

SUL PARERE *PRECONTENZIOSO* DELL'AUTORITÀ NAZIONALE
ANTICORRUZIONE (ANAC). UNA SUGGERIZIONE PER UN NUOVO MODELLO
PROCESSUALE? UN SISTEMA DI A.D.R. PER IL CONTENZIOSO IN MATERIA
DI APPALTO PUBBLICO? O UNA FATTISPECIE DI DUBBIA
COSTITUZIONALITÀ?

Irene Coppola*

*Non si può conoscere veramente la natura e il carattere di un uomo
fino a che non lo si vede gestire il potere.
(Sofocle)*

SOMMARIO: 1.- Introduzione; 2.-La Centralità dell'ANAC nella contrattualistica degli appalti e la criticità di una nuova *vis*; 3.-L'art. 211, comma 1, del codice degli appalti pubblici e la procedura di deliberazione del parere *precontenzioso*; 4.- Parere *Precontenzioso* e Sistemi alternativi di Risoluzione delle Controversie: fattispecie a confronto. Atto ibrido?; 5.- L'illegittimità costituzionale del parere precontenzioso e le considerazioni conclusive.

1.- Introduzione

In tutti i periodi storici, la vita sociale degli individui si è basata principalmente su relazioni di potere.

La formazione degli stati moderni e, quindi, l'affermazione del principio di democrazia, ha fatto credere che le relazioni comando-obbedienza e le violenze coercitive, tipiche degli stati autoritari, starebbero scomparendo.

In realtà, come fa notare Heinrich Popitz¹, la violenza (*vis*) può essere delimitata ma non può scomparire, perché anche gli Stati democratici devono far uso della forza coercitiva, della coazione, per mantenere l'ordine sociale e difendere i diritti e le libertà conquistate²

Il tedesco Max Weber,³ nel suo libro *Economia e società*, definisce il potere come la capacità di un attore sociale di esercitare (a volte attraverso l'uso della forza) un controllo sul comportamento degli altri attori, anche senza il consenso di questi ultimi, condizionando le loro decisioni.

*Dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Salerno.

H. POPITZ, *Fenomenologia del potere. Autorità, dominio, violenza, tecnica*, curatore S. CREMASCHI, traduttore P. VOLONTE', L. BURGAZZOLI, in collana: Biblioteca paperbacks, Bologna 2015.

²Sul punto H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, 1951, tr.it., Edizioni di Comunità, Milano, 1967; N. BOBBIO, *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica*, Torino, 1966; N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, a cura di M. BOVERO, Torino, 1999; A. COSTABILE, *Il potere politico*, Roma, 2002.

³S. BREUER, *Nichtlegitime Herrschaft*, in M. WEBER *und die Stadt im Kulturvergleich*, a cura di S. Bruhns – W. NIPPEL, Göttingen, Vandenhoeck, 2000, pp. 63-76.

Il potere, per Weber, è la ricchezza, il prestigio, lo status, la forza numerica e fisica, l'efficienza organizzativa ed, in genere, tutto ciò che offre un vantaggio attraverso una forma di imposizione.

Weber distingue due concetti: il concetto di *Macht* (potenza) e di *Herrschaft* (potere legittimo).

Con il termine *potenza* si intende: "*qualsiasi possibilità di far valere entro una relazione sociale, anche di fronte ad un'opposizione, la propria volontà, quale che sia la base di questa possibilità*"; con il termine *potere legittimo*, invece va intesa: "*la possibilità di trovare obbedienza, presso certe persone, ad un comando che abbia un determinato contenuto*".

La prima espressione fa riferimento ad una relazione sociale dove il soggetto più forte riesce a far valere la propria volontà in ogni caso; la seconda espressione si riferisce alle relazioni dove il soggetto debole accetta le decisioni altrui perché le riconosce valide e quindi legittime. Oltre al potere politico Weber individua altre due forme di potere: il *potere economico* ed il *potere ideologico*; il primo è esercitato da chi possiede risorse materiali o finanziarie che permettono di indurre coloro che non le hanno a tenere determinati comportamenti (esempio: imprenditori ed operai); il secondo consiste nella capacità di influenza che viene esercitata sulle idee della gente da chi è investito di una certa autorità.

Per Weber il potere politico è il potere sovrano e tutte le altre sfere di potere sono subordinate ad esso, atteso che lo Stato influenza e regolarizza tutte le attività umane, siano esse sociali, economiche e culturali.

Secondo Weber la nascita del potere politico avviene con il passaggio da gruppi sociali chiusi (non permettono l'accesso a nuovi membri) a comunità politiche (organizzano la vita di un determinato territorio mediante l'uso di mezzi coercitivi) fino alla nascita dello Stato moderno che per esercitare il potere politico necessita di un apparato amministrativo.

Tale apparato amministrativo è dato dall'organizzazione di uomini specializzati in ruoli diversi che danno esecuzione alle decisioni prese dall'autorità (Stato).

Weber usa il termine burocrazia per definire l'organizzazione amministrativa; egli delinea un tipo ideale di burocrazia: divisione e specializzazione dei compiti; struttura gerarchica dell'apparato amministrativo; assunzione con contratto; remunerazione in denaro del personale; separazione tra gli uomini e i mezzi d'amministrazione; separazione tra gli uomini e l'ufficio; apparato amministrativo sottoposto a controlli e ad un regolamento.

In conclusione l'esercizio del potere politico necessita della legittimazione, di una struttura amministrativa e del "monopolio legittimo della forza".

Il potere è forza.

Ma molti sono i poteri forti.

Spesso si legge questa espressione: potere forte, poteri forti.

E' una ripetizione inutile.

Il potere è potere e non ha senso parlare di un potere forte perché se ci fosse un potere debole, non sarebbe più un potere.

Il punto è come individuare un potere.

Che cosa è un potere?

Il potere è un insieme di forze che inducono gli altri a comportamenti coattivi.

Mentre in passato il potere era sostanzialmente espressione di organi di diretta deriva statale, oggi il potere si accentra e si accentua in organismi che nascono come organismi amministrativi.

Quando il potere viene esercitato, amministrato, attivato come fine a se stesso, allora si ha un potere autarchico e monarchico, di chiara espressione autoritaria e dittatoriale.

Quando, invece, questo potere appare necessario per spingere una comunità verso la realizzazione di un interesse pubblico e di un bene comune, allora si ha Stato civile e Stato di diritto perché tutela tutte le garanzie fondanti per il buon vivere e per i diritti dei *cives*.

Il potere volto alla lotta contro la corruzione, male e dramma del XXI secolo, è ANAC. Il potere, oggi, è Autorità Nazionale Anticorruzione.

2.-La centralità dell'ANAC nella contrattualistica degli appalti e la criticità di una nuova *vis*.

L'AVCP (Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) venne istituita, con forte entusiasmo innovativo, con la legge 109/1994 (la cosiddetta "Legge Merloni") per vigilare nel settore degli appalti pubblici, ma non riuscì ad assumere il ruolo istituzionale per il quale era stata istituita, assumendo per lo più compiti di consulenza e di interpretazione senza però esercitare un'attività efficiente ed efficace in materia di prevenzione e vigilanza della corruzione.

L'A.N.A.C. (Autorità Nazionale Anti Corruzione), originariamente Commissione per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche, viene istituita con la legge del 6 novembre 2012 n. 190 ("Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione") con compiti di valutazione della trasparenza delle amministrazioni pubbliche.⁴

A seguito dell'assorbimento dell'AVCP,⁵ l'ANAC gode di poteri estremamente ampi di vigilanza e di intervento volti a garantire la trasparenza nell'ambito della realizzazione di opere pubbliche ed a prevenire la corruzione delle imprese aggiudicatrici anche attraverso strumenti di gestione, sostegno e monitoraggio⁶.

⁴ Successivamente la Commissione per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche, con la legge del 30 ottobre 2013, n.125 ("Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni") assunse la denominazione di Autorità Nazionale Anticorruzione e per la Valutazione e la Trasparenza

⁵ A seguito della soppressione dell'AVCP sul piano processuale, la sezione VI del Consiglio di Stato, con ordinanza datata 11 settembre 2014, n. 4630, ha disposto che il trasferimento di poteri all'ANAC non costituisce causa estintiva del processo in quanto non ci si trova dinanzi ad una successione a titolo universale (che determina l'estinzione del processo in corso al pari della morte o della perdita della capacità di stare in giudizio rendendo quindi necessaria la riassunzione del processo o la costituzione dei soggetti cui spetta il diritto di proseguirlo ai sensi dell'art. 299 c.p.c.) bensì ad un caso di "successione nel *munus*" contraddistinta da una stretta linea di continuità tra l'ente che si estingue e quello che subentra senza che siano maturati i presupposti per aversi evento interruttivo del processo in corso. Pertanto, tutti i processi ancora aperti e nei quali l'AVCP era parte, non sono da ritenersi estinti ma all'autorità soppressa subentra automaticamente l'ANAC, come parte del giudizio.

⁶ L'ANAC è un organo collegiale presieduta dal magistrato Raffaele Cantone ed è Autorità amministrativa indipendente. Più nello specifico, l'ANAC, esercita compiti di vigilanza sul rispetto delle regole della concorrenza e dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di gara, il potere di accesso alle banche dati per lo svolgimento di indagini e istruttorie, la gestione della Banca dati nazionale sui contratti pubblici (BDNCP), contenente tutte le informazioni relative alle amministrazioni aggiudicatrici e alle gare d'appalto indette e del sistema AVC-PASS impiegato per la verifica dei requisiti di qualificazione delle imprese partecipanti alle gare d'appalto.

L'ANAC, in altri termini, è tenuta a gestire il flusso di dati necessario ad identificare eventuali anomalie nella strategia anticorruzione ed è dotata di poteri di vigilanza, poteri sanzionatori, poteri di indagine e di commissariamento particolarmente incisivi, precedentemente non previsti per l'AVCP⁷

Nell'ambito dei poteri attribuiti all'ANAC, ai sensi dell'art. 213 del codice dei contratti pubblici, si evidenziano le attività di seguito riportate:

- a) vigilanza sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali e sui contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera f-bis), della legge 6 novembre 2012, n. 190, nonché sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice;
- b) vigilanza per garantire l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici ed accertare che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario;
- c) segnalazione al Governo e al Parlamento, con apposito atto, di fenomeni particolarmente gravi e di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore;
- d) formulazione al Governo di proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore;
- e) predisposizione ed invio al Governo e al Parlamento di una relazione annuale sull'attività svolta, evidenziando le disfunzioni riscontrate nell'esercizio delle proprie funzioni;
- f) vigilanza sul sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti pubblici di lavori ed esercizio dei correlati poteri sanzionatori;
- g) vigilanza sul divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure diverse rispetto a quelle ordinarie e controllo sulla corretta applicazione della specifica disciplina derogatoria prevista per i casi di somma urgenza e di protezione civile di cui all'articolo 163 del codice degli appalti;
- h) vigilanza collaborativa, per affidamenti di particolare interesse, attuata previa stipula di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti richiedenti, finalizzata a supportare le medesime nella predisposizione degli atti e nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara.⁸

⁷ Importante è l'obbligo di segnalare all'ANAC tutte le varianti d'opera, le quali, spesso, comportano considerevoli aumenti dei costi rispetto al prezzo di aggiudicazione iniziale. Sempre nell'ottica di prevenire la corruzione, è obbligatoria la "white list" presso le prefetture. Si tratta di elenchi di imprese che certificano l'assenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa negli appalti e che devono essere consultate da parte delle stazioni appaltanti per le verifiche in tal senso. Tuttavia l'obbligatorietà colpisce i soli settori ritenuti più a rischio come, ad esempio, trasporti, noleggio o forniture di calcestruzzo ed, anche in questo caso, esiste il rischio di determinare un appesantimento burocratico delle procedure di aggiudicazione degli appalti.

⁸ Per una consultazione esaustiva si legga per intero l'art. 213 del D.Lgvo n. 50 del 2016. Tra l'altro si evidenzia che l'ANAC collabora, anche, con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, per la rilevazione di comportamenti aziendali meritevoli di valutazione al fine dell'attribuzione del "Rating di legalità" delle imprese di cui all'articolo 5-ter del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. Il *rating di legalità* concorre anche alla determinazione del *rating* di impresa di cui all'articolo 83, comma 10. L'Autorità gestisce la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici nella quale confluiscono tutte le informazioni contenute nelle banche dati esistenti, anche a livello territoriale, onde garantire accessibilità unificata, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi a essa prodromiche e successive. Con proprio provvedimento, l'Autorità individua le modalità e i tempi entro i quali i titolari di suddette banche dati, previa stipula di protocolli di interoperabilità, garantiscono la confluenza dei dati medesimi nell'unica Banca dati accreditata, di cui la medesima autorità è titolare in via esclusiva. Per la gestione della Banca dati di cui al

Tra i vari compiti attribuiti all'ANAC ne emergono due di fondante interesse: la vigilanza e il controllo sui contratti pubblici con l'attività di regolazione degli stessi e la redazione, in caso di conflitto derivante dalla gara di appalto, di un parere *precontenzioso*.

Questi poteri caratterizzano l'ANAC rispetto al precedente organo di vigilanza attribuendogli un ambito che non solo è di sicuro interesse, ma è anche particolarmente delicato in quanto oltrepassa la linea di confine tra la sfera privatistica e quella pubblicistica.

L'indagine è volta a considerare due profili salienti: l'attività di regolazione della materia della contrattualistica pubblica e l'attività *precontenziosa* in materia di contratto pubblico di appalto, paradigma ed archetipo negoziale della P.A.

L'investigazione sul predetto profilo, non può prescindere da molte domande.

Che cos'è il potere di regolamentazione dell'ANAC, definita anche come autorità indipendente?⁹

comma 8, l'Autorità si avvale dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, composto da una sezione centrale e da sezioni regionali aventi sede presso le regioni e le province autonome. L'Osservatorio opera mediante procedure informatiche, sulla base di apposite convenzioni, anche attraverso collegamento con i relativi sistemi in uso presso altre Amministrazioni pubbliche e altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici. L'Autorità stabilisce le modalità di funzionamento dell'Osservatorio nonché le informazioni obbligatorie, i termini e le forme di comunicazione che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori sono tenuti a trasmettere all'Osservatorio. Nei confronti del soggetto che ometta, senza giustificato motivo, di fornire informazioni richieste ovvero fornisca informazioni non veritiere, l'Autorità può irrogare la sanzione amministrativa pecuniaria di cui al comma 13. L'Autorità gestisce il Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, istituito presso l'Osservatorio, contenente tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'articolo 80. Nei confronti dei soggetti che a fronte della richiesta di informazioni o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri e nei confronti degli operatori economici che forniscono alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione, dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione, fatta salva l'eventuale sanzione penale, l'Autorità ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie entro il limite minimo di euro 500 e il limite massimo di euro 50.000. Con propri atti l'Autorità disciplina i procedimenti sanzionatori di sua competenza. L'Autorità gestisce e aggiorna l'Albo Nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici di cui all'articolo 78 nonché l'elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house ai sensi dell'articolo 192. È istituito, presso l'Autorità, nell'ambito dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti l'elenco dei soggetti aggregatori. Al fine di garantire la consultazione immediata e suddivisa per materia degli strumenti di regolazione flessibile adottati dall'ANAC comunque denominati, l'ANAC pubblica i suddetti provvedimenti con modalità tali da rendere immediatamente accessibile alle stazioni appaltanti e agli operatori economici la disciplina applicabile a ciascun procedimento.

⁹ Il legislatore ha comunque dato per scontata l'indipendenza dell'ANAC, indipendenza riconosciuta in passato dal Consiglio di Stato alla CIVIT (Sez. I, parere n. 1081/2010, cit.), ben diversa dall'attuale ANAC. Quest'ultima risulta, infatti, contemplata fra le autorità destinatarie delle misure di "Razionalizzazione delle autorità indipendenti" (Art. 22, d.l. n. 90 del 2014).

Come la CONSOB (Commissione nazionale per le società e la borsa – 1974), il Garante per l'editoria (1981) e l'ISVAP (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private – 1982) il concetto di indipendenza si è sviluppato negli anni novanta del secolo scorso sotto la spinta determinante dell'ordinamento comunitario. Non solo l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), istituita con l. 10.10.1990, n. 287, ma anche il Garante per la protezione dei dati personali (l. 31.12.1996, n. 675, c.d. legge sulla privacy), le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, ovvero l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (AEEG – l. 11.11.1995, n. 481) e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM – l. 31.7.1997, n. 249) costituiscono modalità nazionali "indipendenti" di attuazione di principi e direttive comunitari. Parimenti una nuova autorità di regolazione è stata istituita

Come, questo potere, incide sul contratto che è espressione di autonomia e del potere dispositivo delle parti?

Le linee guida costituiscono un nuovo sistema di fonti del diritto?

E quali sono i limiti (se individuabili) di tale potere?

Il parere *precontenzioso* è potere afferente ad un atto amministrativo o ad un atto giustiziale?

Sono interrogativi senza risposte certe: il diritto sta cambiando e, spesso, si creano situazioni con linee di confine sempre meno nitide che sfociano, il più delle volte, in settori interdisciplinari con anse di nuove istanze.

Non pochi sono i punti di criticità se si considera che l'ANAC è un'authority così particolarmente complessa che l'attribuzione di ulteriori compiti di regolazione e compiti giustiziali in materia contrattuale crea non pochi problemi e spunti di riflessioni, atteso che l'unico vero compito istituzionale dell'Autorità è quello di vigilanza al fine di prevenire e combattere la corruzione, vero dramma della Pubblica Amministrazione.

L'ingerenza dell'Autorità, invece, nella fase di formazione, ma anche di esecuzione negoziale, diventa così forte che il contratto di appalto è divenuto una sorta di contratto "conformato" a tutto quanto disposto dall'ANAC e le stesse linee guida assurgono a vere e proprie fonti eteronome¹⁰, con l'introduzione di un modello regolativo-giustiziale informato ai principi della partecipazione all'elaborazione delle regole ed all'amministrazione contenziosa, con ampia sottolineatura della forza di imparzialità oggettiva dell'authority decidente.¹¹

Alla stregua di quanto previsto negli USA dall'*Administrative Procedure Act* fin dal 1946, difatti, le authority indipendenti di regolazione prevedono ed applicano una procedura di *notice and comment*.

Il punto dolente ha inizio con la previsione di "linee guida" nel codice degli appalti, un evento inedito e dirimpante; si tratta di una novità assoluta per l'ordinamento giuridico italiano che rivela, fin da un primo approccio interpretativo, difficoltà ricostruttive del tutto peculiari ed inesplorate, trattandosi di atti del tutto atipici, anche nel *nomen* e sconosciuti al tradizionale assetto dei modelli di produzione del diritto, definiti anche come *fast law no soft law*¹², senza tacere che "le linee guida vincolanti" previste (anche in larga misura) come idonee a costituire diritti e obblighi in capo ai destinatari, rappresentano un'ingerenza indubbia nella sfera giuridica dei soggetti soprattutto quando incidono ed impattano su uno spazio di disponibilità dei *cives* come quello contrattuale.

per il settore dei trasporti ferroviario, portuale, aeroportuale e stradale (art. 37, d.l. 6.12.2011 n. 201, convertito dalla l. 22.12.2011, n. 214, modificato dall'art. 36, l. 24.3.2012, n.27).

Da segnalare, sempre negli anni più recenti, l'evoluzione dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) verso l'assetto di authority amministrativa indipendente, nonché l'istituzione di authority settoriali, quali l'Authority garante per l'infanzia e l'adolescenza e il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute; ancora, presso gli organi costituzionali del Parlamento, l'Ufficio parlamentare di bilancio, costituito da un collegio di tre membri, "per l'analisi e la verifica degli andamenti di finanza pubblica e per la valutazione dell'osservanza delle regole di bilancio" (l. 24.12.2012, n. 243).

¹⁰ Sul punto si veda M. ANGELONI, *I contratti conformati dall'ingerenza dell'ANAC; le linee guida come fonti eteronome*, Napoli, 2017.

¹¹ Questa attività esprime una sorta di affermazione del principio del «giusto procedimento».

¹² S. MORETTINI, *Il soft law nelle authority indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, I PAPER, 2011

Difatti troppo spesso le esigenze di velocizzare i tempi e di adeguare la normativa alle suggestioni ed agli impulsi di Diritto Europeo ed Internazionalistico, mal si conciliano con gli interessi delle parti e con i dettami cardine del nostro ordinamento e, di certo, non possono prevalere su interessi (perlomeno equivalenti, se non superiori) ad avere una regolazione e normazione -compatibile con l'ordinamento statale- seria, strutturata, controllata ed affidata ad autorità che se ne assumano (potendolo fare) la responsabilità politica.

Si tratta, in altri termini, di individuare il più efficace (ma non facile) equilibrio tra le istanze del mercato a una regolazione flessibile - adattabile e agile per i casi concreti - e le esigenze sottese alla riserva della produzione delle norme giuridiche ad autorità democraticamente legittimate all'introduzione di regole che incidono direttamente sulla sfera di libertà dei cittadini.

Nel Codice degli appalti è stato assegnato all'ANAC lo strumento delle *linee guida*, confine tra quello che *si deve o non si deve* fare nella stipula di un contratto di appalto pubblico, a detrimento della volontà dei contraenti, coartata e condizionata da una eteronomia non priva di vaghezza¹³

Difatti vi è una decisa discrasia tra il nome e la sostanza delle linee guida che ha, da subito, rivelato la singolare complessità della loro classificazione dogmatica ed ha legittimato due distinte ipotesi ricostruttive.¹⁴

E' vero, infatti, che la compatibilità con il sistema delle fonti della potestà regolamentare delle autorità indipendenti è stata riconosciuta da tempo, benché sprovvista, in generale, di copertura costituzionale, ma è anche vero che la titolarità e il valido esercizio del potere di regolazione sono stati presidiati da rilevanti cautele e condizioni, che consentano di affermare la loro compatibilità con il principio di legalità. Dette condizioni di legalità, però, appaiono difficilmente rintracciabili nelle linee guida.¹⁵

¹³ Pur nella estrema (eccessiva) eterogeneità dei diversi modelli di linee guida, il Consiglio di Stato ne ha classificate tre tipologie: a) quelle approvate con decreto ministeriale (intese come regolamenti ministeriali); b) quelle non vincolanti (sempre adottate dall'ANAC) intese come atti amministrativi generali al pari di circolari contenenti istruzioni operative sull'applicazione della normativa di riferimento; c) quelle vincolanti adottate dall'ANAC la cui configurazione appare più problematica (non approvate dal Ministro per le infrastrutture e i trasporti). Si veda il Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato sul Codice degli appalti reso in data 1 aprile 2016 e rubricato al n.855.

¹⁴ Il Consiglio di Stato, nel formulare il parere sullo schema di decreto legislativo, ha dovuto esaminare due diverse (e incompatibili) tesi: 1) la qualificazione delle linee guida vincolanti come atti normativi atipici; 2) la classificazione delle linee guida come atti di regolazione del tipo di quelli adottati dalle autorità amministrative indipendenti. La preferenza accordata al secondo schema provvedimento, ancorché ben argomentata e circondata da opportune garanzie procedurali (la consultazione degli operatori, l'AIR, la VIR, la raccolta in testi unici, l'adozione di forme di adeguata pubblicità), resta, però, problematica e si presta a plausibili rilievi critici (a conferma della estrema difficoltà di una convincente collocazione degli atti in questione nella gerarchia delle fonti) Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, parere in data 21 gennaio 2008

¹⁵ Le linee guida che dovranno definire, per gli appalti di lavori, il sistema di qualificazione delle imprese, i requisiti di partecipazione alle gare, le regole dell'avvalimento e il regime delle SOA (artt.83 e 84 del Codice) rivestono, per un verso, quei caratteri di generalità e astrattezza che caratterizzano la produzione normativa regolamentare propriamente intesa, ma non presentano, per un altro, alcun profilo tecnico che ne imponesse l'affidamento ad un'autorità di regolazione diversa dal Governo e si riferiscono, per un altro ancora, a un mercato tutt'altro che settoriale, nella misura in cui si applicano a tutte le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori. Nel mercato dei lavori pubblici non sono neanche ravvisabili quelle esigenze di regolazione indipendente dall'Esecutivo (che non controlla, direttamente o indirettamente, alcuna impresa, monopolista o ex monopolista, che rivesta una posizione dominante) che sconsigli l'introduzione della pertinente disciplina normativa mediante regolamenti governativi.

Né risultano rinvenibili, nella Costituzione e nel Diritto Europeo, le basi del potere regolativo affidato all'ANAC, così come, nelle disposizioni legislative che lo prevedono e lo autorizzano, non appaiono rintracciabili i criteri e i principi alla stregua dei quali deve essere declinata la regolazione in questione, nella quale sono ravvisabili gli estremi di una vera e propria delega in bianco (con un ulteriore profilo di inosservanza del principio di legalità, che, si ripete, esige che il potere regolatorio affidato dalla legge ad una fonte subordinata resti condizionato dal rispetto di parametri predefiniti dalla fonte legislativa).

La catalogazione delle linee guida nel novero degli atti di regolazione delle autorità indipendenti si rivela, in definitiva, una forzatura ermeneutica dettata dalla duplice (e, comunque, apprezzabile) esigenza di conservare gli equilibri dell'assetto conosciuto delle fonti regolative e di evitare l'esplicito riconoscimento dell'anomalia dell'introduzione di una nuova e atipica fonte del diritto, con tutte le difficoltà ricostruttive e sistematiche che ne conseguirebbero.

Le predette linee guida incorrerebbero, inoltre, nel vizio di eccesso di potere legislativo, nella misura in cui autorizzano, irragionevolmente o, addirittura, fraudolentemente, una deviazione macroscopica dagli schemi normativi tipici.

La forzatura di affidare ad un atto atipico, adottato da un'autorità diversa dal Governo, l'introduzione nell'ordinamento di norme *sub*-legislative difficilmente catalogabili come atti di regolazione equiparabili alle deliberazioni tecniche delle autorità amministrative indipendenti, comporta uno sconvolgimento dell'assetto costituzionale e ordinamentale delle fonti di produzione del diritto ed impedisce, di fatto, un coerente e razionale inquadramento di esse nel sistema conosciuto (se non a costo di ricostruzioni scarsamente attendibili).

In altri termini l'appalto dell'attività normativa spettante al Governo ad un'autorità diversa da esso e priva di responsabilità politica, implica le non trascurabili criticità segnalate.¹⁶

La nuova normativa sui contratti pubblici che ha chiamato l'Autorità a coniugare i compiti di autorità anticorruzione con quelli di vigilanza e regolazione in tema di contratti pubblici, trasporta l'attenzione, oltre che sull'art. 213 rubricato <<Autorità Nazionale Anticorruzione>>, su singole disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016 di dubbia legittimità che evidenziano il profilo atipico dell'Autorità.

Emerge al riguardo la tendenza a privilegiare un'ottica burocratica di prevenzione della corruzione che può danneggiare la concorrenza; la tendenza ad occupare lo spazio della discrezionalità delle stazioni appaltanti e ad invadere il campo proprio dell'autorità giudiziaria.

A proposito di questo ultimo aspetto, esso merita non poca attenzione tanto è vero che il compito che l'ANAC è chiamato ad assolvere in sede di precontenzioso è precipuo oggetto di quest'indagine.

3.- L'art. 211, comma 1, del codice degli appalti pubblici e la procedura di deliberazione del parere.

La norma di riferimento del potere contenzioso dell'Autorità nel nuovo Codice degli appalti, è l'art. 211, comma 1.¹⁷

¹⁶ Per una lettura si veda M. LASALVIA, *Commentario al nuovo Codice degli Appalti Pubblici e dei contratti di concessione (Decreto Legislativo n. 50/2016 e Legge Delega n. 11/2016)*, Roma, 2016

Il parere precontenzioso rappresenta una grande innovazione nella compagine dello studio del contenzioso del nostro ordinamento.¹⁸

E' comunque un'espressione, sia pur particolare e caratterizzante, del potere di vigilanza dell'ANAC i cui confini sembrano avere ampia crescita espansiva, al fine di consentire una maggior aderenza dell'organismo nel settore degli appalti pubblici anche quando gli stessi siano fonte di controversie.

Il potere di vigilanza dell'ANAC è, quindi, incontrovertibilmente ampio.

Il potere di vigilanza è l'ANAC.

La vigilanza implica il controllo sugli appalti pubblici anche quando si manifesta il momento patologico del conflitto.

La contrapposizione degli interessi ed il contrasto tra le parti che trovano fonte nella procedura di gara sono sempre contenziosi specifici.

Il *conflictus* è specifico quando la lite nasce da un rapporto non generico, ma caratteristico tra soggetti qualificati per ragioni o vizi circoscritti alle fasi di formazione del contratto pubblico di appalto.

Trattasi di un *conflictus* che si può definire "interno" e non "esterno" perchè nasce e si sviluppa in tutta la sua dinamica, nell'ambito della procedura di gara.

Ed è certamente una *quaestio* aspra e severa perché gli interessi in gioco negli appalti pubblici non solo sono forti, ma involgono una pubblica amministrazione che ha il dovere di soddisfare l'interesse pubblico nel miglior modo possibile e nel pieno rispetto della legalità, senza alcuna corruzione della simmetria di un sistema profondamente delicato.

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

Nella Gazzetta ufficiale del 19 ottobre 2016 è stato pubblicato il testo definitivo del nuovo *“Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del*

¹⁷ L'art. 211 del Codice degli Appalti del 2016, riformulato ristrutturato in seguito al dl 24 aprile 2017, n. 50 testualmente recita: *“Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere, previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo”*. Prima di questo articolo "il parere" (precontenzioso è stato inserito nel codice del 2016) era contemplato nell'art. 6 del Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163 "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE [Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (art. 81.2, direttiva 2004/18; art. 72.2, direttiva 2004/17; art. 4, legge n. 109/1994; art. 25, co. 1, lettera c), legge n. 62/2005] altrimenti noto come codice degli appalti del 2014 al comma 7 sub lettera n): su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, (l'ANAC) esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione; si applica l'articolo 1, comma 67, terzo periodo, della legge 23 dicembre 2005, n. 266. Il parere del 2014 non conteneva né il termine precontenzioso, né il carattere vincolante rafforzato dal legislatore del 2016.

¹⁸ Per un'opera sistematica e di pregio G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei Contratti Pubblici, vol. 1 e 2 Commentario di Dottrina e Giurisprudenza*, Torino, 2017, in particolare pp. da 2443 a 2456.

decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50” da parte dell’ANAC, sul cui schema si era espresso il Consiglio di Stato, con parere n. 1920 del 14 settembre 2016.

Questo regolamento sostituisce il precedente “*Regolamento sull’esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all’art. 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*” del 2 settembre 2014 (modificato nel maggio 2015) e disciplina l’esercizio della funzione *precontenziosa* dell’ANAC.

Oggetto della funzione *precontenziosa* dell’ANAC, riconosciuta dal legislatore del 2016, è il potere di esprimere, su istanza di parte, un parere su “*questioni controverse insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara di appalti pubblici*”.¹⁹

Legittimati a richiedere il rilascio del parere sono la stazione appaltante, una o più parti interessate ed i soggetti portatori di interessi collettivi costituiti in associazioni o comitati.²⁰

La delibazione del parere presuppone un vero e proprio procedimento che si sviluppa, sostanzialmente, in tre fasi: la fase della richiesta; la fase dell’istruttoria; la fase della decisione.

Il procedimento rappresenta un vero e proprio *iter* paraprocedurale.

Il conflitto insorto nel corso di una gara di appalto pubblico ne rappresenta il presupposto oggettivo imprescindibile: l’esistenza del contenzioso spinge a considerazioni critiche sullo stesso termine pre-contenzioso, atteso il clima che ha già compromesso l’equilibrio degli interessi negoziali delle parti e che, quindi, rappresenta l’espressione di un momento non più pre-contenzioso, ma di conclamata essenza contenziosa.

Sorto il conflitto, la parte può scegliere e chiedere una soluzione (non la soluzione) rivolgendosi all’Autorità Anticorruzione per ottenere un parere che si innesta in un momento tipicamente para-processuale. L’istanza per ottenere il parere va presentata dalle parti che abbiano interesse, singolarmente o congiuntamente, e comunicata a tutti i soggetti interessati alla soluzione della questione controversa.²¹

Valutata l’ammissibilità e la procedibilità dell’istanza, è nominato il Consigliere relatore.²²

¹⁹ Si vedano C. PLUCHINO, *Le funzioni deflattive del contenzioso e il “lifting” dei pareri di precontenzioso dell’Anac*, in Urb. app., 2016, p.1304; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e ‘precontenziosa’ nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it Rivista on-line di diritto pubblico italiano, comparato ed europeo*, Roma 2016 p.39 ss.; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, cit.; Cons. Stato, Comm. Spec., 14 settembre 2016, n. 1920.

²⁰ Quest’ultima categoria non trova riscontro nel dato letterale della norma e la sua inclusione nel novero dei soggetti legittimati sembra esorbitare dal potere regolamentare dell’ANAC. Essa, menzionata nel precedente regolamento ANAC del 2014, scomparsa nella bozza inviata per il parere al Consiglio di Stato, è riapparsa nella versione definitiva del regolamento del 2016.

²¹ L’istanza deve contenere una sintetica indicazione degli elementi rilevanti di fatto e diritto e dei vizi che il richiedente attribuisce all’atto contestato. Deve inoltre illustrare uno o più quesiti per i quali si chiede il parere. Vi si possono allegare una memoria e la documentazione utile. L’atto deve essere redatto sul modulo predisposto dall’ANAC e spedito a mezzo *pec*. Il richiedente deve, inoltre, impegnarsi a non compiere (non meglio precisati) atti pregiudizievoli fino alla risoluzione della questione o al rilascio del parere. È previsto un ordine non meramente cronologico di trattazione delle istanze. Sono elencate infatti talune ragioni di priorità..

²² Sono previste cause di inammissibilità e improcedibilità delle istanze. Le prime ricorrono quando: 1) difetta il requisito della già avvenuta insorgenza di una questione controversa; 2) l’istanza sia stata promossa da un soggetto non legittimato; 3) manchi un concreto interesse al conseguimento del parere; 4) vi sia interferenza tra l’istanza ed esposti di vigilanza o procedimenti sanzionatori in corso; 5) sia stato

Di seguito l'Ufficio ANAC notifica agli interessati l'avvio del procedimento ed assegna un termine non superiore a 5 giorni per la presentazione di memorie e documenti (vi è la possibilità, ma non l'obbligo, di audizione delle parti interessate).

Dopo un attento esame degli atti, lo stesso Ufficio predispose una bozza di parere (una sorta di minuta di sentenza) che viene asseverata o modificata dal Consigliere relatore, per essere approvata definitivamente dal Consiglio dell'ANAC entro 30 giorni dal ricevimento dell'istanza.²³

Approvato il parere che, in effetti, sostanzia la decisione dell'Autorità sulla concreta fattispecie prospettata, esso viene comunicato a mezzo *pec* alle parti interessate e pubblicato sul sito dell'ANAC.

Il parere precontenzioso può essere soggetto a riesame in caso di sopravvenute ragioni di fatto e sempre che non sia stato proposto ricorso giurisdizionale.

Come prima detto in questo procedimento si distinguono tre fasi²⁴ : una fase introduttiva, una fase istruttoria ed una fase deliberativa.

Ma vi è una novità importante.

In questo ambito vi è un'ulteriore aspetto che interviene a dare impronta e carattere all'*iter* e che fa prendere le distanze dai procedimenti generati, di solito, da un'Amministrazione: l'*effetto* della vincolatività della decisione, *vinculum* che non era contemplato nel codice del 2014, ma che rappresenta *vis* e *vigore* in quello del 2016 quando recita che: *Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito*²⁵.

La lettura di questo enunciato evidenzia, però, un tratto opaco, oscuro.

Quando ed in che modo il parere diventa vincolante è un profilo importantissimo: è sempre vincolante o è necessaria un atto di volontà ?

Le interpretazioni possibili sono due: 1) il parere acquista efficacia vincolante solo quando tutte le parti interessate abbiano espresso il loro consenso; 2) il parere esprime la sua forza vincolante solo per chi abbia aderito allo stesso, anche se altre parti si siano orientate in senso contrario.

Questo problema non è di poco conto anche se la prima soluzione sembra essere quella più compatibile con il dato testuale.²⁶

chiesto un controllo generalizzato di un procedimento di gara; 6) penda un ricorso giurisdizionale di contenuto analogo. Vi è invece improcedibilità per i casi di sopravvenienza di un ricorso giurisdizionale di contenuto analogo, sopravvenuta carenza di interesse e rinuncia al parere. Le istanze dichiarate inammissibili o improcedibili sono archiviate e ne è data comunicazione alle parti interessate.

²³ Di notevole interesse è la sentenza 4980/2013 della quinta sezione del Consiglio di Stato, peraltro conforme all'indirizzo più volte affermato dalla Consulta, secondo la quale il mancato rispetto del termine di 30 giorni di cui al citato articolo non determina l'illegittimità del provvedimento conclusivo perché non consuma il potere provvedimentale dell'amministrazione. Quel termine, infatti, non contiene alcuna prescrizione circa la sua eventuale perentorietà o l'eventuale decadenza dalla potestà amministrativa. Si tratta quindi, più semplicemente, di un termine meramente acceleratorio contro il cui inutile decorso la parte interessata può reagire impugnando il silenzio dell'ANAC.

²⁴ M.A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, consultabile sul sito A.N.A.C.

²⁵ Il che pone tuttavia il problema, rilevato dal Consiglio di Stato nel proprio parere consultivo, di un'efficacia potenzialmente differenziata del parere reso dall'ANAC: vincolante per le parti che vi hanno aderito, non vincolante per le altre parti della controversia.

²⁶ Il mancato adeguamento, giova ricordare, comporta da un lato effetti negativi sulla reputazione della stazione appaltante in riferimento al sistema disciplinato dall'art. 38 Codice degli Appalti e, dall'altro, l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria a carico del dirigente responsabile dell'inadempimento.

Pur essendo vincolante (per chi aderisce alla soluzione deliberata dall'ANAC), il parere è comunque impugnabile davanti al Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 120 c.p.a., entro 30 giorni dalla notifica.

Una volta ottenuto il parere vincolante, le parti che vi hanno aderito comunicano all'ANAC entro 35 giorni l'eventuale proposizione di ricorso avverso il parere davanti al Giudice amministrativo, ovvero le determinazioni adottate per adeguarsi al parere stesso.

In ogni caso, anche se non dovesse esservi adesione da parte di nessuno, le parti sono sempre tenute a comunicare all'ANAC, entro 35 giorni, le proprie determinazioni conseguenti all'atto.

E in caso di omissione o non veridicità di tali comunicazioni, è previsto il ricorso al potere sanzionatorio dell'Autorità disciplinato dall'art. 213, comma 13, del Codice.

Nei casi in cui la questione risulti di pacifica risoluzione, il parere può essere reso in forma semplificata (art. 10 Regolamento), con la predisposizione cioè di una bozza da parte dell'Ufficio che viene direttamente approvata dal Consiglio, previa approvazione del Presidente.

Posto il perimetro normativo-regolamentare, sarà compito delle stazioni appaltanti e degli operatori economici utilizzare gli istituti previsti dal nuovo Codice²⁷ per constatarne l'effettività e l'impatto sociale, giuridico ed economico.²⁸

Solo l'esperienza applicativa potrà dire se tale strumento configurato come una sorta di deflazione del contenzioso avrà un reale successo, a differenza del sistema previgente (del precontenzioso).²⁹

E' tuttavia evidente che la questione principale resta quella della diversa efficacia del parere rispetto a coloro che, pur essendo interessati alla questione controversa, non vi abbiano aderito e che, conseguentemente, potranno comunque agire in sede giurisdizionale anche contro la determinazione assunta in conformità al parere vincolante reso dall'ANAC.³⁰

²⁷ Sul punto il Regolamento del 05 ottobre 2016; il Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 245 del 19 ottobre 2016) Art. 1 Oggetto; Art. 2 Soggetti richiedenti; Art. 3 Modalità di presentazione dell'istanza singola; Art. 4 Modalità di presentazione dell'istanza congiunta; Art. 5 Ordine di trattazione delle istanze; Art. 6 Inammissibilità e improcedibilità delle istanze; Art. 7 Istruttoria; Art. 8 Approvazione del parere; Art. 9 Archiviazione delle istanze; Art. 10 Parere in forma semplificata; Art. 11 Istanza di riesame; Art. 12 Comunicazioni e pubblicità; Art. 13 Adeguamento al parere; Art. 14 Entrata in vigore

²⁸ Un altro aspetto degno di nota è la totale assenza nell'art. 211 del codice degli appalti pubblici di regole che assicurino l'esecuzione delle prescrizioni contenute nei pareri vincolanti.

²⁹ Il vigente Codice degli appalti è il frutto della Legge 11/2016 che ha delegato al Governo l'attuazione delle direttive UE 23, 24 e 25/2014. Nell'oggetto della delega era indicata tra l'altro una precisa prospettiva: quella di razionalizzare i metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale nella materia degli appalti pubblici, contribuendo così ad un recupero di efficienza del settore. Il legislatore delegato ha inteso realizzare questo scopo attraverso vari strumenti, uno dei quali è il frutto di una profonda revisione della già esistente disciplina dei pareri emessi dall'ANAC in fase *precontenziosa*.

³⁰ Esempi di pareri precontenziosi consultati sul sito A.N.A.C.: ANAC DELIBERA 2016: E' inammissibile l'istanza ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. n), d.lgs. 163/2006 e dell'art. 3, comma 1, lettera a) e lettera d) del Regolamento in quanto, essendo stata presentata da operatore economico che non ha partecipato alla procedura di gara, è priva del presupposto della controversia insorta tra le parti interessate e di un interesse concreto al rilascio del parere. ANAC DELIBERA 2006: E' improcedibile l'istanza ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. n), d.lgs. 163/2006 e art. 3, comma 1, lett. a) e d) del

4.- Parere Precontenzioso e Sistemi alternativi di Risoluzione delle controversie: fattispecie a confronto. Atto ibrido?

I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie rappresentano un tema di ampia modernità.

I metodi alternativi di risoluzione delle controversie, anche detti ADR (dall'acronimo inglese di *Alternative Dispute Resolution*), consistono in una tipologia di procedimenti di risoluzione di controversie (ad es. mediazione, negoziazione, arbitrato) attinenti a diritti disponibili -alternativi rispetto al giudizio amministrato e gestito dagli organi giurisdizionali pubblici- aventi finalità di tempestività e celerità alla ricerca di risposte e soluzioni condivisibili sorrette da buon senso ed equilibrio per soddisfare i contrapposti interessi delle parti.

Negli ultimi decenni il ricorso ai sistemi di ADR, soprattutto in ambito civile e commerciale, ha vissuto un forte incremento, proprio per la tensione verso l'obiettivo di permettere e favorire una veloce ed efficace risoluzione dei conflitti insorti, con costi inferiori e maggiore riservatezza.

Il ricorso alle ADR si è affermato dapprima nei Paesi anglosassoni e trova cittadinanza negli Stati Uniti.

Nel 1906 nel corso della convenzione annuale della American Bar Association, il professor Nathan Roscoe Pound presentò una relazione dal titolo "*The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*", nella quale poneva in evidenza l'inadeguatezza del sistema giurisdizionale pubblico ad offrire risposte ad un'ampia gamma di contenziosi.

A partire dagli anni 1970, negli Stati Uniti si cominciò a ricercare metodi non giurisdizionali di gestione del conflitto e si costruì, poco alla volta, l'istituto della mediazione per la giusta e sapiente regolazione di rapporti conflittuali tra le parti.

Il parere precontenzioso dell'ANAC non è lontano dalla funzione di sistema alternativo per la risoluzione di controversie, atteso che è sicuramente un sistema deflattivo e nasce proprio a scopo di contrazione del contenzioso, anche se si tratta di un contenzioso non ordinario, ma tipico e peculiare (caratterizzato e caratterizzante) perché di deriva pubblico-contrattuale e circoscritto alla procedura di gara per gli appalti pubblici.

E l'ANAC, in aggiunta a tutti suoi compiti, assume anche le funzioni ed il ruolo di una sorta giudice arbitro.

Più che alla mediazione o alla negoziazione assistita (non va sottaciuto anche l'Arbitrato come sistema alternativo), la fattispecie prevista nel comma 1 dell'art. 211 del D.lgvo n. 50 del 2016, sembra avvicinarsi maggiormente al parere dell'Arbitro Bancario e Finanziario: simile è il procedimento che sfocia nella deliberazione della decisione-parere; medesime fasi, medesimo iter, ma diversità dell'organo decidente e del contenzioso da trattare.

L'Arbitro Bancario Finanziario, noto anche come **ABF**, è un sistema di risoluzione stragiudiziale di controversie previsto dalla legge italiana in materia di affari strettamente connessi al settore bancario e finanziario. L'ABF è stato introdotto, in

Regolamento sull'esercizio della funzione di precontenzioso in considerazione dell'accertato venir meno in capo all'istante dell'interesse concreto al conseguimento del parere.

tempi relativamente recenti, dalla legge 28 dicembre 2005, n. 262 (cosiddetta *legge sul risparmio* che ha modificato il Testo unico bancario).³¹

L'Arbitro è un organismo indipendente e imparziale che opera attraverso tre Collegi giudicanti (Milano, Roma e Napoli) composti ognuno da 5 membri: tre nominati dalla Banca d'Italia; uno dall'associazione di categoria dei consumatori e dell'impresa; uno dall'associazione bancaria o dalla categoria alla quale l'intermediario finanziario appartiene.³²

Prima di rivolgersi all'Arbitro, il cliente deve aver fatto almeno un tentativo di risolvere il problema direttamente con la banca; in caso di esito negativo potrà redigere un'istanza all'ABF.

L'Arbitro si esprime con una decisione molto simile al parere e se accoglie le istanze dei risparmiatori, indubbiamente il riflesso pratico porterà l'intermediario a risolvere rapidamente il problema.

La decisione dell'Arbitro è pubblicata con un annuncio sulla stampa e sul sito web dell'Arbitro, permettendo ai cittadini e ai clienti di conoscere il nominativo della banca o dell'intermediario inadempiente.

Uno sguardo alla casistica fa rilevare che numerosi casi sono trattati in questi primi anni di esistenza dell'ABF che funziona come organismo interattivo tra la Banca ed il risparmiatore tanto che solo pochissime banche non hanno aderito alle decisioni dell'Arbitro. La funzione dell'ABF, in effetti, va inquadrata all'interno del complesso interventistico che caratterizza la supervisione bancaria come espressione di un indiretto potere di vigilanza volto alla prevenzione dei rischi legali collegati a contenziosi di massa o seriali.

Questa affermazione spinge a considerare l'intervento dell'ABF una sorta di vigilanza prudenziale; quale meccanismo di *enforcement*, esso può essere inteso come un operatore collaterale della vigilanza, come l'esercente di un servizio direttamente ricollegabile alle finalità di giustizia,³³ ovvero uno strumento di primario rilievo per il corretto esercizio delle funzioni istituzionali della Banca Centrale Italiana.³⁴

In questa particolare ottica si inserisce anche il parere *precontenzioso* dell'ANAC, visto che anche in questo ambito si oscilla tra potere di vigilanza e potere giustiziale.

I punti di domanda sono molti su questo istituto che è sicuramente di nuovo e non facile inquadramento.

L'ANAC è tipico organo politico amministrativo indipendente che esercita il potere di vigilanza sugli appalti pubblici al fine di combattere la corruzione, male radicato e drammatico, nel settore di amministrazione delle *res* pubblica e, di certo, l'ulteriore attività precontenziosa dell'ANAC non prescinde da profili di criticità.

³¹ L'Arbitro Bancario Finanziario, previsto dall'articolo 128-bis del Testo unico bancario (TUB) parte della legge sul risparmio n. 262 del 2005, è stato adottato nel 2009. I criteri sono stati fissati dal Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) e il suo funzionamento è affidato a Banca d'Italia.

³² Ogni Collegio ha la sua segreteria tecnica, gestita da Banca d'Italia.

³³F. CAPRIGLIONE, *La Giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in Banca borsa e titoli di credito, 2010, I, p. 261 ss; M. PELLEGRINI, *ABF e supervisione bancaria*, Padova, 2011; M. PERASSI, *Il ruolo dell'ABF nell'ordinamento bancario*, in Analisi Giuridica dell'Economia, Padova 2011, n. 1, p. 143 e ss; B. DE CAROLIS, *L'arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*. Quaderno di ricerca giuridica della Banca d'Italia, n. 70, 2011;

³⁴V. LEMMA, *ABF e supervisione bancaria: unitarietà dell'intervento*, Padova 2011.

Il parere precontenzioso dell'ANAC è espressione del suo potere di vigilanza o di un nuovo potere che assume la veste di potere giustiziale?

Il parere *precontenzioso* afferisce ad un momento amministrativo o ad un momento giudiziale? In altri termini, il parere *precontenzioso* ha un'anima amministrativa o un'anima giustiziale?

Trattasi di un profilo di non facile risoluzione, non ancora espressamente affrontato dalla dottrina che lascia il problema è aperto.

Il parere si sviluppa all'interno di un vero e proprio procedimento amministrativo, presentando, però, una chiara connotazione giustiziale perché interviene *a far giustizia* in ordine ad un conflitto insorto nell'ambito della procedura di gara per la stipula di contratti pubblici.

Il *parere* è una vera e propria decisione, anche vincolante per chi vi aderisce, sulla *lite* insorta tra stazione appaltante e impresa appaltatrice in una gara pubblica.

L'atto con cui l'autorità decide su di un conflitto è atto giustiziale proprio di un'autorità giudiziaria.

L'impugnabilità dello stesso parere dell'ANAC innanzi al Giudice Amministrativo potrebbe essere indizio sfruttabile per conservare maggiormente la sua anima di atto amministrativo, ma anche questa considerazione non è immune da censure, atteso che anche e soprattutto un atto giustiziale va impugnato innanzi ad altra autorità giudiziaria sovra ordinata.

La verità è che sembra trattarsi di un atto misto che, peraltro, si innesta su di un contenzioso già sorto rendendo anche la stessa locuzione di parere "precontenzioso" non scevra da riflessioni perché il parere si rende necessario quando vi il conflitto è già insorto tra le parti e non si tratta, quindi, di una mera fase precontenziosa, con azione in prevenzione, ma di una vera e propria fase contenziosa non dissimile dalle fasi contenziose che costituiscono il presupposto imprescindibile di ogni processo.

Non solo.

Il parere reso comunque da una Autorità pubblica finisce con l'averne un effetto condizionante importante che lo rende maggiormente pervasivo rispetto al parere dell'ABF e che contribuisce a rafforzarne il vigore avvicinandolo sempre più ad un atto giustiziale.

5.- L'illegittimità costituzionale del parere precontenzioso e le considerazioni conclusive.

Dall'analisi attenta e sistematica del tema in esame non può non evidenziarsi l'emergenza di un profilo di indubbia incostituzionalità presente nel parere precontenzioso.

La Carta Costituzionale Italiana all'art. 102 stabilisce che la funzione giurisdizionale è amministrata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario e che non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali.

La riflessione su questo enunciato costituzionale comporta considerazioni importanti che spingono l'interprete ad adoperarsi per risolvere una commistione tra organi, autorità ed atti insostenibile in uno Stato di diritto.

Vero è che nell'ambito dei diritti disponibili si vanno radicando i sistemi di ADR, ma è pur vero che essi sono perfettamente legittimi perché caratterizzati da interventi decisori provenienti da soggetti privati (non autorità pubbliche o amministrative) che interagiscono, si interfacciano, relazionano e stabiliscono incontri, all'insegna del principio di parità, per trovare la quadra che porti alla soluzione del conflitto.

E gli stessi criteri di soluzione non vengono improntati a norme giuridiche o altro, ma sono governati dal buon senso e della ragionevolezza.

Il mediatore, difatti, è un soggetto professionista (spesso professionista forense) iscritto in un apposito organismo registrato presso il Ministero di Giustizia che si esprime con proposte per risolvere il conflitto; la negoziazione assistita ha per protagoniste le parti, anche se assistite dai professionisti legali, che si siedono al tavolo per discutere e cercare soluzioni equilibrate e soddisfacenti; l'arbitro finanziario è pur sempre un soggetto privato che si esprime con decisioni assimilabili a veri e propri pareri.

Nella fattispecie prevista dall'art. 211 comma 1 del codice degli appalti pubblici, l'ANAC, organo amministrativo con poteri di vigilanza pubblica³⁵, espressione del potere esecutivo dello Stato, finisce con l'assolvere anche ad un compito che appartiene *in via esclusiva* al potere giudiziario: dirimere il contenzioso.

Eppure l'enunciato dell'art. 102 della Carta Costituzionale vieta l'istituzione di giudici straordinari o giudici speciali.

Effettivamente il legislatore configura, almeno formalmente, la decisione dell'Autorità come un parere e non come una sentenza (d'altra parte non potrebbe essere diversamente visto che la sentenza è almeno formalmente atto paradigmatico dell'autorità giudiziaria), ma questo "parere" è pur sempre un atto volto a dirimere un conflitto, un contenzioso sorto nell'ambito di una procedura di gara pubblica; è una decisione chiesta non ad un'autorità giudiziaria, ma ad un'autorità di diritto amministrativo a cui va riconosciuto un altro potere che, nonostante i molti sforzi interpretativi, non può essere ricompreso nel più ampio potere di vigilanza anticorruzione proprio dell'ANAC.

A ciò si aggiunga.

Lo stesso legislatore del D.Lgvo n. 50/ 2016 non introduce limiti all'esercizio di questo potere in precontenzioso, né tantomeno a che il caso venga risolto con l'applicazione di norme giuridiche e non di norme legate al buon senso o alla ragionevolezza.

Anzi, il silenzio su questo punto induce a ritenere che la soluzione del conflitto attraverso il parere vada effettuata, confezionata, formulata, secondo l'applicazione di norme in punto di diritto - che rappresenta la regola per lo stesso conflitto- e non con altro.

Parimenti va sottolineato che nell'ambito di questo procedimento non vi è nessuna distinzione, pur essendo indiscutibile il carattere pubblico, tra lesioni di interessi legittimi o di diritti.

³⁵ È comunque da ritenere che il procedimento di vigilanza debba essere disciplinato, anche in assenza di puntuali criteri direttivi nel codice, nel rispetto dei principi 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.

Il che comporta l'affermazione implicita di una competenza - o meglio una sfera di competenza, ancora più ampia rispetto a quella del Giudice Ordinario (di regola diritti soggettivi) o del Giudice Amministrativo (di regola interessi legittimi).

La stessa stesura del parere sembra ripercorrere la schema di una sentenza: epigrafe, parti, principio di diritto con la massima, ragioni in fatto ed in diritto che sostengono la motivazione del Consiglio dopo l'esame delle note difensive delle parti, sottoscrizione del Presidente Cantone che è un magistrato (seppur in aspettativa).³⁶

La motivazione di un parere (o pareri) in precontenzioso, consultabile sul sito A.N.A.C., è piuttosto simile a quello di un tipico provvedimento giudiziario (in taluni casi si propone perfino la distinzione tra fatto e diritto); le ragioni della decisione sono desunte da norme e indirizzi giurisprudenziali, anche se non vi sono generose concessioni agli ampliamenti motivazionali.

A confondere ancora di più, in aggiunta alla natura giuridica pubblica dell'Autorità decidente, è l'efficacia vincolante del parere che lo accomuna sempre di più ad un atto giustiziale.

L'ANAC, autorità pubblica, ergo, finisce con l'assumere una nuova veste avvicinandosi ad una vera autorità giudiziaria pur senza averne né ruolo, né compiti.

Non essendo un soggetto privato non può essere considerato un mero Arbitro.³⁷

Il compito che viene affidato all'Autorità, dall'art. 211, 1 comma, del D. Lgvo. n. 50 del 2016, è compito di un'Autorità *esclusivamente* Giudiziaria e non di esclusiva Anticorruzione.

Per di più.

Questo parere-atto è espressione di un nuovo potere dell'Autorità Anticorruzione che attenta seriamente a costrutti costituzionali dell'ordinamento, violando il principio di separazione dei poteri che rappresenta, senza ombra di dubbio, una storica ed

³⁶ Si veda il sito dell'ANAC con i pareri pubblicati. Senza essere *self executing*, i pareri sono comunque ben più che una *moral suasion* se si considera il poderoso potere sanzionatorio attribuito all'ANAC.

³⁷ Sul punto Il Consiglio di Stato comm. spec., 01/04/2016, n. 464 in Foro Amministrativo (II) 2016, 4, p. 824: Opere pubbliche (lavori pubblici) (per i contratti pubblici di forniture e di servizi) - Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici - Ora ANAC - Art. 211, comma 1 del nuovo Codice - Parereprecontenzioso - Termini - Inserimento - Necessità. In tema di schema di decreto legislativo recante «Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione», ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11, con riguardo all'art. 211, comma 1, che riconduce il parere di precontenzioso dell'ANAC nell'ambito dei rimedi alternativi alla giurisdizione, relativamente alle «questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara», si osserva che la norma difetta di una disciplina dei termini. Ciò potrebbe non rendere agevole conciliare il procedimento finalizzato all'emissione del **parere** con le esigenze di speditezza della procedura di gara.

Il Consiglio di Stato comm. spec., 01/04/2016, n. 464, in Foro Amministrativo (II) 2016, 4, p. 824: Opere pubbliche (lavori pubblici) (per i contratti pubblici di forniture e di servizi) - Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici - Ora ANAC - Art. 211, comma 1 del nuovo Codice - Parereprecontenzioso - Ricorso - Rigetto - Art. 26, cod. proc. amm. - Applicazione - Possibilità - Ragioni. In tema di schema di decreto legislativo recante «Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione», ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11, con riguardo all'art. 211, comma 1, che riconduce il parere di precontenzioso dell'ANAC nell'ambito dei rimedi alternativi alla giurisdizione, relativamente alle «questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara», si osserva che per rafforzare l'impegno delle parti al rispetto del parere a cui esse stesse abbiano preventivamente acconsentito e scongiurare liti temerarie, potrà prevedersi che in caso di rigetto del ricorso contro il parere dell'ANAC, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'art. 26 cod. proc. amm.

innegabile garanzia del nostro Stato che non può essere vulnerata nemmeno dall'ANAC.

E questo parere è un *vulnus*.

Non solo di violazione del principio della separazione dei poteri, ma anche di vera attrazione di potere giudiziario -occorrerebbe parlare- da parte dell'Autorità Anti corruzione.

La prospettiva di un pericoloso implemento di attività corrosive di garanzie Costituzionali, implica la necessità di proporre un intervento immediato per poter risolvere questa confusione di ruoli.

Si propone e prospetta la sottrazione di questa sistema all'ANAC e la creazione di un ADR *ad hoc* per i conflitti nascenti da procedure di gara di pubblici appalti volti a controllare ed a prevenire la crescita di contenzioso che finirebbe con l'avere un forte impatto economico e sociale nel sistema di distribuzione e di creazione di capitale e di posti di lavoro.

Il codice D.Lgvo n. 50 del 2016 è di chiara estrazione europea. Esso, infatti, viene deliberato nel Paese Italia in attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Quello che ignora o non rispetta il legislatore europeo non può essere ignorato o non rispettato dal legislatore italiano: la Carta Costituzionale.

ABSTRACT.- Il parere precontenzioso dell'ANAC non sfugge ad un'attenta riflessione sulla sua compatibilità con la Carta Costituzionale.

L'ANAC è anche un altro e nuovo giudice ?

Il compito che viene affidato all'Autorità, dall'art. 211, 1 comma, del D. Lgvo. n. 50 del 2016, è compito di un'Autorità *esclusivamente* Giudiziaria e non di una Autorità Anticorruzione.

Il parere è espressione di un nuovo potere dell'Autorità Anticorruzione che attenta seriamente a costrutti costituzionali dell'ordinamento, violando il principio di separazione dei poteri che rappresenta, senza ombra di dubbio, una storica ed innegabile garanzia del nostro Stato, nonché al precetto costituzionale dell' art. 102 che vieta l'istituzione di nuovi giudici o di altri giudici speciali.

La prospettiva di un pericoloso implemento di attività corrosive di garanzie Costituzionali, implica la necessità di proporre un intervento immediato per poter risolvere questa confusione di ruoli.

Si propone e si prospetta la sottrazione di questa sistema all'ANAC e la creazione di un meccanismo di ADR *ad hoc* per i conflitti nascenti da procedure di gara di pubblici appalti volto a controllare ed a prevenire (la patologia) e la crescita di un contenzioso che finirebbe con l'avere un forte impatto economico e sociale nel sistema di distribuzione e di creazione di capitale e di posti di lavoro.

ABSTRACT.-The pre-litigation legal opinion by ANAC doesn't elude a careful reflection on its compatibility with Constitution.

Is ANAC even a new and other judge?

The role assigned to the Authority, from art. 211, 1 comma, d. lgs. n. 50/16, is a role of an Authority that is *just* judicial, not of an Anti-corruption Authority.

The legal opinion is expression of a new power of Anti-corruption Authority that is seriously careful to constitutional constructs of legal system, violating principle of separation of powers, that represents, surely, an historical and undeniable need of our State, as well as the constitutional precept of art. 102, that prohibits the institution of new judges or other special judges.

The prospective of a dangerous implement of corrosive activities of constitutional guarantees, involves the need to propose an immediate intervent to resolve this confusion of roles.

It is proposed the abduction of this system from ANAC and the creation of an ad hoc ADR stuff, for conflicts born from procedures of public procurement to control and prevent (the pathology) and the growth of a dispute that would have a strong economic and social impact in distribution and creation of equity and work system.