma 4, dello

schema di regolamento, che potrebbero ulteriormente allungare i tempi, laddove ammessi.

A questa tempistica, già molto ampia, si devono aggiungere i termini fisiologici, e non predeterminati, per i passaggi interni degli atti tra i diversi uffici dell'ANAC, la comunicazione dei numerosi e spesso complessi atti endoprocedimentali, non di rado a molte parti (la CRI di cui all'art. 16, ad esempio, o la proposta di deliberazione da sottoporre al Consiglio ai sensi dell'art. 18, etc.) e, infine, di quelli provvedimentali, conclusivi del procedimento, con prevedibile fisiologico ulteriore allungamento – non definito – della durata del procedimento.

Su tale disciplina si innesta, poi, la previsione dell'art. 17 (sospensione dei termini del procedimento) che, in deroga all'art. 2, comma 7, della l. n. 241 del 1990, ammette una sospensione *sine die* dei termini procedimentali, per esigenze non ben circoscritte e addirittura, come prevede il comma 1, lett. c), per acquisire i pareri «*da altri uffici dell'Autorità*» stessa.

Non sembra a questa Commissione speciale che la riduzione del termine per la conclusione dal procedimento, fissata dall'art. 9, comma 1, del regolamento del 9 dicembre 2014 in 180 giorni dalla data di invio della comunicazione di avvio del procedimento, ai 150 giorni previsti per la comunicazione della CRI – v., sul punto, anche p. 5 della relazione illustrativa dell'ANAC – costituisca un beneficio effettivo, sul piano del contenimento dei termini procedimentali, apparendo al contrario evidente dal complessivo esame dello schema un allungamento eccessivo dei tempi procedimentali, difficilmente compatibili con le previsioni del diritto nazionale ed eurounitario.

È vero che, ai sensi dell'art. 2, comma 5, della l. n. 241 del 1990, «*fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza*», ma questa deroga, nel caso di specie, non pare alla Commissione speciale

adeguatamente proporzionata rispetto alle esigenze istruttorie proprie della vigilanza.

7.3. Si raccomanda, pertanto, all'ANAC di rivalutare la disciplina dei termini procedimentali, con particolare riguardo almeno ai seguenti profili:

a) l'eliminazione, eventualmente, delle non meglio definite «*proroghe per particolari esigenze istruttorie*», di cui all'art. 16, comma 1, che costituiscono una inutile duplicazione dell'art. 17;

b) l'introduzione, necessaria, di un limite temporale alla sospensione, di cui all'art. 17, che lo renda compatibile con la previsione generale dell'art. 2, comma 7, della l. n. 241 del 1990, almeno nella parte in cui prevede che la sospensione non possa operare per più di una volta e, comunque, non possa protrarsi *sine die*, ma entro un limite massimo che, pur derogando a quello generale di 30 giorni per le esigenze proprie dell'ordinamento interno dell'ANAC (art. 2, comma 5, della l. n. 241 del 1990), non dovrebbe comunque condurre, complessivamente, al superamento del termine massimo per l'autotutela di cui all'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990;

c) la previsione di richieste documentali integrative per i soli documenti che non siano già in possesso o comunque già richiesti da ANAC, nella lett. a) dell'art. 17, e l'eliminazione della sospensione per l'acquisizione di pareri da altri uffici della stessa Autorità, nella lett. c) dell'art. 17;

d) la previsione di termini massimi – salve eccezionali esigenze adeguatamente motivate – per gli "incidenti" istruttori, quali le audizioni (art. 14) e, soprattutto, le ispezioni (art. 15), la cui disciplina risulta, una volta di più, carente anche sotto tale rilevante aspetto, costituendo queste ultime eventuale motivo di sospensione dei termini procedimentali, ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. b), dello schema di regolamento;

e) la previsione di termini ordinatori per le comunicazioni, mediante lo strumento privilegiato della posta elettronica certificata (art. 22), almeno in funzione sollecitatoria, per limitare i "tempi morti" dei passaggi di atti interni agli uffici o delle comunicazioni da effettuare all'esterno;

f) la previsione di eventuali strumenti di sollecitazione o di reazione in favore della stazione appaltante o del segnalante che abbia un interesse concreto, immediato e attuale alla sollecita definizione del procedimento, analoghi a quelli previsti dall'art. 2, commi 9-*bis* e 9-*ter*, della l. n. 241 del 1990, di fronte all'inerzia o all'inescusabile ritardo del dirigente responsabile del procedimento.

7.4. Infine, si raccomanda una migliore formulazione dell'art. 9, coordinata con la previsione dell'art. 18, comma 2, lett. a), del regolamento, che – chiarendo che lo strumento della definizione in forma semplificata si applica anche alle raccomandazioni vincolanti nelle ipotesi di cui alla lett. a) e b) dello stesso art. 9 – consentirebbe, se bilanciata da adeguate garanzie procedimentali, di potere emettere tali raccomandazioni, con un procedimento accelerato, in ipotesi di macroscopiche violazioni delle norme sui contratti pubblici commesse dalla stazione appaltante o in casi non particolarmente complessi sui quali si è già formato un consolidato orientamento dell'Autorità.

Si tratterebbe di un ulteriore strumento, assistito dalle auspicate ed adeguate garanzie procedimentali, per garantire la tempestività dell'intervento da parte dell'ANAC di fronte a violazioni evidenti della normativa sui contratti pubblici, non richiedenti complessi accertamenti istruttori, o per casi che non lasciano adito a dubbi interpretativi, così evitando l'inutile aggravamento della procedura ordinaria per le ipotesi di illegittimità cd. *de plano*.

8. *Il raccordo del procedimento di vigilanza con altri procedimenti in corso presso l'Autorità o presso le autorità giudiziarie*.

8.1. Lo schema di regolamento pone anche la delicata questione dell'interferenza del procedimento di vigilanza con altri procedimenti in corso presso l'Autorità stessa o presso l'autorità giudiziaria.

La disciplina dettata dal regolamento sembra richiedere, sul punto, un più chiaro raccordo con gli altri settori dell'ordinamento.

8.2. Problematico è, anzitutto, il rapporto tra la disciplina regolamentare della vigilanza e quella del precontenzioso ai sensi dell'art. 211, comma 1, del codice (su cui cfr. già, *retro*, al § 5).

Il rapporto tra i due commi dell'art. 211 e lo stesso inserimento delle raccomandazioni vincolanti in un articolo dedicato al "precontenzioso", come si è accennato, suscita alcune perplessità, per la *sedes materiae* e per la *ratio* delle raccomandazioni vincolanti, diversa da quella deflattiva del contenzioso o anche solo genericamente "precontenziosa" tipica dei pareri di cui al comma 1.

I due commi sono, infatti, l'espressione di due distinte funzioni riconosciute all'ANAC dal codice e cioè, rispettivamente: quella di un giudice-arbitro delle liti insorte tra le parti (comma 1) e quella di potenziale parte attiva di un procedimento diretto a contestare le illegittimità della stazione appaltante, con effetti annullatori e ripristinatori (comma 2).

8.2.1. L'art. 6, comma 1, lett. g), dello schema in esame prevede che l'Autorità archivi la segnalazione nell'ipotesi di «*interferenza con richieste di parere di precontenzioso e sanzionatori aventi il medesimo oggetto già in corso di istruttoria presso l'Autorità*».

La previsione non sembra ben coordinarsi con l'analoga previsione del regolamento del 5 ottobre 2016 per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del codice, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 245 del 19 ottobre 2016.

L'art. 6, comma 1, lett. d) di quel regolamento prevede, infatti, che non sono ammissibili le istanze per il conseguimento del parere precontenzioso «*interferenti con esposti di vigilanza e procedimenti sanzionatori in corso di istruttoria presso l'Autorità*».

L'effetto combinato delle due previsioni regolamentari potrebbe condurre, paradossalmente – nel caso in cui per entrambi i procedimenti, magari gestiti da uffici diversi, si avvii un'istruttoria – alla reciproca elisione, con l'esito parallelo dell'inammissibilità, per la richiesta di parere precontenzioso, e dell'archiviazione, per la segnalazione.

In tal caso, rischia di essere inidoneo a risolvere i problemi di coordinamento finanche il semplice criterio cronologico, prescelto dall'ANAC, che peraltro appare inadeguato anche sotto un diverso, e più sostanziale, profilo.

8.2.2. La Commissione speciale ritiene, infatti, che in ipotesi di contemporanea pendenza dei procedimenti sia più opportuno attribuire sempre la prevalenza a quello di vigilanza.

Ciò per due dati testuali, entrambi rinvenibili nell'art. 211 del codice:

- il primo, di carattere oggettivo, in quanto il potere di raccomandazione vincolante di cui al comma 2 può trarre origine da fatti appresi dall'Autorità «*nell'esercizio delle proprie funzioni*», genericamente, e quindi anche nella funzione precontenziosa, di cui al comma 1, avviata per dirimere «*questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara*», che rispetto al «*vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara*», di cui al comma 2, si pongono in un rapporto di *genus ad speciem*: non pare ragionevole precludere *a priori* l'approfondimento di tali possibili situazioni di illegittimità;
- il secondo, di carattere soggettivo, in quanto – a seguire il criterio cronologico – l'efficacia vincolante della raccomandazione di cui al comma 2 nei confronti della stazione appaltante potrebbe essere paralizzata dalla previa proposizione di una istanza di parere da parte della stessa stazione appaltante – o di altro soggetto – che non è vincolata al parere di precontenzioso, a meno che non abbia preventivamente

acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. In tal modo, le preminenti esigenze di ripristino della legalità e di lotta contro la corruzione perseguite dalla vigilanza "vincolante" (art. 213, comma 1, del codice), rischierebbero di essere vanificate se una parte, anche strumentalmente, potesse proporre un'istanza volta ad ottenere un parere di precontenzioso che determini, *ipso iure*, la preclusione all'avvio del procedimento di vigilanza.

8.2.3. Alla stregua di quanto suggerito, laddove nel procedimento di precontenzioso si ravvisi l'esigenza di avviare d'ufficio il procedimento di vigilanza (o, comunque, laddove sopravvenga una segnalazione rilevante), dovrebbe sempre attivarsi la procedura di raccomandazione vincolante, sospendendo il primo procedimento sino all'esito del secondo.

In caso di emanazione della raccomandazione, il procedimento pendente sull'istanza di parere precontenzioso dovrebbe diventare improcedibile, salva comunque l'opportunità di una pronuncia di carattere generale, a mente dell'art. 6, comma 2, del regolamento del 5 ottobre 2016 sul precontenzioso, secondo cui «*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*».

Per altro verso, l'avvenuta emissione del parere di precontenzioso (e salvi gli esiti dell'impugnativa proposta contro di esso), non dovrebbe neanche precludere l'apertura, d'ufficio o su segnalazione, di un successivo procedimento di vigilanza, laddove ne sussistano ancora i presupposti di cui all'art. 211, comma 2, del codice.

8.2.4. In conclusione, questa Commissione speciale raccomanda la modifica dell'art. 6, comma 1, lett. g), dello schema in esame, emendando se del caso, per ragioni di coordinamento, anche la previsione dell'art. 6, comma 1, lett. d), del regolamento del 5 ottobre 2016 sul precontenzioso.

Resta comunque ferma l'opportunità di un intervento correttivo legislativo per un migliore coordinamento, a livello di fonte primaria, tra il comma 1 e il comma 2 dell'art. 211 del codice (su cui cfr., *retro*, § 5).

8.3. Va poi affrontato il rapporto tra la procedura di vigilanza e quella sanzionatoria, anch'essa menzionata nella lett. g) dello stesso art. 6 dello schema, la quale impone l'archiviazione del procedimento ove interferisca con i procedimenti sanzionatori aventi il medesimo oggetto e già in corso di istruttoria presso l'Autorità.

8.3.1. In primo luogo, la formulazione della lettera g) appare carente, mancando la parola «*procedimenti*» prima di quella «*sanzionatori*» (diversamente dal modello dell'art. 6, comma 1, lett. d), del regolamento del 5 ottobre 2016, al quale essa si ispira).

8.3.2. Inoltre, l'utilizzo della stessa formula normativa usata nell'art. 6 del regolamento approvato il 5 ottobre 2016 per il precontenzioso appare incoerente con il rapporto – di conseguenzialità giuridica e cronologica – tra il procedimento di vigilanza e quello sanzionatorio «*per il medesimo oggetto*».

In caso di «*medesimo oggetto*», infatti, il secondo procedimento non può che seguire sempre il primo, costituendo la conseguenza necessitata del mancato adempimento delle raccomandazioni, vincolanti o non, adottate dall'ANAC in sede di vigilanza, come rispettivamente prevedono l'art. 19, commi 3 e 4, e l'art. 20, comma 3, dello schema di regolamento.

La stessa relazione illustrativa (p. 2) ricorda, tra le diverse finalità perseguite, quella di «*assicurare una adeguata verifica, a valle, sull'effettiva esecuzione dei provvedimenti dell'Autorità*».

Proprio per questo, le richiamate previsioni degli artt. 19, commi 3 e 4, e 20, comma 3, dello schema prevedono adempimenti di vigilanza successivi all'emissione della raccomandazione, volti alla "*verifica a valle*", dell'esecuzione di questa, con

conseguente apertura del procedimento sanzionatorio, per il medesimo oggetto, in caso di mancato adempimento da parte della stazione appaltante.
8.3.3. Pertanto, appare opportuno espungere, dalla lettera g) dell'art. 6, comma 1, dello schema, le parole «*e sanzionatori*».

8.4. Quanto poi al coordinamento 'interno' con lo specifico (ed eventuale) procedimento sanzionatorio di cui allo stesso art. 211, comma 2, per mancata ottemperanza alla raccomandazione vincolante, occorre qui ribadire (cfr. già, *retro*, § 6.3.3), la necessità della partecipazione del dirigente responsabile anche al presupposto procedimento di vigilanza.
Difatti, la raccomandazione vincolante che può sfociare da quel procedimento costituisce, insieme con la "disobbedienza esecutiva" della stazione appaltante, uno dei due necessari presupposti per l'avvio del procedimento sanzionatorio a suo carico ai sensi dell'art. 19, comma 4, dello schema.

8.5. Molto opportuna, sempre per il necessario coordinamento con il procedimento sanzionatorio e con i principî generali di cui alla l. n. 689 del 1981, è poi la disposizione transitoria dell'art. 23, comma 2, del regolamento, la quale prevede che la nuova disciplina regolamentare non si applica ad atti di gara anteriori all'entrata in vigore del nuovo codice.
Tale disposizione è conforme al fondamentale principio di legalità della sanzione amministrativa, di cui all'art. 1 della l. n. 689 del 1981 (menzionato infatti nell'art. 23, comma 2, del regolamento), alla cui stregua «*nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione*», principio che ha per corollario la irretroattività delle sanzioni amministrative ad atti che, nel momento in cui furono compiuti, non erano assoggettati a sanzione (v. da ultimo, sul punto, Corte cost., 20 luglio 2016, n. 193,

la quale ha escluso, invece, che l'art. 1 imponga l'applicazione retroattiva della *lex mitior* in questa materia con effetti paradossalmente più favorevoli anche dell'art. 2 c.p.).

8.6. Per le stesse, condivisibili ragioni di cui al § 8.5, l'art. 23 dello schema andrebbe integrato specificando che non possono applicarsi retroattivamente neppure le sanzioni amministrative riformulate, con limiti edittali più elevati (fino ad € 50.000,00), dall'art. 213, comma 13, del codice per il rifiuto di fornire le informazioni o di esibire i documenti, richiesti dall'Amministrazione nel corso dell'istruttoria e anche, se del caso, in sede ispettiva ai sensi degli artt. 13, comma 2, lett. b) e 15, comma 2, dello schema.

8.7. Infine, è appena il caso di ricordare che sulle sanzioni amministrative irrogate dall'ANAC esercita la propria giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. l), c.p.a.

8.8. Una diversa esigenza di coordinamento si pone tra il procedimento di vigilanza e quelli aperti dinanzi a un'autorità giudiziaria.

8.8.1. Appare innanzitutto condivisibile, al riguardo, l'art. 6, comma 1, lett. f), dello schema, secondo cui deve essere archiviata la segnalazione nel caso di «*esistenza o sopravvenienza di un ricorso giurisdizionale avente contenuto analogo, che il segnalante ha l'obbligo di comunicare all'Autorità*».

Le illegittimità riscontrate dall'ANAC possono costituire oggetto, infatti, di contestuale o successivo ricorso avanti al giudice amministrativo, che in ipotesi potrebbe risultare preferibile, per gli interessati, rispetto alla segnalazione di eventuali illegittimità all'ANAC e ai lunghi termini del procedimento ordinario di vigilanza (si pensi, ad esempio, ai casi di esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80 del

codice – considerata ipotesi di raccomandazione vincolante dall'art. 10, comma 2, lett. e) dello schema – ora soggetti ad un rito particolarmente accelerato dal novellato art. 120 c.p.a.).

8.8.2. Per altro verso, occorre considerare che il giudice amministrativo, nel definire, con sentenza, le controversie concernenti le materie di cui al comma 1, lett. e), dell'art. 133 c.p.a., deve trasmettere all'ANAC ogni notizia rilevante emersa nel corso del giudizio che, anche in esito ad una sommaria valutazione, ponga in evidenza condotte o atti contrastanti con le regole della trasparenza, in virtù di quanto previsto dall'art. 1, comma 32-*bis*, della l. 6 dicembre 2012, n. 190.

La trasmissione di tale informativa, della quale la prassi giurisprudenziale già conosce qualche significativa applicazione, dovrebbe essere adeguatamente inserita tra le segnalazioni prioritarie di cui all'art. 8, comma 1, dello schema di regolamento, perché essa potrebbe sfociare nell'emissione di una raccomandazione vincolante per le gravi illegittimità emerse nel giudizio amministrativo, ovviamente diverse da quelle che siano state già oggetto di accertamento giurisdizionale e siano coperte dal giudicato.

8.9. Il pur necessario raccordo con il giudizio amministrativo non è la sola interferenza della vigilanza ipotizzabile con un procedimento giudiziario, per una materia tanto vasta e ricca di implicazioni come quella dei contratti pubblici.

La disciplina del regolamento necessita, pertanto, di un'integrazione chiarificatrice circa i rapporti della vigilanza con altri procedimenti giurisdizionali:

- innanzi al giudice civile (ad esempio, per la fase esecutiva del contratto, che dà luogo, come si ricorderà, a raccomandazione non vincolante);
- innanzi al giudice penale, per fatti aventi rilevanza penale connessi alle illegittimità riscontrate dall'ANAC nella procedura di gara, con particolare riguardo ai delitti contro la pubblica amministrazione (fatti che, ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. b),

dello schema di regolamento attribuiscono priorità all'esame della relativa segnalazione da parte dell'ANAC);

- innanzi al giudice contabile (per eventuali segnalazioni alla Corte dei conti o anche, per quanto attiene al controllo preventivo da questa esercitato, ad esempio sui contratti secretati ai sensi dell'art. 162, comma 5, del codice, di cui si è accennato al § 6);

- innanzi al giudice tributario (per inadempimenti degli obblighi fiscali, ad esempio emersi in sede di esame delle offerte o di verifica dei requisiti e dei correlati accertamenti da parte dell'amministrazione finanziaria contestati avanti alle competenti commissioni tributarie).

Si invita l'ANAC ad introdurre, per tali ulteriori ipotesi, adeguate previsioni di raccordo, anche mediante la sospensione del procedimento, ricorrendone la necessità, o la sua archiviazione, nell'ipotesi di indebita sovrapposizione o di inutile "duplicazione" rispetto ai più incisivi effetti determinati dall'esercizio della funzione giurisdizionale.

9. *Condizioni del parere favorevole.*

A conclusione di queste osservazioni di carattere generale, e prima di procedere a un esame di dettaglio dei singoli articoli, si indicano sin d'ora i rilievi che – per la loro particolare rilevanza – sono condizioni del parere favorevole, fatte salve le segnalazioni al Governo in ordine agli interventi correttivi sul codice (di cui al § 5) e le altre osservazioni pure effettuate in questa parte generale, che però non assumono valore condizionante.

Tali condizioni, riassuntivamente, sono:

a) l'integrazione del regolamento con la disciplina di tutte le forme di vigilanza previste dall'art. 213, comma 3, del codice, e di tutte le tipologie di atti eventualmente

adottabili all'esito del procedimento (§ 3), segnalandosi che rispetto alla disciplina dettata dall'art. 4 del regolamento del 9 dicembre 2014 spicca, in particolar modo, l'assenza di qualsivoglia disposizione che regoli la vigilanza collaborativa, prevista ora dall'art. 213, comma 3, lett. h), del codice, per gli affidamenti di particolare interesse e attuata previa stipula di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti richiedenti, finalizzata a supportarle «*nella predisposizione degli atti e nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara*»;

b) la previsione della partecipazione al procedimento di vigilanza, quando preordinato all'emissione di una raccomandazione vincolante, anche del dirigente responsabile, stante il suo possibile assoggettamento alla sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 211, comma 2, del codice (§ 6.3.3);

c) la previsione di minime garanzie procedimentali per la c.d. definizione in forma semplificata delle segnalazioni, di cui all'art. 9 dello schema, almeno con l'obbligo di comunicare l'avvio del relativo procedimento e di consentire una pur rapida interlocuzione procedimentale alla stazione appaltante e alle parti interessate (§ 6.3.3);

d) la previsione, nel regolamento, che la raccomandazione sia emanata entro un termine ragionevole, non superiore a 18 mesi dall'avvio del procedimento di vigilanza, fatto salvo il caso di invito all'autotutela quando vi sono i presupposti della risoluzione c.d. comunitaria di cui agli artt. 108 e 176 del codice (§ 6.4.);

e) la riformulazione dell'art. 15 dello schema, in riferimento alle ispezioni, con indicazione delle modalità di svolgimento (v., *infra*, § 10, *sub* art. 15);

f) la riformulazione dell'art. 17 dello schema, relativo alla sospensione dei termini procedimentali, con la previsione di un termine massimo per la sospensione, e per non più di una volta (§ 7).

10. *Rilievi sui singoli articoli*.

Art. 1 (Definizioni)

Al comma 1, lettera i), il richiamo all'art. 213, comma 1, del codice non sembra corretto, perché dell'art. 213 devono piuttosto essere richiamati il comma 2, quanto alla fonte che prevede il potere di emettere raccomandazioni non vincolanti, e il comma 3, quanto alla fonte che prevede le varie forme di vigilanza.

Si richiamano qui, per sinteticità, tutte le considerazioni svolte, nel § 3, sulle varie forme di vigilanza previste dall'art. 213.

Art. 2 (Oggetto)

I rilievi in ordine a questo articolo discendono dalle considerazioni sopra svolte in ordine alla incompletezza della disciplina regolamentare rispetto all'estensione dei poteri di vigilanza delineata dall'art. 213.

Qui, infatti, il richiamo all'art. 213 del codice conferma quanto già osservato *retro*, al § 3, e in relazione all'art. 1, e cioè che l'ambito applicativo dello schema in esame concerne tutti le ipotesi di vigilanza contemplate dall'art. 213.

Come si è detto, allo stato lo schema non disciplina tutti gli ambiti di vigilanza previsti dall'art. 213, comma 3, né tutti gli atti adottabili a seguito della vigilanza: l'articolato del regolamento dovrà essere conseguentemente integrato.

Art. 3 (Direttiva annuale sullo svolgimento della funzione di vigilanza)

La disposizione sulla direttiva annuale programmatica adottata dal Consiglio dell'ANAC riproduce in gran parte quella dell'art. 2 del regolamento del 9 dicembre 2014, con l'opportuna integrazione che tale direttiva va «*elaborata anche alla luce delle disfunzioni riscontrate nel mercato dagli uffici nel corso dell'attività di vigilanza svolta nell'anno precedente*».

Richiamando quanto osservato in generale (§ 3) sui diversi ambiti della vigilanza ai sensi dell'art. 213, comma 3, del codice, si osserva comunque che l'art. 3 dovrebbe dare maggiori indicazioni, ancorché flessibili e di principio, sul contenuto della direttiva annuale sulla vigilanza, soprattutto ove si consideri che la «*direttiva programmatica*», di cui al comma 2, conforma l'esercizio dell'attività di vigilanza (come si può subito constatare leggendo il successivo art. 4, comma 1) e deve orientare nel futuro anche l'operato delle stazioni appaltanti e degli operatori economici per l'ormai penetrante incidenza di tale attività anche sulla validità degli atti di gara (c.d. *vigilanza dinamica*).

Art. 4 (Attività di vigilanza d'ufficio e su segnalazione)

La disposizione distingue opportunamente – come già l'art. 3, comma 1, del regolamento del 9 dicembre 2014 – tra l'iniziativa d'ufficio (comma 1) e quella su segnalazione (comma 2): distinzione che, come si vedrà, comporta una diversa regolamentazione del termine entro il quale deve essere inviata la comunicazione di avvio del procedimento (v. art. 11, comma 2).

La possibilità, ora riconfermata dal nuovo regolamento, di consentire la segnalazione a qualsivoglia cittadino che ne abbia interesse, e quindi anche ad associazioni e comitati portatori di interessi diffusi, risponde indubbiamente al principio di vigilanza sulla legittimità degli atti di gara – quale interesse a carattere generale ed azionabile anche dal cittadino contribuente – affermato, tra l'altro, dal già richiamato *Considerando* n. 122 della Direttiva n. 2014/24/UE. Si raccomanda solo:

- di aggiungere, nel comma 2, l'aggettivo «*motivata*» accanto a «*segnalazione*», con una formulazione analoga a quella dell'art. 3, comma 1, del regolamento del 9 dicembre 2014;

- di aggiungere, altresì, dopo la parola «*interesse*», gli aggettivi «*concreto, diretto e attuale*», in coerenza con quanto prevede l'art. 11, comma 6, la cui formulazione sembra più rigorosa e corretta.
In tal modo, appare più chiaro che le segnalazioni palesemente pretestuose o prive di interesse sono destinate all'archiviazione ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. d).
Peraltro, è qui opportuno ricordare – come fa anche la relazione illustrativa (p. 3) – che la via d'elezione per far valere l'interesse alla trasparenza non è la segnalazione (che richiede appunto almeno un *fumus* di illegittimità di uno o più atti), bensì l'accesso civico di cui al d. lgs. n. 33 del 2013 (come modificato dal d. lgs. n. 97 del 2016).

L'art. 4, comma 4, prevede (in maniera non vincolante) l'utilizzo di un modulo per la segnalazione, allegato al regolamento e disponibile sul sito dell'Autorità, da trasmettersi preferibilmente tramite posta elettronica certificata. A questo riguardo va segnalato che il comma 4 rinvia erroneamente al comma 2, laddove invece il riferimento al modulo è contenuto nel comma 3.

È ammessa tuttavia, opportunamente, anche la presentazione della segnalazione in formato cartaceo dal successivo comma 5. Specialmente per questa seconda ipotesi, di segnalazione "a forma libera", la necessità di una motivazione appare ancor più evidente.

Al comma 6, prima riga, si suggerisce di anteporre alla parola inglese «*whistleblower*» il suo significato italiano, come peraltro già previsto dalla determinazione del 28 aprile 2015, modificando l'espressione come segue: «*Nel caso di segnalazione da parte di un dipendente pubblico (cd.* whistleblower*), la trattazione* […]».

Art. 5 (Segnalazioni anonime)

Alla luce della disciplina dell'art. 4, comma 4 (che valorizza molto l'utilizzo dello strumento informatico mediante l'invio del modulo tramite posta elettronica certificata), si potrebbe prevedere, con un nuovo comma ad hoc, che – almeno nella ipotesi di segnalazione inviata tramite posta elettronica certificata – l'assenza o la non leggibilità della firma siano sanabili tramite integrazione o chiarimento dell'elemento (firma o altro) che non consente l'individuazione del segnalante.

La richiesta di integrazione potrebbe essere rivolta all'indirizzo di posta elettronica certificata del segnalante, concedendo per l'adempimento un breve termine (ad esempio 10 giorni), trascorso inutilmente il quale il dirigente provvederà all'archiviazione.

Per evitare o scoraggiare la prassi delle segnalazioni sotto falso nome (anche se contenenti la denuncia di fatti gravi e veri, o verosimili), si suggerisce di riformulare l'art. 5, comma 1, lett. c), nel seguente modo: «*pur apparendo riferibili a un soggetto non consentano, comunque, di individuarlo o di identificarlo con certezza*».

La nuova disciplina prevede, al comma 2, che le segnalazioni anonime abbiano una funzione integrativa di informazioni in possesso dell'ufficio nell'esercizio dell'attività di vigilanza: non è più prevista dallo schema di regolamento una disposizione analoga a quella dell'art. 3, comma 3, del regolamento del 9 dicembre 2014, secondo cui «*nei casi di denunce riguardanti fatti di particolare gravità, circostanziate e adeguatamente motivate, il dirigente può, comunque, trasmettere l'esposto privo di sottoscrizione all'Ufficio Ispettivo o all'Ufficio piani di vigilanza e vigilanze speciali per lo svolgimento dell'attività di competenze*».

La modifica intende scoraggiare la prassi delle segnalazioni anonime, selezionando i fatti di particolare rilevanza e/o le informazioni adeguatamente dettagliate, ma

sempre in funzione integrativa e mai con valenza autonoma ai fini dell'esercizio della vigilanza.

Sul punto, per orientare comunque la prassi degli uffici, saranno senz'altro utili criterî interpretativi analoghi a quelli dettati dal Presidente dell'ANAC, con il Comunicato del 28 aprile 2015, per l'art. 3, comma 3, del regolamento del 9 dicembre 2014.

Art. 6 (Archiviazione delle segnalazioni)

La disposizione ripropone molte delle ipotesi che, nella casistica giurisprudenziale, giustificano il rifiuto di autotutela da parte dell'Amministrazione.

Il comma 1, lett. a), andrebbe adeguato alla modifica suggerita all'art. 5, dovendo prevedersi l'archiviazione per assenza delle informazioni obbligatorie richieste ai sensi dell'art. 4, commi 3 e 4, soltanto laddove la richiesta di integrazione non abbia avuto seguito.

Sempre alla lett. a), si suggerisce anche di eliminare il riferimento al comma 3 in quanto il contenuto necessario e obbligatorio del modulo è solo quello richiamato dal comma 4.

Alla stregua di quanto rilevato, e considerando che la segnalazione può essere presentata anche senza utilizzare il modulo (art. 4, comma 5), si suggerisce la seguente riformulazione della lettera:

«*a) assenza, o mancata integrazione, delle informazioni obbligatorie di cui all'art. 4, comma 4, o dei documenti e degli elementi rilevanti di cui all'art. 4, comma 5;* ».

La lett. d) mira ad evitare un controllo di tipo diffuso sulla generica attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, che come detto (*retro*, in relazione all'art. 4) può essere effettuato mediante altri strumenti quali l'accesso civico.

Al riguardo valgono le considerazioni svolte sull'art. 4 circa la necessità di una segnalazione motivata e quelle, che saranno esposte nell'art. 12, circa la partecipazione al procedimento.

Quanto alla lett. f), devono qui richiamarsi tutte le osservazioni già svolte nel § 8 circa il rapporto del procedimento di vigilanza con quello precontenzioso e con quello sanzionatorio.

Quanto alla lett. h), che prevede «*le questioni di carattere prevalentemente personale*», essa non appare ben definita e va meglio chiarita.
La relazione illustrativa dell'ANAC esemplifica tale ipotesi riferendosi alle questioni connesse «*a contrasti sorti con la stazione appaltante o a vicende particolari del singolo contratto, che non costituiscono una evidente irregolarità procedurale*» (p. 3).
Anche così esplicata, tuttavia, la disposizione pare una inutile duplicazione della lett. b) e può essere modificata sostituendo la parola «*ragioni*» a «*questioni*», ovvero facendo riferimento a «*finalità palesemente emulativa della segnalazione*».

Molto opportuno è il coordinamento dell'art. 6, comma 3, con l'art. 11, comma 2, dello schema di regolamento. Dal combinato disposto delle due disposizioni emerge, dunque, l'ipotesi di un meccanismo assimilabile al silenzio significativo, precluso solo dalla espressa richiesta scritta del segnalante di comunicazione della eventuale archiviazione (comma 2).

Art. 7 (Il responsabile del procedimento)
Nessuna osservazione specifica, eccetto quella di eliminare, nella rubrica, l'articolo "*il*" (sul *drafting*, v. § 11).

Art. 8 (Ordine di priorità delle segnalazioni)

La relazione illustrativa (p. 3) valorizza molto, a giustificazione di questa previsione, «*l'esigenza di garantire una sempre maggiore trasparenza dell'azione dell'Autorità*». La stessa relazione, però, aggiunge che l'elencazione delle priorità non ha carattere tassativo perché, anche su indicazione del Consiglio, il dirigente «*può valutare altri criteri di priorità*» in un'ottica, comunque, di efficacia ed efficienza dell'azione di vigilanza: tale possibilità, che appare condivisibile, andrebbe indicata espressamente nel testo dell'articolo.

L'elenco delle priorità non appare completo: si richiamano qui le osservazioni svolte nel § 8, sulla opportunità di inserire tra le segnalazioni prioritarie quelle effettuate dal giudice amministrativo ai sensi dell'art. 1, comma 32-*bis*, della l. 6 dicembre 2012, n. 190.

In relazione all'art. 8, comma 2, in virtù di quanto osservato nella parte generale (§ 3) in ordine agli effetti della vigilanza, si suggerisce di sostituire l'espressione «*Le altre segnalazioni*» con quella «*Tutte le segnalazioni*».

Art. 9 (Definizione della segnalazione in forma semplificata)

La disposizione (che sostituisce il modello di «*intervento senza il previo espletamento di un'istruttoria*» previsto dall'art. 7 del regolamento del 9 dicembre 2014) riproduce in parte lo schema di definizione semplificata del procedimento già delineato nell'art. 10 del regolamento del 5 ottobre 2016 sul precontenzioso, sul quale questo Consiglio aveva già manifestato alcuni rilievi nel parere n. 1920 del 2016, poi accolti dall'ANAC.

Alla rubrica, si suggerisce di sostituire l'espressione «*Definizione della segnalazione in forma semplificata*» con quella, più adeguata, di «*Procedimento in forma semplificata*».
Ciò anzitutto per una ragione di carattere sistematico, in quanto – come già osservato nel citato parere n. 1920 del 2016 sull'analoga previsione dell'art. 10 nel regolamento sul precontenzioso – anche questa disposizione, nell'ispirarsi all'art. 2, comma 1, ultimo periodo, della l. n. 241 del 1990, dovrebbe recepirne con analoga cura la formulazione, chiarendo se la "*semplificazione*" riguardi la sola motivazione del provvedimento conclusivo o invece, preferibilmente, anche l'intero *iter* procedimentale.
Sul piano sostanziale, infatti, la semplificazione investe non solo la forma dell'atto finale, ma anche le stesse fasi del procedimento amministrativo: ciò si ricava dalla collocazione sistematica della previsione, dalla relazione illustrativa dell'ANAC e, soprattutto, dall'*iter* procedimentale descritto.
Inoltre, il riferimento della definizione in forma semplificata alla sola segnalazione escluderebbe dal campo applicativo dell'art. 9 i procedimenti avviati d'ufficio dall'ANAC, che potrebbero concludersi anch'essi secondo un *iter* semplificato, ricorrendone i presupposti.

Venendo all'esame della fattispecie procedimentale introdotta dall'art. 9, si rileva che essa concerne ipotesi di violazioni c.d. *de plano*: le ipotesi sono quelle di violazioni patenti, per le quali non sussistono dubbi interpretativi (lett. a), e quelle di casi sui quali si è già formato un solido orientamento da parte dell'ANAC (lett. b).
Si rimette all'Autorità l'eventualità di non esplicitare, alla lett. b), il riferimento all'applicazione «*in via analogica*» dei precedenti dell'Autorità, poiché l'analogia presuppone ed implica l'utilizzo di un complesso ragionamento logico-giuridico difficilmente compatibile con una motivazione sintetica e "semplificata".

La lett. c) prevede come condizione per la definizione in forma semplificata che la segnalazione non sia relativa a violazioni di legge che possono dar luogo ad una raccomandazione vincolante.

Questa Commissione speciale ritiene (cfr. pure, *supra*, § 6.3.3) che non si rinvengono ragioni per rinunciare alla forma semplificata per i procedimenti di raccomandazione vincolante, purché ovviamente si rientri nelle ipotesi de plano di cui alla lett. a) e b) dell'art. 9 dello schema.

In tali casi, infatti, la forma non semplificata provocherebbe soltanto inutili allungamenti dei tempi, ma non aggiungerebbe alcuna garanzia agli interessati, laddove si inserisca anche per la forma semplificata un corredo sufficiente di garanzie, come già suggerito *retro*, al § 6.3.3 del presente parere.

Si raccomanda, pertanto, di espungere la lettera c) dal comma 1 dell'art. 9, oppure di prevedere questa specifica ipotesi in un comma *ad hoc*, se l'Autorità intenda preservarsi la possibilità di ricorrere alla procedura semplificata in ogni ipotesi di raccomandazione non vincolante.

Quanto all'*iter* procedimentale, richiamando le osservazioni generali svolte (v. § 4), la Commissione speciale rileva che l'esito dell'istruttoria viene comunicato direttamente alla stazione appaltante, con l'invito a rispettare le disposizioni violate, senza avviso di avvio del procedimento e senza preavviso sul provvedimento finale né invito a presentare controdeduzioni.

La stazione appaltante potrebbe, quindi, ricevere la raccomandazione dell'ANAC senza aver conosciuto affatto dell'esistenza del procedimento (ad esempio, nel caso in cui la segnalazione sia corredata dei documenti rilevanti e, dunque, non ci sia necessità di chiederli alla stazione appaltante).

Nella relazione illustrativa dell'ANAC (p. 3) si legge che, poiché tale tipo di procedimento «*comporta una compressione delle fasi del procedimento amministrativo, le ipotesi in cui detta procedura può essere attivata sono state elencate in maniera puntuale*».

Tale precisazione non appare sufficiente a questa Commissione speciale: anche se solo per ipotesi tipizzate, se si elimina del tutto la fase di comunicazione dell'avvio del procedimento e la fase istruttoria vi è comunque un *vulnus* nel contraddittorio, e aumenta il rischio di difetto di istruttoria. Non sembra, infatti, possibile omettere l'avviso di avvio del procedimento al di fuori dei casi tassativi di cui all'art. 7 della l. n. 241 del 1990 (e, cioè, ove ricorrano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento).

Inoltre, almeno nelle ipotesi di raccomandazione vincolante, dovrebbe essere previsto che la nota dirigenziale di cui all'art. 18, comma 2, lett. a), dello schema sia trasmessa alla stazione appaltante, al dirigente responsabile e ai soggetti controinteressati o partecipanti al procedimento, con un meccanismo, pur semplificato, analogo a quello previsto in via ordinaria dell'art. 16, commi 4 e 5, dello schema.

Infine, sempre a garanzia del contraddittorio e della completezza dell'istruttoria, senza menomare le esigenze di celerità, appare opportuno comunque prevedere un contraddittorio successivo ed eventuale, anche mediante il richiamo allo strumento del riesame previsto dall'art. 20, comma 5, dello schema, potenziato secondo le indicazioni che meglio saranno analizzate nelle osservazioni all'art. 20.

Non è, infine, chiaro l'effetto giuridico dell'informativa mensile del dirigente competente al Consiglio dell'Autorità (art. 9, comma 3) in ordine alle segnalazioni definite in forma semplificata e, in particolare, se il Consiglio abbia il potere di attivare d'ufficio il riesame ove non condivida la soluzione semplificata accolta dal dirigente.

Art. 10 (Atti conclusivi del procedimento di vigilanza)

L'art. 10, comma 1, prevede che l'esito del procedimento può essere duplice: l'archiviazione o l'emissione della deliberazione, che può avvenire nella forma (semplificata) della «*definizione*» o in quella (ordinaria) dell'adozione «*mediante delibera del Consiglio*».

Per ragioni di coordinamento con la suggerita riformulazione dell'art. 9, si consiglia di sostituire alla parole «*o la definizione oppure con l'adozione, mediante delibera del Consiglio, di uno dei seguenti atti*» l'espressione «*con l'adozione, anche in forma semplificata ai sensi dell'art. 9, di uno dei seguenti atti:* ».

Sempre in relazione al comma 1, si rileva poi una sua parziale sovrapposizione e un incompleto coordinamento con l'art. 18.

Dall'art. 10 si evincono, infatti, tre possibili esiti (l'archiviazione, la raccomandazione vincolante, la raccomandazione semplice), mentre dall'art. 18, commi 1 e 2, si evincono quattro esiti: la raccomandazione vincolante, la raccomandazione semplice, l'atto dirigenziale di definizione in forma semplificata, l'atto dirigenziale di presa d'atto della volontà della stazione appaltante di conformarsi alle indicazioni emerse dalla comunicazione di conclusione dell'istruttoria (c.d. CRI).

Ora, a parte la ripetizione della stessa previsione normativa in due articoli, quanto all'esito di raccomandazione vincolante e raccomandazione semplice si segnala che non è chiaro, nel caso in cui non si proceda sin da subito all'archiviazione (art. 6), ma a seguito di articolata istruttoria, quale organo sia competente ad archiviare: se il Consiglio o il responsabile del procedimento.

Si raccomanda all'Autorità di chiarire tale profilo nello schema definitivo.

In relazione all'art. 10, comma 2, infine, si osserva che l'ANAC, in via di autolimitazione, circoscrive il suo potere di raccomandazione vincolante, con invito all'autotutela, ai soli casi di "*gravi violazioni*".
La previsione merita condivisione per lo sforzo ricostruttivo compiuto dall'Autorità nel limitare il proprio intervento ai casi di maggiore rilevanza.

Art. 11 (Avvio del procedimento di vigilanza)
La disciplina prevede, opportunamente, una "biforcazione" del procedimento, fin dal principio e dal suo primo atto, a seconda che esso conduca a una raccomandazione vincolante, ai sensi dell'art. 211, comma 2, del codice, o "semplice" ai sensi dell'art. 213 del codice. Nel primo caso si prevedono maggiori garanzie procedimentali quali, ad esempio: la richiesta di informazioni preventive alla stazione appaltante (art. 11, comma 4), la preventiva sottoposizione della CRI all'approvazione del Consiglio (art. 16, comma 2), l'interlocuzione delle parti sulla stessa CRI (art. 16, commi 4 e 5) e la successiva fase del riesame della raccomandazione vincolante (art. 19, comma 5).
Il comma 2 prevede che la comunicazione di avvio del procedimento debba essere inviata entro 60 giorni dalla recezione della segnalazione.
Il comma 6 limita l'invio della comunicazione, oltre che alla stazione appaltante e agli operatori economici coinvolti (per i quali sarebbe forse più opportuna l'espressione «*controinteressati*»), anche ai soggetti che abbiano effettuato la segnalazione, avendone «*un interesse diretto, immediato ed attuale*», con una formulazione – analoga a quella dell'art. 12, comma 1, lett. b) – meno generica e più rigorosa rispetto a quella dell'art. 4, comma 1, che prevede la segnalazione di chiunque ne abbia interesse *tout court*. Si ribadisce l'opportunità di estendere tale riferimento anche nell'art. 4, comma 1, per le ragioni ivi indicate.

Sul limite temporale del comma 5, che preclude l'avvio del procedimento se l'esecuzione del contratto sia stata già avviata, si rinvia alle ampie considerazioni svolte nel § 6.5.

Richiamando le osservazioni generali svolte nel § 5 e le condizioni enunciate al § 9, appare altresì necessario che la comunicazione di avvio del procedimento sfociante nella raccomandazione vincolante – o della eventuale integrazione – sia effettuata anche nei confronti del dirigente responsabile.

Art. 12 (Partecipazione all'istruttoria)

La previsione dell'art. 12 riproduce quella dell'art. 11 del regolamento del 9 dicembre 2014, introducendo tuttavia un limite temporale (di 30 giorni) per l'intervento dei soggetti di cui alla lett. b) e alla lett. c).

Valuterà l'Autorità l'opportunità di consentire una così ampia partecipazione all'istruttoria ai soggetti portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni e comitati, ai quali possa genericamente derivare un «*pregiudizio dal provvedimento*» (comma 1, lett. c), in procedimenti tanto delicati, con conseguente aggravio dell'istruttoria, ulteriore eventuale allungamento dei termini procedimentali e larga possibilità di accedere ad atti di gare complesse e delicate, salvi i limiti di cui alla l. n. 241 del 1990 e al regolamento sull'accesso adottato dall'ANAC il 31 maggio 2016.

La previsione dell'art. 12, comma 1, lett. c) si mostra, in linea di principio, rispettosa di quanto prevede l'art. 9 della l. n. 241 del 1990 sull'intervento di tali associazioni e comitati nel procedimento.

Con riguardo alla vigilanza sui contratti pubblici, però, nello specifico si deve tenere presente che:

- tali soggetti possono presentare essi stessi autonomamente una segnalazione – art. 4, comma 2, dello schema – che deve essere, però, debitamente circostanziata e documentata, pena, altrimenti, la sua archiviazione ai sensi dell'art. 6, sicché l'intervento loro consentito dall'art. 12 potrebbe eludere il "filtro" degli artt. 4 e 6 che, soprattutto nella loro riformulazione sopra suggerita da questa Commissione, dovrebbero prevedere una segnalazione motivata e sorretta da un interesse diretto, concreto e attuale;
- tali soggetti, per definizione, possono sovente lamentare un generico «*pregiudizio*», anche morale (si pensi alle associazioni di consumatori, utenti, cittadini che con lodevole impegno e spirito civico si battono per la legalità, etc.), dalla eventuale illegittimità del provvedimento e, quindi, intervenire nel procedimento anche quando tale pregiudizio, in fin dei conti, non è che quello arrecato all'etica pubblica e alla "moralità" dell'agire amministrativo nelle pubbliche gare;
- la loro larga partecipazione al procedimento avviato su segnalazione di altro soggetto legittimato o avviato d'ufficio, che sfoci nella raccomandazione vincolante, potrebbe legittimarli – o, meglio, indurli a ritenersi legittimati – ad impugnare tale atto e tutti quelli successivi – in esecuzione o in aperto dissenso – della stazione appaltante, con un'apertura del contenzioso amministrativo delle gare, per questa via (quella, cioè, dell'intervento ampiamente ammesso dall'art. 12 al procedimento di vigilanza), ad un poco controllabile flusso di interventi di associazioni e comitati più o meno rappresentativi, in contrasto con la finalità del *Considerando* n. 122 della Direttiva n. 2014/24/UE già richiamato che, invece, esclude che la segnalazione di illegittimità all'Autorità di vigilanza nazionale «*comporti necessariamente una loro azione dinanzi a Corti e Tribunali*».

E ciò senza dire, comunque, che ormai l'istituto dell'accesso civico di cui al d. lgs. n. 33 del 2013 consente, per una fondamentale esigenza di trasparenza, una larga e diffusa conoscibilità di tali atti, anche alla luce della riforma di cui all'art. 7 della l. n.

124 del 2015, sulla quale questo Consiglio di Stato si è pronunciato nel parere n. 515 del 24 febbraio 2016, riforma alla quale ha fatto seguito il d. lgs. n. 97 del 25 maggio 2016.

Si rimette quindi alla valutazione dell'ANAC – anche in comparazione tra i beneficî della previsione e gli oneri che essa comporta – l'opportunità o di eliminare la previsione di cui all'art. 12, comma 1, lett. c) (che può apparire superflua ai fini della trasparenza e costituente un potenziale aggravio per il procedimento della vigilanza), o di riformularla, peraltro in sintonia con la lett. b), precisando che tale pregiudizio, per comitati ed associazioni intervenienti, deve atteggiarsi in modo diretto, immediato, attuale (allo scopo di non utilizzare la complessa e onerosa procedura della vigilanza per un generalizzato controllo sull'operato della pubblica amministrazione, che può più semplicemente ottenersi, come detto più volte, attraverso il diverso strumento dell'accesso civico a tutela della trasparenza quale bene di interesse pubblico e generale condivisione).

Art. 14 (Audizioni)

Come più volte rilevato in ordine alla necessità della sua partecipazione al procedimento qui in esame (v. in particolare, *supra*, § 6.3.3.), occorre prevedere, al comma 1, che debba essere personalmente audito, per le gravi conseguenze di cui all'art. 211, comma 2, del codice, il dirigente responsabile che ne faccia richiesta nei procedimenti finalizzati all'emissione delle raccomandazioni vincolanti.

Si tratta di una essenziale garanzia procedimentale, insieme con quella, già sopra indicata (v., *supra*, *sub* art. 11), della comunicazione di avvio del procedimento e/o della eventuale integrazione ai sensi dell'art. 11, a tutela delle sue ragioni e, *ad adiuvandum*, di quelle della stazione appaltante.

Art. 15 (Ispezioni)

La disciplina prevista necessita alcune integrazioni, come si è osservato nel § 4, in quanto presenta delicati aspetti di compatibilità con i principî della l. n. 241 del 1990 e con valori costituzionalmente protetti.
Essa non contiene più una previsione analitica come era quella dell'art. 14 del regolamento del 9 dicembre 2014, scontando la lacuna che, al riguardo, denota la fonte primaria dell'art. 213 del codice rispetto all'art. 6, comma 9, dell'abrogato d. lgs. n. 163 del 2006.

Premesso che il potere ispettivo è espressamente attribuito all'ANAC dall'art. 213, comma 5, del codice, si osserva che non è chiaro chi sia competente a chiedere le ispezioni, visto che si attribuisce tale potere all'"Ufficio" e non al "responsabile del procedimento", che si identifica, ai sensi dell'art. 7 dello schema, con il responsabile dell'ufficio.
Non si comprende, insomma, come si coordini il dirigente dell'ufficio con l'ufficio stesso, per rivolgere la richiesta di ispezioni al Consiglio.
Non è nemmeno chiaro come si raccordino il Consiglio e il Presidente, posto che l'ispezione è chiesta al Consiglio, ma disposta con «*mandato ispettivo*» del Presidente.

Non sono poi indicate le modalità e le garanzie del procedimento ispettivo.
Nella relazione illustrativa dell'ANAC, a p. 5, si legge che le modalità di espletamento dell'ispezione sono indicate in un atto pubblicato sul sito dell'Autorità.
Ma, trattandosi di modalità rilevanti per i diritti di libertà su cui incidono (libertà e inviolabilità di domicilio, corrispondenza, etc.), è necessario indicarle in un atto con procedimento e forme di pubblicità certe, quale è un regolamento, o quanto meno occorre indicare nel regolamento l'atto cui la *relatio* è operata.

Occorre poi ribadire quanto già segnalato al Governo (cfr., *retro*, § 4.3.) circa la criticità della stessa fonte primaria rispetto alla compiuta disciplina prima recata dall'art. 8 del d. lgs. n. 163 del 2006 e all'art. 14 del regolamento del 9 dicembre 2014.
In ogni caso, anticipando quanto sarà osservato nell'art. 17 sulla sospensione dei termini procedimentali, occorre che il termine massimo per la conclusione dell'attività ispettiva e la redazione della relazione sia precisato già nell'articolo 15, comma 3, non potendo essere rimesso al solo mandato ispettivo del Presidente.
Vi è, altrimenti, il rischio concreto che la mancata indicazione, nel regolamento, di un termine massimo e certo di tale attività (che è causa di sospensione dei termini procedimentali ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. b) dello schema di regolamento), possa condurre ad un indefinito prolungamento dei tempi del procedimento.

Art. 16 (Comunicazione di risultanze istruttorie)

La comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI), di cui all'art. 16, è una novità rilevante del regolamento, che comporta peraltro un rafforzamento delle garanzie procedimentali: è infatti previsto, dopo tale comunicazione, un contraddittorio sulle stesse risultanze, con la possibilità di controdeduzioni formulabili della stazione appaltante (comma 4) e di memorie depositabili dalle altre parti (comma 5).
Anche in questo caso la comunicazione agli interessati – comma 4 – dovrebbe essere estesa anche, e personalmente, al dirigente responsabile passibile di sanzione amministrativa ai sensi dell'art. 211, comma 2, del codice, nonché a tutti i soggetti che hanno preso parte alla gara.
Il dirigente responsabile dovrebbe, poi, vedersi riconosciuta la facoltà di presentare le eventuali controdeduzioni di cui al comma 5, in proprio o insieme alla stazione appaltante.

Infine, il comma 6, in armonia con la filosofia ispiratrice del regolamento, e in particolare con il principio dell'art. 22, dovrebbe maggiormente valorizzare la modalità di comunicazione in via informatica sia della CRI che delle eventuali controdeduzioni della stazione appaltante (e/o del responsabile del procedimento, come detto).

Art. 17 (Sospensione dei termini del procedimento)

Si devono qui richiamare tutte le osservazioni già svolte nel § 7 e le condizioni enunciate nel § 9 circa la disciplina della sospensione dei termini procedimentali prevista nell'art. 17, sospensione che pure può rendersi necessaria, come chiarisce il comma 1, «*in considerazione della complessità delle attività istruttorie*».

È condizione del parere favorevole la previsione, anzitutto, di un termine massimo per la sospensione, che non può essere protratta sine die, con grave *vulnus* ai principî fondamentali del procedimento amministrativo, anzitutto per quanto attiene al ragionevole termine per l'esercizio dell'autotutela.

Inoltre la sospensione dei termini, in conformità al generale principio dell'art. 2, comma 7, della l. n. 241 del 1990 (al quale non dovrebbe ragionevolmente derogarsi per l'esercizio della vigilanza), non può operare «*per più di una volta*», salve eccezionali ragioni, adeguatamente motivate.

Anche le ipotesi di sospensione appaiono formulate in modo troppo generico.

Quanto alla lett. a), anzitutto, l'effetto sospensivo andrebbe limitato alle richieste documentali integrative di soli documenti che non siano già in possesso o comunque già richiesti da ANAC.

Quanto alla lett. b), richiamandosi a quanto osservato per l'art. 15, comma 3, occorrerebbe che nella disciplina delle ispezioni sia fissato un termine massimo per la conclusione delle stesse, termine che non può essere rimesso al solo mandato ispettivo del Presidente, ad evitare che il loro illimitato od eccessivo protrarsi blocchi irragionevolmente il procedimento *sine die*.

Quanto alla lett. c), ancora, andrebbe eliminata l'ipotesi di sospensione per l'acquisizione di pareri da altri uffici della stessa Autorità, non apparendo ragionevole che la sospensione del procedimento operi anche per gli atti provenienti dalla stessa Autorità.

Per i pareri di altre amministrazioni o di autorità nazionali ed estere, infine, sarebbe opportuna la previsione che, oltre un certo termine, l'Autorità ne possa prescindere, per evitare una indefinita stasi del procedimento.

Art. 18 (Conclusione del procedimento istruttorio)

Si richiamano le osservazioni svolte in riferimento all'art. 10 circa il necessario raccordo tra l'art. 18 e lo stesso articolo 10 (atti conclusivi del procedimento), risultando altrimenti l'articolato normativo poco coerente, da un lato, e pleonastico, dall'altro.

Da valutare l'opportunità di inserire, nel comma 1, anche la previsione che la proposta di delibera, «*salvi i casi definiti con atto dirigenziale di cui al comma 2, lett. a), sia adeguatamente motivata, indicando i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'Autorità, in relazione alle risultanze dell'istruttoria*», con formula

allineata ed aderente agli obblighi motivazionali affermati, in linea generale, dall'art. 3 della l. n. 241 del 1990.
Considerando che già la CRI, nella fase immediatamente precedente del procedimento, è sottoposta a preventiva approvazione del Consiglio, nelle ipotesi di cui all'art. 16, commi 2 e 3, la valutazione di tali ragioni, espresse nella proposta di delibera, anche in rapporto alle eventuali controdeduzioni e memorie susseguenti alla CRI, mette in condizione il Consiglio di conoscere in modo più approfondito e completo le ragioni della stazione appaltante e/o del responsabile del procedimento.

Da un punto di vista del *drafting*, si raccomanda di adeguare il testo del comma 2, lett. a) alla suggerita eliminazione della lett. c) del comma 1 dell'art. 9 (resta quindi sufficiente far riferimento all'art. 9, comma 1, e non più anche alle sue lettere a) e b).

Il comma 5, infine, dovrebbe meglio valorizzare la comunicazione telematica alle parti, prevista in via generale dall'art. 22 dello schema di regolamento.

Art. 19 (Comunicazione dell'atto di raccomandazione vincolante e verifica della sua esecuzione)
La disposizione dovrebbe comunque prevedere che l'Autorità, trascorso un termine ragionevole (e comunque il termine massimo di diciotto mesi), possa in ogni caso emanare un atto di raccomandazione "semplice" ai sensi del successivo art. 20.

I commi 3 e 4, che, almeno in parte, comportano una duplicazione di disposizioni sovrapponibili, richiedono comunque un adeguato raccordo con l'emanando regolamento sul procedimento sanzionatorio, che sostituirà quello precedente del 2014.

È apprezzabile la previsione dell'istanza di riesame, di cui al comma 5, quale strumento che incrementa la tutela, in via amministrativa, nei confronti delle determinazioni vincolanti delle Autorità e può avere una finalità deflattiva del possibile contenzioso giurisdizionale contro di esse.

Tale strumento di riesame dovrebbe proprio per questo essere esteso, sul piano soggettivo, a tutti i soggetti interessati di cui all'art. 16, comma 4, e non solo alla stazione appaltante (e, come detto, al responsabile del procedimento di gara), e, sul piano oggettivo, a tutte le ragioni – non solo quelle di fatto non conosciute in sede di istruttoria – che possano indurre ad un ripensamento del Consiglio, ragioni, ad esempio, espresse nelle controdeduzioni e nelle memorie, di cui all'art. 16, e non adeguatamente rappresentate al Consiglio o comunque non ben valutate nella proposta di delibera poi approvata.

In relazione all'art. 19, comma 6, che ricorda il regime di impugnazione delle raccomandazioni vincolanti, esso è ripetitivo dell'art. 211, comma 2, del codice e, perciò, superfluo, sicché può essere omesso.

Art. 20 (Comunicazione dell'atto di raccomandazione e verifica della sua attuazione)

Nel comma 2 è auspicabile inserire la previsione secondo cui il termine è comunque massimo – 45 giorni – se l'atto di raccomandazione non vincolante sia stato adottato, ai sensi dell'art. 9, comma 1, lett. c), con definizione in forma semplificata non preceduta dall'avviso di cui all'art. 11 o da altro atto di partecipazione procedimento.

Anche il comma 3 necessita di apposito raccordo con l'emanando regolamento sulle sanzioni ai sensi dell'art. 213, comma 13, del codice.

Art. 21 (Attività di vigilanza sui casi di somma urgenza e di protezione civile)

La disposizione disciplina la peculiare ipotesi della vigilanza esercitata sulle procedure di somma urgenza e protezione civile, previsti dall'art. 163 del codice.

Al comma 2 l'espressione "*criticità*" è generica e lascia uno spazio di intervento troppo poco definito all'Autorità nel suo potere di vigilanza.

Preferibile appare l'espressione «*rilevanti irregolarità, non adeguatamente giustificate dall'urgenza della procedura*» o altra di analogo tenore.

Si devono applicare anche a questi procedimenti, salve specifiche motivate ragioni di urgenza, regole e garanzie procedimentali della l. n. 241 del 1990, del resto non escluse dalla formulazione dell'articolo, nonostante il carattere emergenziale delle procedure oggetto di vigilanza da parte dell'Autorità.

Opportuno appare, nel comma 3, il coordinamento della vigilanza successiva con il controllo preventivo che l'Autorità esercita ai sensi dell'art. 163 del codice, con il sostanziale divieto di svolgere la vigilanza successiva se siano stati rilasciati i pareri preventivi circa i requisiti di urgenza.

Tale autolimite dovrebbe figurare, comunque, anche nella previsione dell'art. 10, comma 2, lett. i), come si è rilevato nelle osservazioni svolte in riferimento a tale disposizione.

Valuterà l'Autorità, peraltro, se tale autolimite debba essere opportunamente mantenuto, considerata la possibilità che anche nella fase esecutiva di tali contratti possano verificarsi irregolarità, o quantomeno prevedere la possibilità di emanare raccomandazioni non vincolanti.

Art. 22 (Comunicazioni)

L'espressione «*di norma*», generica, dovrebbe essere sostituita con «*salve specifiche esigenze del procedimento*», al fine di meglio chiarire il carattere prioritario dello strumento informatico.

Art. 23 (Disposizioni transitorie)

Nel comma 1 non si comprende con precisione se il regolamento debba applicarsi ai procedimenti nei quali non sia stata ancora avviata la fase istruttoria o se «*istruttorio*» sia un pleonasmo e, come tale, da eliminare.

Si richiamano al riguardo le osservazioni svolte, sul punto, nel § 8.

Per le ragioni espresse in tale sede, non potranno trovare applicazione retroattiva, per l'artt. 13, comma 2, lett. b) e per l'art. 15, comma 2 dello schema di regolamento, le nuove sanzioni amministrative, aventi limiti edittali elevati (fino ad € 50.000,00), introdotte nell'art. 213, comma 13, del codice per il rifiuto di fornire le informazioni o di esibire i documenti, richiesti dall'Amministrazione nel corso dell'istruttoria e anche, se del caso, in sede ispettiva.

Art 24 (Entrata in vigore)

Non vi è alcuna specifica osservazione, salvo quella di riformulare la rubrica, in modo più completo, con l'espressione «*Entrata in vigore e abrogazioni*».

§ 11 –*Osservazioni di drafting.*

Nell'art. 2 aggiungere la virgola dopo «*comma 2*».

Nell'art. 3, comma 3, possono essere soppresse le parole *«, di cui al comma 2,* ».

Nell'art. 5, comma 2, sostituire «*potranno esser*e» con «*possono essere*».

Nell'art. 7 eliminare, nella rubrica, la parola «*il*».

Nell'art. 8, comma 1, lett. c) eliminare la virgola dopo «*anche*».

Nell'art. 8, comma 2, aggiungere la virgola dopo «*comma 2*».

Nell'art. 9, comma 1, separare la parola «*semplificata*» dalla preposizione «*nei*».

Nell'art. 10, comma 2, lett. f), sostituire «*Ue*» con «*UE*».

Nell'art. 11, comma 3, sostituire «*ne da tempestivamente informazione*» con «*ne dà tempestivamente informazione*».

Nell'art. 12, comma 2, lett. b), sostituire «*saranno valutati*» con «*sono valutati*».

Nell'art. 13, comma 2, sostituire «*devono indicare*» con «*indicano*».

Nell'art. 13, comma 3, sostituire «*dovranno essere forniti*» con «*sono forniti*».

Nell'art. 14, comma 2, sostituire «*Entro 10 giorni dal ricevimento, i soggetti destinatari della comunicazione di risultanze istruttorie possono presentare istanza di audizione all'Ufficio*» con «*I soggetti destinatari della comunicazione di risultanze istruttorie, entro 10 giorni dal ricevimento, possono presentare istanza di audizione all'Ufficio*».

Nell'art. 18, comma 1, sostituire «*il Dirigente dell'Ufficio competente, responsabile del procedimento,* » con «*il responsabile del procedimento*».

Nell'art. 21, comma 1, sostituire «*la Stazioni appaltante*» con «*la stazione appaltante*».

In generale, poi, è preferibile indicare come soggetto attivo «*il responsabile del procedimento*» anziché «*il dirigente*», essendosi stabilito che il responsabile del procedimento è il dirigente competente (art. 7 dello schema): così, ad esempio, negli artt. 6; 11, comma 8; 13, 14; 18, comma 2; 20, comma 3.

Infine si raccomanda di evitare l'uso di maiuscole non necessarie, ad esempio per le parole "*Codice*", "*Dirigente*", "*Ufficio*", "*Stazione appaltante*", "*Responsabile del procedimento*", "*Atto di raccomandazione*", "*Segreteria*", "*Organi*", "*Ispettore*".

Dovrebbero essere evitati, infine, gli anglismi non necessari come "*tea*m" (art. 15, comma 2).

P.Q.M.

nei suesposti sensi, con le osservazioni e alle condizioni tutte sopra menzionate, è il parere della Sezione affari normativi – Commissione speciale.

Ai sensi dell'art. 58 del r.d. n. 444/1942 si dispone la trasmissione del presente parere alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e, per esso, al DAGL (Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi), al fine di segnalare la necessità di un intervento correttivo in relazione agli artt. 108, comma 1, lett. d), 176, commi 1 e 2, 211, comma 2, e 213, comma 3, del codice (§ 3 e § 5 del presente parere).

GLI ESTENSORI
Luigi Carbone, Massimiliano Noccelli, Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO
Gianfranco Vastarella