



Autorità Nazionale Anticorruzione

Relazione

“Regolamento sull’esercizio dei poteri di cui all’articolo 211 commi *1-bis e 1-ter* del d.lgs. 50/2016”

1.Premessa. Norma attributiva del potere e finalità dell’intervento

Il decreto correttivo al Codice dei Contratti pubblici ha abrogato l’articolo 211, comma 2, e, in sede di conversione del d.l. n. 50/2017 (recante la c.d. manovrina economica) in via di emendamento è stato inserito un testo sostitutivo dell’abrogato art. 211, comma 2, del codice dei contratti pubblici (legge n. 96/2017, art. 52-ter).

Dopo il comma 1 dell’art. 211 del Codice, sono stati infatti aggiunti i seguenti commi, che sostituiscono il vecchio comma 2 (abrogato dal correttivo): *“1-bis. L’ANAC è **legittimata ad agire in giudizio** per l’impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. 1-ter. L’ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da **gravi violazioni** del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un **parere motivato** nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall’ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l’ANAC **può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo**. Si applica l’articolo 120 del codice del processo amministrativo di cui all’allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. 1-quater. L’ANAC, con proprio Regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-bis e 1-ter”*.

Il nuovo testo apporta sostanziali modifiche all’istituto della raccomandazione vincolante, legittimando l’ANAC ad agire in giudizio per l’impugnazione di atti e provvedimenti viziati da violazioni della normativa in materia di contratti pubblici e attribuendo ad essa, altresì, il potere di adottare pareri motivati, qualora reputi che la stazione appaltante abbia adottato provvedimenti



Autorità Nazionale Anticorruzione

viziati da gravi violazioni del Codice dei contratti pubblici. In particolare, il nuovo comma *1-ter* prevede che, qualora la stazione appaltante non si conformi al parere motivato dell'ANAC entro il termine assegnato e comunque entro il limite massimo di sessanta giorni dalla trasmissione del parere, l'ANAC ha la facoltà, entro i successivi trenta giorni, di presentare ricorso presso il giudice amministrativo.

Il potere conferito dalla legge all'Autorità presenta caratteri di affinità con quello già attribuito all'AGCM di cui all'articolo *21-bis* della legge n. 287/1990 e incentrato sulla legittimazione "speciale" dell'AGCM in materia di provvedimenti amministrativi lesivi delle norme a tutela della concorrenza.

Al riguardo l'articolo *21-bis* della legge n.287/1990 prevede che: "1. *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.* 2. *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni.* 3. *Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.*

Entrambe le disposizioni sviluppano l'impostazione concettuale e le finalità che sono alla base dei numerosi esempi di apertura alla legittimazione di soggetti pubblici e di associazioni che possono agire per la tutela di interessi superindividuali, come nel caso degli interessi diffusi.

Il nuovo articolo 211 attribuisce, infatti, per la prima volta, all'Autorità, il potere di agire in giudizio e cioè un vero e proprio diritto di azione e, al comma *1-quater*, prevede, altresì, che: "*L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-bis e 1-ter*".



Autorità Nazionale Anticorruzione

In virtù della disposizione appena richiamata, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha provveduto ad elaborare il presente Regolamento al fine sia di delineare i contenuti dei poteri ad essa attribuiti dalla legge, sia al fine di introdurre una puntuale disciplina delle ipotesi in cui poter agire operando, quindi, una selezione delle fattispecie che, per gravità e consistenza, richiedono l'attivazione di questo nuovo strumento previsto dalla legge.

Redatta una prima bozza di regolamento, l'Autorità ha provveduto a porla in consultazione in data 4 gennaio 2018 al fine di acquisire, da parte di tutti i soggetti interessati, osservazioni ed elementi utili per l'elaborazione del documento definitivo.

All'esito della consultazione, della quale più avanti si dà conto, l'Autorità, in data 7 marzo 2018, ha richiesto al Consiglio di Stato un apposito parere sullo schema di Regolamento; a questo è stata allegata una relazione illustrativa con la quale si è proceduto a rappresentare il percorso logico che ha condotto all'elaborazione delle singole disposizioni, spiegando l'interpretazione della norma codicistica che ne costituisce il presupposto.

Il Supremo Consesso, in data 4 aprile 2018, ha trasmesso all'Autorità il Parere n. 1119 con il quale si è espresso favorevolmente sull'atto sottoposto alla sua attenzione, suggerendo alcune modifiche. Nelle premesse generali il Supremo Consesso si è soffermato sulla natura dei nuovi poteri attribuiti all'Autorità, rientranti nei peculiari strumenti di vigilanza collaborativa ai fini della tutela dell'interesse pubblico alla legittimità ed alla legalità dell'azione amministrativa in materia di contratti pubblici, che si collegano agli altri poteri ad essa attribuiti dalla legge, quali quelli di vigilanza e controllo di cui all'articolo 213 del Codice; ha inoltre accolto l'impostazione del Regolamento che, in ottemperanza al dettato normativo, distingue due diversi poteri e, precisamente, un' ipotesi generale di legittimazione al ricorso (articolo 211, comma *1-bis*) che consente di esercitare un potere di impugnazione veloce e snello, e una distinta seconda ipotesi (articolo 211, comma *1-ter*) - configurabile nel caso di gravi violazioni e contraddistinta dalla previsione dell'emissione di un parere motivato da parte dell'Autorità.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Ha, infine, chiarito che il Regolamento di cui al comma *1-quater* ha natura mista, in parte attuativo della delega (artt. 3,4,6,7) e in parte organizzativo (artt. 5,8-15) essendo volto a disciplinare il procedimento da seguire nell'esercizio dei poteri speciali di cui ai commi *1-bis* e *1-ter* dell'articolo 211 del Codice. In quanto Regolamento di organizzazione, quest'ultimo rientra nella fattispecie di cui all'articolo 17 della legge 400 del 1988, comma 1, lett. d), senza configurarsi, pertanto, alcuna ipotesi di eccesso di delega.

2.La struttura del regolamento

Il regolamento si compone di quattro distinti Capi così ripartiti:

- a) Capo I – Disposizioni generali (articoli 1 e 2);
- b) Capo II - Potere di cui all'articolo 211, comma *1-bis* - Ricorso diretto (articoli 3,4 e 5);
- c) Capo III - Potere di cui all'articolo 211, comma *1-ter* -Ricorso previo parere motivato (articoli 6,7,8,9 e 10);
- d) Capo IV - Disposizioni comuni, finali e transitorie (articoli 11,12,13,14,15).

In particolare, e nel rispetto del dettato normativo, la distinzione tra il Capo II (art.211, comma *1-bis*) e il Capo III (art.211, comma *1-ter*) è stata il frutto di una lettura coordinata del nuovo articolo 211 che, come condiviso anche dal Consiglio di Stato, ha codificato due distinti poteri. Pertanto, mentre il primo comma contempla un'ipotesi generale di legittimazione al ricorso, non subordinata a particolari regole procedurali e che consente di esercitare un potere di impugnazione veloce e snello (comma *1-bis*), il secondo comma disciplina un'ipotesi speciale (in ipotesi di gravi violazioni del Codice di cui al comma *1-ter*), contrassegnata - essa sola - dalla previsione del passaggio prodromico rappresentato dal parere motivato.

Inoltre, mentre il comma *1-bis* fa riferimento ai soli contratti di rilevante impatto, utilizzando una formulazione generica circa la possibilità di qualificare un contratto come meritevole di particolare attenzione, il comma *1-ter* utilizza, esclusivamente, il termine "grave violazione".



Autorità Nazionale Anticorruzione

Ne discende, pertanto, che il comma *1-bis*, riconosce una legittimazione ad impugnare in relazione ad atti specifici, senza necessità che ricorra una grave violazione, mentre nel comma *1-ter* la legittimazione ad impugnare è possibile solo in presenza di gravi violazioni, non ancorate a contratti di rilevante impatto.

Attraverso una ricostruzione sistematica e approfondita delle disposizioni del Codice si è proceduto, quindi, a dare consistenza e contenuto alle generiche formulazioni utilizzate dal legislatore attraverso un'elencazione puntuale prevista negli articoli 3 (Capo I) e 6 (Capo II) del Regolamento.

Parallelamente, con gli articoli 5 (ricorso diretto) e 8, 9 e 10 (ricorso previo parere), vengono descritte le modalità con le quali l'Autorità può agire in giudizio o direttamente, previa verifica della sussistenza del rilevante impatto, o attraverso l'emissione del parere. Solo nelle ipotesi di cui al comma *1-ter*, è, quindi, necessario seguire la procedura descritta dalla norma e considerare l'emissione del parere alla stregua di una condizione di procedibilità ai fini dell'impugnazione assicurando, in tal modo, un momento di interlocuzione preventiva dell'Autorità con l'amministrazione emanante l'atto ritenuto illegittimo, allo scopo di stimolare uno spontaneo adeguamento anche in applicazione del principio di leale collaborazione.

Con specifico riferimento alle tipologie di atti impugnabili dall'Autorità si è provveduto, attraverso gli articoli 4 e 7 (Atti impugnabili) ad individuare, per ciascun potere, le categorie di atti contro cui è esperibile l'azione in giudizio.

In tal caso, la fonte normativa delineante il perimetro degli atti impugnabili dall'Autorità è stata ritenuta essere, in entrambi i casi, la disposizione di cui al comma *1-bis* dell'art. 211 («L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti»). Ciò in quanto si è reputato che la formulazione ellittica utilizzata per indicare l'oggetto dell'azione impugnatoria nel comma *1-ter* («un provvedimento») debba essere intesa come un'espressione di sintesi volta a ricomprendere tutte le categorie di atti elencati nel comma precedente.



Autorità Nazionale Anticorruzione

L'azione disciplinata dai due commi è proponibile dinanzi al giudice amministrativo ai sensi dell'articolo 120 del C.P.A., come previsto dal comma *1-ter* dell'articolo 211.

Il riferimento ai “provvedimenti” ha portato a ritenere che, in linea generale, l'azione può proporsi solo avverso atti autoritativi, rientranti nella procedura di affidamento. L'azione dell'Autorità pertanto, deve ritenersi esclusa ogniqualvolta si tratti di comportamenti o atti non provvedimentali della stazione appaltante, in fase esecutiva.

In virtù di tale disposizione l'Autorità non può intervenire per denunciare violazioni che incidono sulla fase di esecuzione del contratto e che appartengono alla cognizione del giudice ordinario o degli arbitri. Fanno eccezione, come meglio precisato nell'articolato, gli atti adottati nella fase esecutiva che si traducono in una violazione della normativa sugli appalti sostanziandosi, di fatto, nell'affidamento di “nuovi” contratti pubblici in assenza delle garanzie procedurali dell'evidenza pubblica (ad esempio, varianti o affidamento di lavori/servizi supplementari in assenza dei presupposti di legge o rinnovi taciti) qualora sindacabili avanti al giudice amministrativo.

Il Consiglio di Stato ha accolto tale interpretazione in relazione all'elencazione degli atti impugnabili ritenendo, tuttavia, che dovessero essere espunti dall'originaria elencazione gli “atti normativi”, non sottoponibili all'esercizio dei poteri (amministrativi) di vigilanza e di controllo dell'Autorità ed al connesso esercizio del diritto di azione innanzi al giudice amministrativo. Dall'elencazione di cui agli articoli 4 e 7, pertanto, si è proceduto ad eliminare il riferimento agli atti normativi mantenendo esclusivamente il riferimento agli atti regolamentari, conoscibili dal giudice amministrativo in sede di impugnazione.

3.La procedura di consultazione pubblica

Benché il regolamento in esame non sia assimilabile alle linee guida vincolanti, in quanto esso non detta regole di condotte per gli operatori, e dunque sia sottratto all'ambito di applicazione dell'art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, il Consiglio dell'Autorità ha deliberato di sottoporre lo stesso a consultazione.

Nel corso della consultazione *on line*, che si è svolta nel periodo dal 4 al 24 gennaio 2018, sono pervenuti all'Autorità quattro contributi, di cui due da parte di stazioni appaltanti (Anas S.p.A. e



Autorità Nazionale Anticorruzione

Poste Italiane S.p.A.) e due da parte di associazioni di categoria (Associazione Nazionale Costruttori Edili e Associazione Nazionale Cooperative Produzione Lavoro).

3.1. Osservazioni pervenute

Anas S.p.A. e ANCE hanno manifestato preoccupazione in ordine alla possibilità che la legittimazione ad agire dell'Autorità possa essere strumentalizzata da parte di operatori economici anche eventualmente decaduti dalla possibilità di agire autonomamente, a scapito dei principi di certezza del diritto e stabilità dei provvedimenti amministrativi. Al fine di evitare che l'azione dell'Autorità si traduca in una forma di supplenza all'inerzia degli operatori economici, Anas S.p.A. ha proposto di prevedere un obbligo di segnalazione immediata a carico dell'operatore economico, di sancire a carico dello stesso operatore segnalante l'obbligo di impugnazione pena la preclusione per l'Autorità di esercitare la propria legittimazione attiva e di prevedere sanzioni a carico delle imprese che formulino segnalazioni manifestamente pretestuose.

ANCE e ANCPL hanno altresì evidenziato che, in caso di giudizio già istaurato dal privato, si dovrebbe prevedere che l'Autorità possa fare valere le proprie ragioni di contestazione solo nell'atto di intervento nel giudizio pendente e che, allo scopo, il privato debba notificare il ricorso avverso l'atto impugnato anche all'Autorità.

ANCE ha anche osservato che l'ipotesi di archiviazione automatica delle segnalazioni prevista dall'articolo 12, comma 2, dovrebbe essere sostituita da un'archiviazione espressa accompagnata da idonea motivazione.

Alcune osservazioni si sono appuntate sulla definizione di "contratto di rilevante impatto" e sulle ipotesi di "gravi violazioni".

In particolare, ANCE ha osservato che l'importo di 25 milioni oltre il quale, per i lavori, considerare il contratto di rilevante impatto sembra eccessivamente elevato.

Poste Italiane S.p.A. ha chiesto di chiarire cosa s'intenda con l'espressione "contratti che riguardino, anche potenzialmente, un ampio numero di operatori".

ANCE e ANCPL hanno evidenziato come l'ipotesi di grave violazione di cui alla lettera p) del comma 2 dell'articolo 6 (mancato utilizzo dei prezzi di riferimento pubblicati dall'Autorità nel testo originario sottoposto all'esame del Consiglio di Stato) debba essere coordinata con l'obbligo



Autorità Nazionale Anticorruzione

di utilizzare i prezziari regionali aggiornati annualmente introdotto dall'art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50/2016 come modificato dal d.lgs. n. 56/2017.

ANCPL ha chiesto di eliminare o riformulare le gravi violazioni di cui alle lettere e) (mancata esclusione di un concorrente per il quale ricorra uno dei motivi previsti dall'articolo 80 del codice ovvero il mancato possesso dei requisiti di cui al successivo articolo 83, comma 1) ed f) (contratti affidati in presenza di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'UE in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 del TFUE) di cui al comma 2 dell'articolo 6.

Anas S.p.A. e ANCPL hanno richiesto di precisare la tassatività dell'elencazione delle ipotesi di gravi violazioni previste all'art. 6, comma 2.

Infine, alcune osservazioni hanno riguardato la decorrenza dei termini nel caso di esercizio dell'azione previo parere motivato.

In particolare, ANCPL ha chiesto di armonizzare i termini per l'esercizio dell'azione previo parere motivato con quelli già indicati dall'art. 120 c.p.a. o comunque di individuare un termine opportunamente diversificato a seconda delle fattispecie legittimanti che stabilizzi un momento certo.

Poste Italiane ha richiesto di fare decorrere il termine per l'emissione del parere motivato, in caso di atti soggetti a pubblicazione, dalla data di pubblicazione, in analogia a quanto previsto dall'art. 3, comma 3, in caso di ricorso diretto.

3.2. Le opzioni seguite

Alcune delle proposte di modifica sono state accolte anche a seguito delle osservazioni del Consiglio di Stato.

In particolare, al fine di scongiurare rischi di strumentalizzazione da parte di operatori economici direttamente lesi dall'atto oggetto di censura, è stato precisato, nel comma 2 dell'art. 11, che l'Autorità acquisisce la notizia nell'esercizio della propria attività istituzionale «*ordinariamente d'ufficio*» e, con l'inserimento del comma 4, è stato chiarito che le segnalazioni da parte di terzi possono essere valutate dall'Autorità in considerazione delle risorse disponibili e tenendo conto della gravità della violazione e della rilevanza degli interessi coinvolti dall'appalto. Ciò in quanto



Autorità Nazionale Anticorruzione

l'Autorità, come anche considerato dal Consiglio di Stato nel parere reso, non agisce in giudizio su istanza di parte (i privati), perché non esercita un potere amministrativo in senso stretto ma piuttosto un diritto di azione il cui esercizio è rimesso esclusivamente al titolare dello stesso.

E' stata ridotta la soglia di valore oltre la quale considerare il contratto di rilevante impatto, portando quella per i lavori da 25 a 15 milioni e quella per servizi e forniture da 50 a 25 milioni.

E' stato accolto il suggerimento di specificare che l'elencazione delle ipotesi di gravi violazioni è tassativa (art. 6, comma 1). E' stata, altresì, accolta l'osservazione riguardante la decorrenza del termine per l'emissione del parere motivato con l'introduzione del comma 2 dell'art. 8 che, analogamente a quanto previsto dal comma 3 dell'art. 3 per il caso di ricorso diretto, fa decorrere il termine, in caso di atto soggetto a pubblicazione legale o notiziale, dalla data di pubblicazione.

4. Articolato

Si illustrano, di seguito, le singole disposizioni del regolamento attuativo del comma 1-quater dell'articolo 211, dando atto, altresì, delle modifiche introdotte a seguito del parere del Consiglio di Stato n. n. 1119 del 4 aprile 2018.

Art. 1 - (Definizioni). Contiene la definizione dei termini maggiormente utilizzati.

Art. 2 - (Oggetto). Indica la materia oggetto del regolamento.

Art. 3 - (Fattispecie legittimanti il ricorso). La disposizione regolamentare introdotta con tale articolo, in relazione al potere di cui all'articolo 211, comma *1-bis* del nuovo codice dei contratti, prevede, al comma 1, la possibilità per l'Autorità di agire in giudizio innanzi al giudice amministrativo nel caso di contratti di rilevante impatto che violano le norme in materia di contratti pubblici, dettagliando al comma 2 i casi che possono rientrare nella definizione di "rilevante impatto" in virtù di quanto previsto dal comma *1-quater* del d.lgs. 50/2016.

Per la definizione di tale ultima locuzione, si è ritenuto di poter declinare la stessa sia sotto un profilo qualitativo che quantitativo.



Autorità Nazionale Anticorruzione

In relazione al primo aspetto, a valenza principale, si è preso spunto in primo luogo dall'espressione contenuta nel regolamento di vigilanza nell'ambito della definizione delle priorità delle segnalazioni, laddove nell'art. 11, comma 1, lett. d) si riferisce a "segnalazioni che sottopongono questioni di particolare rilevanza economica e sociale, in rapporto al valore del contratto e al numero di operatori potenzialmente coinvolti nel mercato di riferimento".

In tale contesto, al fine di enucleare le fattispecie riconducibili a tale casistica, si è ritenuto di fare riferimento in particolare a contratti che coinvolgono un ampio numero di operatori, nonché a quelli relativi ad interventi in occasione di grandi eventi di carattere sportivo, religioso, culturale o a contenuto economico, ad interventi disposti a seguito di calamità naturali, ad interventi di realizzazione di grandi infrastrutture strategiche, nonché agli ulteriori contratti relativi ad opere, servizi o forniture aventi particolare impatto sull'ambiente, il paesaggio, i beni culturali, il territorio, la salute, la sicurezza pubblica o la difesa nazionale.

Sono stati inoltre ricompresi nell'ambito della casistica i contratti riconducibili a fattispecie criminose, situazioni anomale o sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti. Per quanto concerne il punto di vista quantitativo, assunto a valenza residuale rispetto alle ulteriori fattispecie sopra riferite a carattere qualitativo, per l'individuazione delle possibili soglie di riferimento, si è proceduto in primo luogo attraverso preliminari elaborazioni effettuate a partire dai dati contenuti nella Banca dati nazionale contratti pubblici (BDNCP), al fine di consentire un'analisi della struttura del mercato. Sulla scorta di quanto evincibile da tali elaborazioni - tenendo presente anche la soglia di valore definita dall'art. 215 del d. lgs. 50/2016 in relazione alla funzione consultiva del Consiglio Superiore Pubblici esercitata in via ordinaria nei riguardi dei progetti di competenza statale di importo superiore ai 50 milioni di euro - sono state ritenute congrue le soglie di valore pari a € 25 milioni per i lavori e 50 milioni per i servizi e le forniture, valutate come idonee ad identificare *ex se* le procedure di particolare rilevanza ed impatto sul mercato anche in relazione all'effettiva incidenza assunta nei rispettivi mercati di riferimento.

Con riferimento all'articolo 3, comma 2, del regolamento, il Consiglio di Stato ha condiviso l'impostazione volta a qualificare i contratti di rilevante impatto sia con riferimento all'aspetto qualitativo sia con riferimento a quello quantitativo. Tuttavia, con riferimento a quest'ultimo, ha espresso il dubbio che la fissazione dei tetti inizialmente indicati, 25 milioni di euro per i lavori e



Autorità Nazionale Anticorruzione

50 milioni di euro per servizi e forniture, fossero troppo elevati, svuotando di contenuto pratico la stessa previsione regolatoria e limitando la legittimazione straordinaria a situazioni minimali.

Invero, pur nella considerazione che sono autonomamente soggetti al potere di impugnazione dell'Autorità contratti di 'rilevante impatto' individuati sulla base del solo aspetto qualitativo, e dunque eventualmente anche di importo inferiore alle soglie indicate, in accoglimento degli spunti offerti dalle osservazioni del Consiglio di Stato, si è ritenuto, a seguito di una rivalutazione dei dati a disposizione, di modificare la disposizione prevedendo quali tetti massimi 15 milioni di euro per lavori e 25 milioni di euro per servizi e/o forniture.

Ne discende che l'articolo 3, comma 2 lett. e) prevede, oggi, che debbono intendersi di rilevante impatto i contratti: *“aventi ad oggetto lavori di importo pari o superiore a 15 milioni di euro ovvero servizi e/o forniture di importo pari o superiore a 25 milioni di euro”*;

Art. 4 - (Atti impugnabili). L'art. 4, in attuazione di quanto disposto dall'art. 211, comma 1-*quater*, del Codice, individua le categorie di atti contro cui è esperibile l'azione di cui all'art. 211, comma 1-*bis* e indica le tipologie di atti impugnabili.

Il comma 1 lett. a) identifica quali atti impugnabili i «regolamenti e atti amministrativi di carattere generale quali bandi, avvisi, sistemi di qualificazione degli operatori economici istituiti dagli enti aggiudicatori nei settori speciali, atti di programmazione, capitolati speciali di appalto, bandi-tipo adottati dalle stazioni appaltanti, atti d'indirizzo e direttive che stabiliscono modalità partecipative alle procedure di gara e condizioni contrattuali»

Il comma 1-*bis* dell'art. 211, a differenza dell'art. 21-*bis* legge n. 287/1990 che usa l'espressione «atti generali amministrativi», non qualifica ulteriormente la categoria degli atti generali, che è stata dunque intesa nel suo significato più ampio come comprensiva non solo degli atti generali amministrativi, ma anche degli atti generali normativi sindacabili avanti al giudice amministrativo e quindi dei regolamenti.

Tale approdo ermeneutico è suffragato, oltre che da un primo evidente argomento di tipo letterale, sul piano finalistico-sistematico, dalla *ratio* della norma che, riconoscendo all'Autorità una



Autorità Nazionale Anticorruzione

legittimazione definita dai commentatori “straordinaria” poiché basata sull’interesse pubblico e generale alla legalità delle procedure di gara, dovrebbe consentire l’immediata impugnazione di atti quali i regolamenti che, in quanto generali e astratti, sono suscettibili di reiterata applicazione e dunque idonei, qualora illegittimi, a perpetrare, tramite i singoli atti applicativi, una serie indefinita di atti concretamente lesivi.

Sono inoltre impugnabili tutti gli atti che stabiliscono modalità partecipative alle procedure di gara e condizioni contrattuali.

Il comma 1, lett.b), identifica quali atti impugnabili i «provvedimenti quali delibere a contrarre, ammissioni ed esclusioni dell’operatore economico dalla gara, aggiudicazioni, validazioni e approvazioni della progettazione, nomine del RUP, nomine della commissione giudicatrice, atti afferenti a rinnovo tacito, provvedimenti applicativi della clausola revisione prezzi e dell’adeguamento dei prezzi, autorizzazioni del Responsabile del procedimento e/o approvazioni di varianti o modifiche, affidamenti di lavori, servizi o forniture supplementari».

L’individuazione del giudice amministrativo quale giudice preso cui radicare la controversia ha indotto a ritenere che il legislatore abbia inteso riferirsi ai provvedimenti che scandiscono la fase pubblicistica delle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Tra i provvedimenti della procedura di gara, viene in primo luogo in considerazione la delibera o determina a contrarre, con cui ha inizio la fase pubblicistica in senso stretto della procedura e nella quale le stazioni appaltanti individuano «gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte» (art. 32 d.lgs. n. 50/2016). Generalmente considerata un atto interno non suscettibile di ledere di per sé sola posizioni soggettive tutelabili, la giurisprudenza la ritiene impugnabile, da parte di chi si trovi in una posizione qualificata, quando determini la selezione del contraente in violazione delle norme sull’evidenza pubblica. A maggior ragione, si è ritenuto che la determina a contrarre possa essere impugnata dall’Autorità, titolare di una legittimazione volta alla tutela obiettiva dell’ordinamento, tutte le volte in cui disponga l’affidamento diretto di un contratto pubblico in assenza delle condizioni richieste dalla legge per derogare all’obbligo della procedura concorsuale o, comunque, violi norme inderogabili sulle modalità di affidamento. Ad essa si aggiungono tutti i provvedimenti adottati dalla stazione appaltante nella fase di formazione della volontà e di scelta del contraente privato sulla base delle



Autorità Nazionale Anticorruzione

regole dell'evidenza pubblica.

Si è altresì considerato che, nel corso della fase esecutiva del contratto, la stazione appaltante può adottare atti che si traducono in una violazione della normativa sugli appalti sostanziandosi, di fatto, nell'affidamento di "nuovi" contratti pubblici in assenza delle garanzie procedurali dell'evidenza pubblica (ad esempio, varianti o affidamento di lavori/servizi supplementari in assenza dei presupposti di legge o rinnovi taciti) ed è stato ritenuto che, qualora sindacabili avanti al giudice amministrativo, stante la loro portata lesiva, tali atti siano impugnabili dall'Autorità.

Art. 5 - (Proposizione del ricorso). L'articolo 5 detta le modalità attraverso le quali l'Autorità può agire in giudizio direttamente, previa verifica della sussistenza del rilevante impatto.

La norma detta una rapida procedura al fine di acquisire eventuali informazioni utili a circostanziare la notizia della violazione. L'ufficio competente, all'esito dei chiarimenti eventualmente richiesti e dell'istruttoria effettuata, formula una proposta al Consiglio dell'Autorità che assume la decisione in ordine alla proposizione del ricorso, mediante una propria deliberazione. La delibera deve contenere la motivazione circa la ricorrenza dei presupposti legittimanti il ricorso e, in caso di urgenza, il ricorso può essere proposto previa decisione del Presidente, salva ratifica del Consiglio dell'Autorità.

Art. 6 - (Fattispecie legittimanti). La disposizione disciplina, al comma 1, la possibilità per l'Autorità di agire in giudizio innanzi al giudice amministrativo nel caso di atti delle stazioni appaltanti viziati da gravi violazioni in materia di contratti pubblici e dettaglia, al comma 2, i casi che possono rientrare nella definizione di "grave violazione".

Per precisare il concetto di "grave violazione" si è ritenuto di far riferimento alle violazioni già contemplate dal Regolamento di vigilanza in riferimento alle ipotesi di "raccomandazione vincolante", ad oggi abrogata, tenendo presente l'esigenza di circoscrivere le fattispecie a tipologie di violazioni sindacabili dal Giudice amministrativo o rientranti nella giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, comma 1 lett. e) del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 in tema di "Attuazione dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo".



Autorità Nazionale Anticorruzione

Con riferimento alla previsione di cui all'articolo 6, comma 2, lett. e), è stato accolto il suggerimento del Consiglio di Stato, teso a dare maggiore coerenza alla disposizione, che prevedeva di estendere l'ipotesi di grave violazione, oltre al caso di mancata esclusione nei casi previsti dall'articolo 80 e dall'articolo 83, comma 1, del codice, anche al caso di illegittima esclusione.

Il Consiglio di Stato ha altresì suggerito, qualora il parere motivato verta sulla mancata esclusione di un concorrente o sulla illegittima ammissione, di prevedere espressamente il termine per l'adozione del parere stesso al fine di rendere possibile l'eventuale ricorso nel rispetto dei termini di cui all'art. 120, comma 2 del C.P.A. Ha avanzato l'ipotesi che il termine per l'emissione del parere potesse essere di 48 ore. L'Autorità, in relazione alla possibilità di prevedere un termine di 48 ore per l'emissione del parere nelle suddette ipotesi, ad una prima disamina ha riscontrato che la previsione di un termine così breve avrebbe reso improbabile, se non impossibile, l'applicazione della norma in commento.

Art. 7 - (Atti impugnabili). L'art. 7, in attuazione di quanto disposto dall'art. 211, comma 1-*quater*, del Codice, individua le categorie di atti contro cui è esperibile l'azione di cui all'art. 211, comma 1-*ter* e indica le tipologie di atti impugnabili. La disposizione riproduce in larga parte i contenuti di cui all'art.4.

Articoli 8 -(Procedimento per l'emissione del parere motivato), 9 - (Rapporti con la stazione appaltante), 10 - (Proposizione del ricorso)

Gli articoli 8, 9 e 10 disciplinano l'*iter* procedimentale che l'Autorità è tenuta ad osservare per promuovere l'azione attraverso la fase prodromica prevista dalla norma, preordinata a sollecitare il potere di autotutela della stazione appaltante mediante il parere motivato.

Tenuto conto dell'avvicendamento dei termini introdotti dal legislatore e del relativo arco temporale complessivamente dilatabile fino ad un massimo di 150 giorni, la scelta compiuta nel regolamento è stata quella di dare certezza alla sequenza procedimentale e snellire il più possibile la scansione temporale, anche in considerazione delle crescenti esigenze di celerità che connotano il settore degli appalti pubblici.



Autorità Nazionale Anticorruzione

In quest'ottica, l'*iter* procedurale è stato notevolmente semplificato rispetto alle fasi proprie del procedimento amministrativo: in particolare, non sono state previste né le garanzie partecipative di cui alla legge 7 marzo 1990, n. 241, né l'instaurazione di un formale contraddittorio.

In conformità ai termini previsti dalla norma, l'*iter* procedimentale consta di tre fasi temporalmente successive:

- 1) l'acquisizione della notizia della grave violazione e l'adozione del parere (art. 8);
- 2) la trasmissione del parere alla stazione appaltante (art. 9);
- 3) la decisione in ordine alla proposizione del ricorso (art. 10).

L'**art. 8** disciplina la fase funzionale all'emissione del parere motivato, prodromico alla proposizione del ricorso dinanzi al giudice amministrativo. La prima fase è scandita dal termine di 60 giorni entro il quale l'Anac è tenuta ad emettere il parere, termine cui si è ritenuto di attribuire natura perentoria, nell'ottica di garantire certezza ed effettività alla scansione procedimentale.

Quanto all'individuazione del *dies a quo*, si è ritenuto di accogliere il rilievo formulato dal Consiglio di Stato in ordine alla opportunità che il termine per l'emissione del parere decorra, per gli atti soggetti a pubblicità legale o notiziale, dalla data della pubblicazione, mentre per gli altri atti dall'acquisizione della notizia dell'emanazione dell'atto. Ciò al fine di evitare di spostare in un tempo indefinito l'emissione del parere e, conseguentemente, la proposizione del ricorso giurisdizionale, in contrasto con i principi di certezza che devono sovraintendere alle procedure ad evidenza pubblica.

Nell'ottica di consentire all'Autorità di verificare l'attendibilità della notizia o di acquisire l'atto che si assume illegittimo, il regolamento ha previsto un'interlocuzione con la stazione appaltante. Essa può essere avviata d'ufficio nei confronti dell'eventuale autore della segnalazione, della stazione appaltante o di qualsiasi terzo che si ritiene sia in possesso di informazioni o documenti utili ai fini dell'emissione del parere. Si tratta, tuttavia, di un mero confronto e non di un formale contraddittorio che, nondimeno, assume un carattere meramente eventuale ("può chiedere") ed è connotato da celerità ("rapida verifica"). Trattandosi di un momento di dialogo preordinato ad acquisire ulteriori informazioni che consentono di verificare la veridicità della notizia e corredarla di elementi probatori, il regolamento ha limitato l'interlocuzione allo scambio di documenti e



Autorità Nazionale Anticorruzione

informazioni e non ha contemplato espressamente l'audizione, pur non escludendola a priori. Lo scambio informativo previsto non sospende in alcun caso il decorso del termine di sessanta giorni. L'atto conclusivo della sequenza in esame è il parere motivato emesso dal Consiglio dell'Autorità, su proposta dell'ufficio che ha riscontrato i vizi e gestito l'istruttoria. In considerazione della ristrettezza dei termini di legge, si è prevista la possibilità che il parere, nei casi di urgenza, possa essere emesso dal Presidente che successivamente lo sottopone alla ratifica del Consiglio dell'Autorità nella prima seduta utile.

In ordine al contenuto del parere, trattandosi di un atto che prelude al ricorso giurisdizionale, il regolamento prevede che esso debba indicare specificamente le violazioni di legge riscontrate e i rimedi da adottare per la rimozione dei vizi.

La seconda fase della sequenza procedimentale in esame, in un'ottica deflattiva del contenzioso, è preordinata a promuovere la preventiva interlocuzione con la stazione appaltante, allo scopo di stimolarne lo spontaneo adeguamento.

L'art. 9 prevede, in tal senso, che il parere sia trasmesso alla stazione appaltante con contestuale assegnazione di un termine per la rimozione dei vizi di legittimità dell'atto, conformemente alle prescrizioni impartite. Tale termine ha un'ampiezza massima di 60 giorni e, nella medesima ottica di cui all'art.8, è stato inteso quale termine perentorio.

Il regolamento ha ommesso, tuttavia, di prevedere e disciplinare i criteri in base ai quali l'Autorità è tenuta a calibrare l'ampiezza del termine, entro il detto intervallo di 60 giorni, concesso alla stazione appaltante per rimuovere i riscontrati vizi di legittimità dell'atto. Tale valutazione sarà compiuta in relazione alle specificità del caso concreto, con riferimento alla tipologia e al numero dei vizi riscontrati, nonché agli adempimenti che si assumono necessari per rimuoverli.

Attesa la natura non provvedimentale del parere e la sua insuscettibilità a produrre in modo diretto ed immediato effetti negativi e/o pregiudizievoli nella sfera giuridica degli operatori economici interessati dalla vicenda sottoposta al vaglio dell'Autorità, non è stata prevista, nella stesura finale del regolamento, la comunicazione del parere ai controinteressati.

La comunicazione del parere è preordinata, come si è evidenziato sopra, ad aprire una dialettica con la stazione appaltante, sul modello di una comunicazione di avvio del procedimento.



Autorità Nazionale Anticorruzione

In particolare, il parere, che contiene l'*invito* a rimuovere i vizi di legittimità riscontrati dall'Autorità, è volto a sollecitare il potere di autotutela della stazione appaltante, all'esito di una ponderazione discrezionale di tutti gli interessi coinvolti, relativamente alla volontà di conformarsi, totalmente o parzialmente, ovvero di non conformarsi alle prescrizioni dell'Autorità, indicando motivatamente le ragioni del rifiuto.

In entrambi i casi, il regolamento prevede che l'amministrazione deve tenere informata l'Anac, entro il termine assegnatole per l'adeguamento, delle azioni che ha intrapreso a seguito della ricezione del parere. In tal senso, si è ritenuto opportuno prevedere nel regolamento (art. 10, comma 2) che la mancata comunicazione della decisione, entro il termine perentorio assegnato alla stazione appaltante, equivale, ai fini della proposizione del ricorso dinanzi al giudice amministrativo, alla manifestazione della volontà di non conformarsi al parere.

La terza fase è finalizzata ad assumere una determinazione in ordine alla proposizione del ricorso dinanzi al giudice amministrativo, in esito alla valutazione della mancata o parziale conformazione della stazione appaltante alle prescrizioni contenute nel parere e all'esame delle eventuali motivazioni da questa addotte.

L'iter procedurale è scandito dall'art. 10 del regolamento che pone in capo all'ufficio competente la formulazione al Consiglio di una proposta di impugnazione dell'atto affetto da illegittimità ove, in esito alla conclusione dell'istruttoria, si sia riscontrata la mancata conformazione della stazione appaltante al parere emesso dall'Autorità ovvero la conformazione soltanto parziale. La proposta è trasmessa al Consiglio dell'Autorità, che assume la decisione in ordine alla proposizione del ricorso mediante una propria deliberazione. Anche in tale ipotesi, si è ritenuto opportuno, tenuto conto dei tempi stringenti per la proposizione del ricorso, prevedere che, nei casi di urgenza, la decisione possa essere assunta dal Presidente dell'Autorità, salva successiva ratifica del Consiglio.

Il regolamento prevede che il ricorso, previa deliberazione del Consiglio, debba essere proposto entro 30 giorni dalla ricezione della risposta dell'amministrazione, ovvero dallo spirare del termine di cui all'articolo 9, comma 1, in caso di sua inerzia. In una logica di efficienza e celerità, si è inteso identificare il *dies a quo* con il giorno della comunicazione, da parte della stazione appaltante, della volontà di non conformazione o conformazione in misura parziale al parere, ove questo sia precedente allo spirare del termine di 60 giorni assegnato alla stazione appaltante.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Art. 11 - (Acquisizione della notizia). L'articolo 11 apre il capo IV del regolamento e contiene le disposizioni comuni ad entrambi i poteri dell'Autorità.

Il primo comma circoscrive l'oggetto della notizia della violazione, precisando che la stessa deve contenere elementi di fatto e ragioni di diritto tali da consentire all'Autorità di rinvenire i vizi dell'atto e valutare la sussistenza del requisito del rilevante impatto del contratto e la gravità della violazione riscontrata.

Benché chiunque possa sollecitare l'emanazione, da parte dell'Anac, del parere motivato, in un'ottica deflattiva del contenzioso, accogliendo il suggerimento del Consiglio di Stato, si è specificato che si tratta di un procedimento ad iniziativa d'ufficio. Ne consegue che le eventuali segnalazioni di terzi non determinano alcun vincolo di esame o di istruttoria per l'Autorità, che si riserva di valutarle in relazione alle risorse disponibili e in considerazione della gravità dei vizi segnalati e della rilevanza degli interessi coinvolti nell'appalto.

Il regolamento specifica, tuttavia, che nella valutazione delle segnalazioni pervenute, un canale preferenziale è previsto per particolari soggetti qualificati, quali autorità giudiziaria amministrativa, ordinaria e contabile, pubblico ministero, avvocatura di Stato. Al riguardo, si è ritenuto di non introdurre una peculiare modalità attraverso la quale le segnalazioni debbono essere inviate.

Art. 12 - (Rapporti con altri procedimenti dell'Autorità). L'articolo 12 disciplina il rapporto tra l'esercizio dei poteri di cui agli articoli 3 e 6 e i procedimenti dell'Autorità in occasione dei quali viene acquisita la notizia della violazione.

La disposizione prevede che l'esercizio dell'azione in giudizio e l'emanazione del parere motivato determinano la sospensione dei procedimenti di vigilanza e di precontenzioso preordinati all'emissione di pareri non vincolanti.

La *ratio* della norma è da rinvenirsi nella maggiore incisività del potere di impugnazione e dei suoi effetti demolitorio, ripristinatorio e conformativo rispetto alla più limitata efficacia del potere di raccomandazione non vincolante, che l'Autorità esercita nell'ambito delle proprie funzioni di vigilanza, e dei pareri di precontenzioso non vincolanti. La possibilità di agire in giudizio per



Autorità Nazionale Anticorruzione

ottenere l'annullamento dell'atto che si assume illegittimo e ripristinare la legalità del sistema vanifica almeno temporaneamente l'esercizio della funzione di vigilanza e della funzione precontenziosa non vincolante che, conseguentemente, rimangono sospese in attesa dell'esito del giudizio.

Rappresentano un caso a parte i procedimenti di precontenzioso preordinati all'emissione di pareri che vincolano le parti che hanno preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in essi stabilito.

In tali ipotesi l'Autorità, in qualità di terzo rispetto alle parti litiganti, esercita una funzione di *Alternative Dispute Resolution*, ovvero una funzione conciliativa, su base volontaria, di natura amministrativa, alternativa al ricorso giurisdizionale, preordinata all'emissione di un parere che tramite, il vincolo facoltativo a conformarsi a quanto in esso disposto, è in grado di incidere efficacemente sull'illegittimità eventualmente riscontrata. In tali circostanze, a fronte di una violazione potenzialmente legittimante l'esercizio del potere di impugnativa, l'Autorità mantiene la propria funzione conciliativa e porta a compimento il procedimento con l'emissione del parere vincolante nel quale censura le illegittimità riscontrate.

Art. 13 - (Pubblicità). Con la norma in commento si stabilisce che le decisioni assunte dal Consiglio dell'Autorità, sia in merito alla possibilità di agire direttamente in giudizio ex art. 5, comma 1, sia in merito alla decisione assunta a seguito del mancato adeguamento da parte della stazione appaltante, vengano portate nell'immediato a conoscenza degli interessati. L'immediata conoscenza è, altresì, garantita, relativamente alla delibera del Consiglio dell'Autorità con la quale viene disposto il ricorso ex art. 11, comma 2. Dei summenzionati atti è data pubblicazione in una apposita sezione del sito dell'Autorità.

Art. 14 - (Norme transitorie). Con l'articolo 14 viene disciplinata la fase transitoria. L'approvazione del Regolamento rappresenta il presupposto per l'effettivo esercizio dei poteri di cui agli artt. 211, comma *1-bis* e seguenti del Codice dei contratti. Pertanto viene stabilito che l'Autorità provvede ad avviare i relativi procedimenti, qualora ne ricorrano i presupposti, sulla base delle notizie acquisite al momento dell'entrata in vigore del regolamento.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Art. 15 - (Entrata in vigore). La disposizione stabilisce che il regolamento entra in vigore quindici giorni dopo la data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.