

CORSO DI APPROFONDIMENTO

“La disciplina dei contratti pubblici: il recepimento delle nuove direttive, aspetti normativi e criticità applicative tra il vecchio ed il nuovo regime”

MODULO 3

“L’Autorità Nazionale Anticorruzione – Il nuovo ruolo dell’ANAC: genesi, poteri e funzioni – le linee-guida”.

RELAZIONE DELL’AVVOCATO FRANCESCO LANOCITA

Il ruolo centrale attribuito all’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) all’interno del complessivo sistema degli appalti e delle concessioni pubbliche rappresenta forse la più vistosa particolarità del nuovo codice approvato con il DLgs. N.50/2016.

E’ appena il caso di sottolineare il dato che il Codice degli Appalti pubblici con l’abrogazione del DPR n.207/2010, ha ritenuto di non dare corso ad un regolamento attuativo, ma di sostituirlo con strumenti di regolazione più leggeri e flessibili.

In questo quadro si inserisce la funzione dell’ANAC a cui viene assegnata una posizione di preminenza caratterizzata non solo da poteri di “*vigilanza e regolazione*” ma anche da poteri di intervento

diretto nelle varie fasi dei procedimenti di appalto e sanzionatori delle singole procedure di affidamento con incisivi strumenti di controllo

L'obiettivo dichiarato del legislatore, come abbiamo visto, è quello di centrare i diversi (opposti) interessi consistenti, i primi, nel rapido ed efficace svolgimento delle procedure selettive, garantendo al contempo la massima concorrenza tra gli operatori del mercato, ed i secondi nella prevenzione e repressione della corruzione e di tutte le altre forme di illegalità che possono verificarsi durante le dette procedure di affidamento.

La centralità del ruolo dell'ANAC nel sistema complessivo disegnato dal Codice è testimoniata, peraltro, dal dato che l'ANAC viene citata ben 86 volte nei 220 articoli che compongono il codice stesso.

A questo si aggiunge il dato delle importanti competenze assegnate all'Autorità e che a mio avviso rappresentano uno storico cambiamento rispetto al passato nel settore dei LLPP dove ad uno scenario caratterizzato dal ruolo sistematico e di indirizzo interpretato dal Giudice amministrativo si tenta di sostituire un nuovo scenario della disciplina dei contratti pubblici distinta, soprattutto, dalla novità della cosiddetta "*regolazione flessibile*" affidata alle linee guida dell'ANAC.

E' questo il passaggio storico che, di per sé, può determinare significative e positive conseguenze nel raggiungimento delle

finalità espresse di speditezza ed efficace svolgimento delle procedure selettive, della garanzia della concorrenza e della prevenzione e repressione della corruzione e delle illegalità che possono verificarsi nel corso di dette procedure?

Senza volere assumere una posizione preconcepita e di diffidenza verso le novità, nel mantenere un cauto scetticismo, ritengo preliminarmente necessario partire dalla questione, a mio avviso, irrisolta, della dualità che caratterizza l'ANAC che, come lucidamente affermato dal Consigliere di Stato Raffaele Greco in uno dei primi contributi sul nuovo Codice, è data dalla *“propria natura giuridica di autorità di regolazione e vigilanza e la crescente assunzione di un ruolo di fatto <giustiziale> e fondamentalmente repressivo”*.

Nasce, in sostanza, con il nuovo Codice degli Appalti Pubblici un soggetto a cui vengono assegnati innumerevoli poteri tra i quali i più rappresentativi intervengono:

- sulla normazione, sui requisiti e i compiti del Responsabile unico del procedimento (art.31 comma 5);
- sul sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti (art.38 c. 6 e 7);
- sulle modalità di accertamento di alcune cause soggettive di esclusione dalle gare (art.80 comma 13);

- sul sistema di qualificazione delle imprese, sui requisiti e la capacità dei partecipanti alle gare e sui casi e le modalità dell'avvalimento (art.83 comma 2).

Peraltro, con la disposizione di chiusura (art.213) viene ribadito che all'ANAC spetta *“la vigilanza ed il controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi”* stabilisce in merito ai poteri di regolazione ad essa attribuiti che *“l'ANAC attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche.*

Trasmette alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione e gli altri atti di cui al precedente periodo ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte della stazioni appaltanti.

Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa.

L'ANAC, per l'emanazione delle linee-guida si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle

linee guida in testi unici integranti, organici ed omogenei per materia, di adeguate pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità delle regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n.11 del 2016 o dal presente Codice” (comma 2).

La novità caratterizzata dal ruolo significativo affidato all'ANAC, come già accennato, interviene su una fitta rete di principi, sottoprincipi e regole che si è formata nel vivo della giurisprudenza e nel confronto dialettico tra le parti originato dal contenzioso e che ha rappresentato, fino ad oggi, una guida efficace e sicura per le Stazioni appaltanti e per gli operatori.

In sostanza il Giudice amministrativo è divenuto nel corso degli anni il vero “*regolatore*” del settore degli appalti pubblici e dei pubblici servizi.

La funzione di “*regolatore*” del Giudice Amministrativo è promanata soprattutto dalla sede giurisdizionale: in sostanza dalla dinamica concreta che si sviluppa nel contenzioso al Giudice Amministrativo è stato possibile essere sia Giudice del caso concreto sia regolatore della materia dei contratti pubblici.

Come si concilia la novità delle linee guida e della regolazione flessibile di cui è sostanzialmente titolare esclusiva l'Anac con la necessità del mantenimento del ruolo della Giustizia Amministrativa?

Da qui nasce una preoccupazione che non appartiene solo ad una avvertita dottrina ma anche a quegli operatori del diritto che si troveranno a dover dirimere interventi, contenziosi sicuramente nascenti da queste nuove fonti secondarie di diritto.

In sostanza al dato che una parte importante della disciplina della materia oggetto del Codice venga definita oggi con le linee guida, la regolazione flessibile, gli atti di indirizzo, la soft law e simili, non può corrispondere la diminuzione dell'importanza del controllo del Giudice.

Sul punto non è in gioco solo il compito di “*regolatore*” del G.A. ma anche l'effettività della tutela giurisdizionale.

La questione, in sostanza attiene all'importante bilanciamento, costituzionalmente tutelato, del rapporto tra Autorità e Libertà.

In altre parole per il tramite della flessibilità della regolazione stabilita dal Codice non può passare la supposizione che possa essere evitato il vaglio giurisdizionale sulle linee guida ed i loro effetti o addirittura che quest'ultimo possa essere in una qualche misura allentato.

Da qui la necessità che alla funzione consultiva sulle linee guida che sta svolgendo con incisività il Consiglio di Stato¹ venga accompagnata

¹ Il ricorso alla funzione consultiva è stato visto come “*la conferma di un'evoluzione sostanziale delle funzioni consultive del Consiglio di Stato di cui all'art.100 della Costituzione, poiché si fa ricorso alla <<consulenza giuridico-amministrativa>> dell'Istituto anche per atti non tipici e sui generis che non costituiscono un atto normativo in senso proprio, ma neppure possono configurarsi come una richiesta di parere su uno specifico quesito*” con la conseguenza di individuare “*le funzioni consultive in una visione sistemica e al passo coi tempi, confermando il ruolo del Consiglio di Stato come un advisory board delle istituzioni del Paese anche in un ordinamento profondamente innovato e pluralizzato*” (C.d.S., Commissione Speciale, parere n.1767/2016).

anche la ribadita importanza del sindacato giurisdizionale che potrà interessare le linee guida stesse.

Detta così l'affermazione potrebbe contenere un non senso atteso che, nel momento in cui viene svolta un'attività consultiva con il conseguente favorevole apprezzamento dell'organo consultato sul prodotto sistematico e normativo elaborato, il vaglio successivo, effettuato dallo stesso organo su possibili profili di illegittimità, potrebbe essere inutile in quanto già precedentemente valutato.

Al contrario, è evidente che si tratta di compiti sostanzialmente diversi: il contenzioso per sua intrinseca caratterizzazione, nel porre problemi di tipo specifico, riesce anche a rappresentare e a far emergere, con semplicità ed efficacia, profili di possibile illegittimità e/o l'esigenza di una corretta interpretazione secondo legge di quanto impugnato che potrebbero non essere state comprese dall'analisi complessiva effettuata in sede consultiva .

Da quanto sopra emerge la necessità dell'inquadramento dogmatico degli atti adottati dall'ANAC con particolare riferimento alle linee guida vincolanti.

Come è noto mentre per le linee guida non vincolanti è stata pacificamente rilevata la loro caratteristica di "*ordinari atti amministrativi*", le linee guida vincolanti sono classificate come atti di "*regolazione*" e dunque assimilabili agli atti amministrativi generali e non ai regolamenti.

A quest'ultima classificazione si perviene sulla base della individuazione dell'ANAC come Autorità amministrativa indipendente con funzioni anche di regolazione.

Tale conclusione non è di poco conto atteso che discende da quanto sopra la necessità che tali atti vanno adottati sulla base di un procedimento di consultazione con particolare riferimento alla tecnica e nella prospettiva di una loro codicizzazione: e ciò nonostante che l'ANAC sia una figura molto distante dalle Autorità indipendenti di regolazione e che le sue linee guida vincolanti siano anch'esse molto lontane dalla loro produzione normativa tipo.

E' appena il caso di sottolineare come per le amministrazioni di regolazione dei mercati del credito e finanziari, dell'energia, delle comunicazioni –quali sono la CONSOB, la AGICOM oppure la AEEGSI- sia stato individuato il carattere della “*neutralità*” atteso che la regolazione dei settori specifici di competenza, peraltro circoscritti, viene svolta da Autorità indipendenti che fanno della tecnica e della mancanza di specifiche finalità e obiettivi da raggiungere, il loro *modus operandi*.

Al contrario di queste Autorità indipendenti, l'ANAC non è affatto un'Amministrazione neutrale se è vero che la neutralità implica per l'Autorità l'assenza di un proprio, specifico, interesse pubblico da perseguire e la sua limitazione ad una sorta di ruolo arbitrale.

L'ANAC nel momento in cui ha assunto il compito della vigilanza sulle stazioni appaltanti e sulle SOA o, ancor di più, il compito di

prevenire e contrastare la corruzione si è data delle finalità specifiche che determinano una distanza evidente da un approccio neutrale all'attività da svolgere.

Da qui, comunque, la equiparazione delle linee guida vincolanti dell'ANAC agli atti di regolazione propri delle Autorità indipendenti e neutrali.

Nonostante la contraddizione, pertanto, è evidente come la qualificazione delle linee guida vincolanti come atti amministrativi generali determini una loro efficacia esterna mediata nel senso della necessità di un atto amministrativo applicativo per poter incidere sulla sfera giuridica dei destinatari con il conseguente obbligo di rispetto di tutte le garanzie procedurali e di verifica della qualità della regolazione sulle quali può proiettarsi la verifica del Giudice Amministrativo.

Ovviamente il delicato equilibrio tra la giurisdizione amministrativa e la configurazione del ruolo attribuito all'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici sarà oggetto di una elaborazione che soltanto la concreta attività svolta dall'Autorità e i possibili risvolti definiti dal contenzioso amministrativo potranno determinare.

A margine le ulteriori criticità individuate, relativamente all'ANAC, dalla *“sovrapposizione tra i due momenti, preventivo e repressivo, essendo anche il primo declinato in una chiave para-giustiziale piuttosto che in un'ottica di creazione di circuiti collaborativi virtuosi*

all'interno dell'Amministrazione in coerenza con i valori costituzionali di cui all'art.97 Cost.”.

*In sostanza la critica più attenta ha sottolineato come sia prevalsa “la tendenza a privilegiare un’ottica burocratica di prevenzione della corruzione che può danneggiare la concorrenza; ancora, la tendenza ad occupare lo spazio della discrezionalità delle Stazioni Appaltanti ed ad invadere il campo proprio dell’Autorità Giudiziaria con il forte pericolo che una tale impostazione di fondo comprometta il rapporto tra legislatore e Autorità di regolazione e controllo da un lato, e Stazione Appaltanti e operatori economici dall’altro”.*²

In effetti all'alba delle innovative opzioni normative di cui abbiamo discusso va verificata la loro reale portata almeno relativamente alla riduzione e/o eliminazione dei fenomeni illeciti contro i quali sono state elaborate, atteso che, nell'immediato, comunque, vi è il rischio della diffusione di una evidente situazione di incertezza e di sfiducia fra gli operatori economici e le stazioni appaltanti a seguito della “dissolvenza” di una normativa di riferimento certa con principi, sottoprincipi e regole elaborati dalla giustizia amministrativa e dalla conseguente enfaticizzazione del momento di controllo e di repressione caratterizzata dall'attribuzione di relevantissimi poteri ad un'Autorità di settore di fatto onnipotente.

Con tutta evidenza il legislatore ha individuato nell'ANAC la panacea di tutti mali sussumendo in un unico soggetto –dalla natura ancora non

² Cfr. C. Merani *Brevi riflessioni generali sul nuovo Codice dei contratti pubblici (con l'auspicio di un decreto correttivo)* in www.lexitalia.it, 2016

definita- tutti i poteri dimenticando che la loro separazione è uno dei principi fondamentali dello Stato di diritto.

In altri termini, il potere giurisdizionale, quello legislativo e quello amministrativo sono attraversati trasversalmente dalla attività dell'Anac.

Attraverso l'ANAC, quindi, il legislatore tenta di porre rimedio, a mio avviso malamente, al non funzionamento della macchina amministrativa consumata, nel corso degli anni, da tagli che hanno –di fatto- impedito, esclusivamente, il ricambio generazionale dei dipendenti pubblici, senza incidere efficacemente sull'aumento della spesa pubblica.

Il risultato è stato quello di ingessare, soprattutto gli enti locali territoriali, in strutture burocratiche non adeguatamente attrezzate, in termini di risorse umane e materiali, ad affrontare la complessità –incomprensibilità- della normativa con il rischio di incorrere sempre più in errori passibili di ogni tipo di sindacato giurisdizionale.

Attraverso l'ANAC poi si intravede la carenza di fiducia che il legislatore ripone nel diverso e distinto potere giurisdizionale; appartengono, infatti, al recente passato e all'attualità i dubbi ingenerati sull'efficienza ed utilità del Giudice amministrativo.

Parimenti il legislatore con la attribuzione degli innumerevoli poteri all'ANAC ha rappresentato di non avere fiducia nemmeno nel suo ruolo e nella sua capacità tanto da delegare a questa Autorità anche l'esercizio del suo potere regolatorio.

E' giunto, comunque, il momento di fare ordine con la consapevolezza che l'ANAC ha bisogno del Giudice Amministrativo per dare il suo contributo mediante le linee guida alla elaborazione di un sistema efficace che, facendo tesoro delle regole, ma soprattutto dei principi elaborati fino ad oggi, da una giustizia amministrativa presente e coerente, possa determinare anche quegli elementi di innovazione utili per garantire una corretta concorrenza tra le imprese nell'interesse della Pubblica Amministrazione.