

Infine, **entrambi gli atti sono dichiarati impugnabili in sede giurisdizionale amministrativa** ai sensi dell'art. 120 del Codice del processo di cui al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

Tracciati questi profili comuni, esaminiamo ora partitamente i due istituti¹⁷.

5. I pareri di precontenzioso (art. 211, comma 1, del nuovo codice dei contratti pubblici) tra consulenza collaborativa e funzione paragiurisdizionale

L'art. 211 ha segnato un “salto di qualità” dei pareri di precontenzioso relativi alla procedura di gara.

5.1. La fisionomia di una creatura tutta da scoprire

In base al previgente codice dei contratti pubblici (art. 6, comma 7, lett. n), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), il parere su questioni insorte durante lo svolgimento della gara era infatti qualificato come «non vincolante». Si trattava, quindi, di forme di *moral suasion*, una consulenza qualificata, non lontana dai *responsa* del diritto romano, rafforzata però, in termini di autorevolezza, dalla veste pubblicistica del soggetto emanante. Il nuovo codice rafforza lo strumento, onde potenziarne l'efficacia in termini di deflazione del contenzioso. Si prevede così il carattere vincolante del parere, laddove le parti vi consentano, in modo da trasformare il ricorso al parere vincolante in un vero e proprio ricorso amministrativo e l'atto formalmente consultivo dell'ANAC in una decisione giustiziale, non dissimile dalla decisione sul *ricorso gerarchico improprio*¹⁸.

La procedura in esame – come osservato dal Consiglio di Stato nel parere 14/9/2016, n. 1920, sullo schema di regolamento ANAC di procedura – **non è però un processo, né può essere un nuovo, surrettizio, grado del giudizio**. I fini perseguiti sono quelli di ottenere una deflazione del contenzioso e di favorire, attraverso un rimedio con funzione latamente giustiziale, la *cultura dell'alternativa all'accesso alla giustizia statale*. È decisiva, in questa direzione, la circostanza che l'intervento dell'Autorità non è costruito come strumento cui lo Stato obbligatoriamente e preventivamente rimandi per l'esercizio del diritto di difesa in giudizio, ma alla stregua di veicolo

¹⁷ Si deve ringraziare Marco Lipari autore di una monografia in corso di pubblicazione (*Il nuovo precontenzioso ANAC*, Dike, 2017), di cui si anticipano ampi stralci in questo capitolo.

¹⁸ Così R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5/2016, 537.

normativo di cui lo Stato medesimo incoraggia l'utilizzo, lasciando tuttavia impregiudicata la libertà dell'apprezzamento dell'interessato nel decidere se farvi ricorso.

È utile, in ogni caso, precisare che l'efficacia vincolante non può mai essere totalmente unilaterale, necessitando della convergenza almeno della stazione appaltante (Cons. Stato, sezione atti normativi, parere 14 settembre 2016, n. 1920).

5.1.1. La qualificazione atecnica dell'istituto

Senza sopravvalutare la portata necessariamente “convenzionale” delle espressioni giuridiche utilizzate dal legislatore, **si può dubitare dell'esattezza della formula attuale racchiusa nella rubrica dell'art. 211 e riferita ai “pareri di precontenzioso”**, alla luce dei nuovi contenuti della disciplina.

La pronuncia dell'ANAC è ora destinata ad assumere portata obbligatoria per le parti (sia pure nei limiti e alle condizioni indicate dalla norma) e si connette – almeno normalmente – ad una controversia già in atto; dunque, **il “parere” di cui all'art. 211, comma 1, non è affatto “pre” contenzioso, ma, a tutto concedere, “pre-giurisdizionale”** (M. Lipari). E non si tratta più di una semplice opinione consultiva, costituente un'ipotesi di soluzione della controversia (come affermato dalla disciplina regolamentare), ma di un **vero e proprio provvedimento decisorio, idoneo a conformare il rapporto giuridico oggetto della pronuncia**: anche la formula “parere”, quindi, potrebbe apparire non del tutto corretta.

In luogo dell'espressione utilizzata “parere”, è quindi più appropriato il termine “**decisione**”, considerando i nuovi contenuti dell'atto. Infatti, anche alla luce della locuzione presente nel citato art. 213, comma 2, del nuovo codice (che prevede l'impugnabilità delle *decisioni*), il provvedimento dell'ANAC è obiettivamente destinato a risolvere una controversia. Questo carattere rimane fermo, anche qualora si ritenesse necessaria la mediazione dell'adeguamento doveroso imposto alla stazione appaltante, almeno in caso di accoglimento della richiesta¹⁹. Il punto dovrà essere approfondito *infra*, insieme all'analisi della nuova “*efficacia vincolante*” dell'atto, affermata dal periodo successivo dell'art. 211, comma 1. In questo aspetto, infatti, si coglie evidentemente **l'aspetto letteralmente**

¹⁹ R. De Nictolis, *Il nuovo codice*, cit. afferma che nei confronti della stazione appaltante “*il vincolo implica, se l'ANAC ritiene che l'atto di gara sia illegittimo, un dovere di intervenire in autotutela; con la relativa procedura, che comporterà l'avviso a tutti i soggetti interessati e controinteressati, ivi compresi terzi che non sono vincolati dall'atto ANAC, con quel che ne consegue sul piano della sua impugnazione*”.

“rivoluzionario” della norma. Mentre nel codice del 2006 il parere è espressamente qualificato come non vincolante, nell’art. 211 è stabilita la diversa efficacia giuridica dell’atto dell’ANAC. Esso *“obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito”*.

Resta, poi, meritevole di approfondimento il **preciso significato della formula “questioni insorte durante la procedura”**, utilizzata per definire l’oggetto dell’intervento dell’ANAC, che non corrisponde, letteralmente, alla espressione *“domande”* o *“azioni”*, utilizzata nel CPA allo scopo di individuare la cognizione del giudice. Potrebbe dunque dubitarsi della piena simmetria, anche sotto questo profilo, tra l’ambito del contenzioso giurisdizionale e quello del precontenzioso ANAC.

Sotto il profilo testuale, l’espressione potrebbe far pensare non già alla necessità di una controversia in senso tecnico, già *“attuale”*, ma ad una nozione assai più larga, la quale comprende al suo interno, oltre alle *“liti”*, ogni sorta di divergenza interpretativa o applicativa in ordine al procedimento *in itinere*. Il regolamento ANAC del 2014, peraltro, pure nel regime del parere non vincolante, aveva stabilito una prescrizione di segno diverso, subordinando espressamente l’intervento dell’Autorità all’esistenza di un’effettiva controversia. È plausibile aderire all’interpretazione che, in coerenza con la funzione *“precontenziosa”* dell’intervento dell’ANAC, mira a prevenire la stessa insorgenza di liti, attraverso la soluzione di dubbi operativi proposti dalle parti, segnatamente dalla stazione appaltante.

Indubbiamente, questa lettura potrebbe attenuare il parallelismo con la funzione giurisdizionale, considerando i limiti all’azione di accertamento su interessi legittimi e il divieto per il giudice di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati.

Per altro verso, potrebbe determinare alcune incertezze interpretative pure il *“complemento temporale”* utilizzato dalla disposizione legislativa, che fa riferimento esplicito alle sole questioni *“insorte durante la procedura di gara”*. In tal modo, sembrerebbe rafforzato il principio della *“attualità”* dell’interesse alla pronuncia, sotto l’aspetto propriamente cronologico della vicenda.

Da un lato la disposizione potrebbe ribadire il principio secondo cui il ricorso all’ANAC presuppone, quanto meno, l’effettivo inizio di una procedura di affidamento, escludendo la proposizione di domande di carattere generale e preventivo, quali l’interpretazione di norme o la fissazione di direttive per affrontare determinate problematiche concrete.

Per altro verso, però, la norma potrebbe anche indurre a ritenere che il dissenso tra le parti debba riguardare una procedura ancora in atto al momento della richiesta di parere, con la conseguenza che l’intervento dell’ANAC

avrebbe sempre carattere preventivo, rispetto alla definitiva conclusione della procedura²⁰.

Recentemente, Tar Lazio, Roma, sez. III, 8 maggio 2017, n. 5459, si è posta in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale che esclude la sussistenza di un interesse ad impugnare il parere non vincolante reso dall'ANAC²¹, differenziandosi, però, rispetto ai precedenti in tal senso laddove ha incentrato la propria statuizione di inammissibilità del proposto ricorso non sul carattere non vincolante del parere, bensì sulla considerazione più generale che l'istituto del precontenzioso non potrebbe operare con riferimento ai provvedimenti di ammissione delle offerte degli altri concorrenti, esclusione della propria offerta e aggiudicazione, atteso che non si tratterebbe di atti assunti "durante lo svolgimento della gara", bensì a conclusione di questa.

²⁰ La *ratio* di questa limitazione sarebbe quella di circoscrivere razionalmente l'ambito di applicazione del precontenzioso alle sole vicende effettivamente "ancora calde", riservato alla sede giurisdizionale il contenzioso sulle procedure già concluse. Seguendo alla lettera questa linea interpretativa, però, bisognerebbe chiarire quale sia il momento conclusivo della "gara", considerando che la disposizione non utilizza lo stesso linguaggio adoperato per definire le diverse "fasi" dell'affidamento. Basterebbe rilevare, al proposito, che la "stipulazione" del contratto costituisce senz'altro una fase della procedura di affidamento, ma non può essere considerata come un segmento della "gara", contemplata dall'art. 211, comma 1. Bisognerebbe poi chiarire se il limite temporale della pendenza della gara riguardi la proposizione dell'istanza o il momento, precedente, in cui emerge la divergenza tra le parti. Anche in questo caso, per interpretare correttamente la disciplina di cui all'art. 211, comma 1, può essere utile porre a raffronto il vecchio e il nuovo sistema di precontenzioso. Effettivamente, nel disegno del codice n. 163/2006, l'idea di un "parere" non vincolante, espresso in una sede che "precede" il contenzioso giurisdizionale, avrebbe potuto giustificare bene un intervento dell'ANAC diretto ad orientare preventivamente il corretto svolgimento della procedura di gara. Questa tesi avrebbe potuto essere rafforzata anche dalla considerazione dei poteri "sospensivi" della procedura di affidamento previsti dal vecchio regolamento ANAC. Ora, invece, nel nuovo quadro del decreto n. 50/2016, la decisione dell'ANAC non è più riferita a una procedura ancora allo stato embrionale e, pertanto, la locuzione "precontenzioso" deve assumere valenza meramente convenzionale, senza restringere l'ambito applicativo dell'intervento dell'Autorità. Sembra allora preferibile ritenere che la formula legislativa riguardante lo "svolgimento delle procedure di gara", debba intendersi correttamente riferita non tanto alla fase temporale in cui *sorge* la questione dibattuta tra le parti, ma all'ambito oggettivo delle controversie. Si potrebbe dunque rileggere parzialmente la disposizione, interpretandola nel seguente modo: "questioni relative allo svolgimento delle procedure di gara", comprensive, peraltro, delle contestazioni riguardanti tutti gli atti della procedura. Resta fermo, però, l'ulteriore aspetto della puntuale delimitazione dei casi in cui può ritenersi sussistente l'attualità della lite, in relazione all'effettiva sussistenza di una "questione".

²¹ Cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 15 settembre 2016, n. 9759; T.A.R. Lazio, sez. II-ter, 5 settembre 2016, n. 9543; T.A.R. Lazio, sez. III, 5 maggio 2016, n. 5019; per l'isolato orientamento che affermava l'impugnabilità in via diretta dei pareri non vincolanti, con riferimento alla allora Autorità di Vigilanza sui Lavori pubblici, v. T.A.R. Lombardia, Brescia, 3 luglio 2003, n. 1039.

Svolgendo delle considerazioni di più ampio respiro sull'ambito di applicazione dell'istituto *de quo*, il Collegio muove dalla considerazione che il parere di precontenzioso “*in quanto tale e per i fini predisposti dal legislatore*” non potrebbe che costituire un rimedio alternativo alla giurisdizione (cd. ADR) operante relativamente a questioni sorte “durante” lo svolgimento della gara, per inferirne che lo strumento non potrebbe operare “dopo” lo svolgimento della stessa. Il momento di “conclusione della gara” viene identificato dai giudici amministrativi nell'ammissione delle offerte degli altri concorrenti, con la esclusione della propria offerta e con l'aggiudicazione a terzi (“*l'impresa che si ritiene lesa dalla conclusione della gara – sia in sede di ammissione di concorrenti, di non ammissione propria o di aggiudicazione di terzi –*”), sicchè, si dice, a valle di tali provvedimenti, la parte non potrebbe legittimamente rivolgersi all'ANAC, perché altrimenti si concretizzerebbe un'elusione dei termini (stringenti) di impugnazione dell'esito della procedura concorsuale di cui all'art. 120 c.p.a. nonché delle regole di riparto della competenza territoriale dei Tar (stante la competenza funzionale inderogabile del Tar capitolino sui provvedimenti dell'Autorità ex art. 135, comma 1, lett c), c.p.a.).

La ricostruzione del Tar non è condivisa dalla dottrina, che evidenzia, anzi, come essa non trovi affatto riscontro nelle disposizioni regolamentari che si riferiscono genericamente ai “vizi dell'atto” (artt. 4, comma 4 e 5, comma 4 del nuovo Regolamento 9 gennaio 2019), senza assegnare all'ammissione degli altri concorrenti, alla propria esclusione o all'aggiudicazione, alcun ruolo di “spartiacque” rispetto all'operatività del procedimento di precontenzioso.

Sul punto la dottrina osserva, inoltre, che dall'esame delle disposizioni complessivamente dedicate all'istituto sia a livello legislativo che regolamentare si evince come in seno alle disposizioni medesime convivano **due istituti con funzione diversa**, a seconda che l'istanza di parere sia formulata singolarmente da una delle parti a meri fini interpretativi, o che, all'opposto, il coinvolgimento dell'Autorità avvenga a valle dell'adozione di un provvedimento amministrativo potenzialmente impugnabile innanzi al g.a., riguardo al quale sia sorta una “questione” di cui le parti decidono, in prima battuta, di investire l'ANAC.²²

Nel primo caso, si ritiene che il parere ANAC assuma piuttosto connotati “**interpretativi**”, in quanto, in tal caso, l'intervento dell'Autorità si traduce

²² F. Aperio Bella, *La lettura (restrittiva) del TAR Lazio sull'ambito di applicazione del parere di precontenzioso ANAC ex art. 211: due ragioni per un ripensamento*, in *Iamministrativista. it*; C. Benetazzo, *I nuovi poteri “regolatori” e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, 28 febbraio 2018, in *federalismi.it*

in uno strumento di indirizzo dell'azione amministrativa, che risolve in via preventiva, nelle more del procedimento, questioni interpretative sorte nel corso della procedura di gara. In tale ipotesi, pertanto, il parere viene a collocarsi nell'ambito della **più ampia funzione di interpretazione normativa e di consulenza** su questioni giuridiche generali e particolari attribuita all'Autorità, quindi nel quadro di quell'attività consultiva che è venuta sempre più sviluppandosi a fianco, e ad opportuna integrazione, dei poteri di vigilanza, di segnalazione e di sanzione nel settore della contrattualistica pubblica.²³

Diverso è il caso in cui invece il parere abbia ad oggetto la legittimità di un provvedimento amministrativo già adottato. In questa ipotesi eloquente è il riferimento ai “vizi dell'atto contestato” di cui agli artt. 4, comma 4 e 5, comma 4 del nuovo Regolamento 9 gennaio 2019, che descrivono il contenuto delle istanze singola e congiunta di parere. Ebbene, in questi casi l'istituto si avvicina sensibilmente, sul piano funzionale, ad un “giudizio” in quanto l'Autorità pone in essere **un'attività squisitamente “giustiziale”**²⁴, diversa da quella cd. di *adjudication*, che, invece, pur svolgendosi in forme contenziose, non dirime un conflitto, ma è rivolta a verificare la riconducibilità dei singoli casi concreti alle ipotesi contemplate dal legislatore. Per evidenziarne ancor meglio la differenza tra le due funzioni, si riporta l'esempio, per rimanere nel campo delle Autorità Amministrative Indipendenti, dell'attività dell'AGCM che, nel sanzionare le condotte anticoncorrenziali, valuta il comportamento degli operatori per sussumerlo, di volta in volta, nelle ipotesi di abuso di posizione dominante, intesa anticoncorrenziale e così via.

In queste fattispecie, la pronuncia dell'ANAC, pur avendo la forma di parere, rappresenta, nella sostanza, una decisione amministrativa, assunta all'esito di un procedimento contenzioso di carattere giustiziale, preordinato a risolvere una questione sorta tra l'Amministrazione e il privato in vista della realizzazione della giustizia nel caso concreto. La dottrina che è pervenuta a siffatta conclusione ha infatti affermato che la tale qualificazione appare suggerita **sia dalla funzione assolta dall'istituto, sia dal procedimento che ne regola l'emanazione**. Sotto il primo funzionale, infatti, il parere vincolante non interpretativo ha natura giustiziale in quanto mira a risolvere una “controversia” sorta tra le parti su un provvedimento amministrativo già emanato. Sotto il profilo strutturale, invece, il procedimento che conduce

²³ Tant'è che recentemente l'ANAC ha adottato il regolamento del 7 dicembre 2018 volto proprio a disciplinare l'esercizio di siffatta funzione consultiva. L'Autorità, con il nuovo regolamento, «ha ritenuto opportuno adottare criteri omogenei e un iter procedimentale uniforme per la gestione delle richieste di pareri non vincolanti – eccetto quelli di precontenzioso – sia in materia di prevenzione della corruzione che in materia di contratti pubblici».

²⁴ C. Benetazzo, *I nuovi poteri “regolatori” e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, cit.

all’emanazione del parere non raggiunge la completezza del contraddittorio processuale in quanto la procedura *de qua* non corrisponde allo stilema processuale, difettando della pubblicità degli atti e delle udienze, della garanzia che di ogni attività rimanga traccia, della facoltà di rappresentanza o assistenza e dell’applicazione dei principi di lealtà e probità dei partecipanti, sicchè proprio l’assenza di tali garanzie esclude che la procedura che conduce all’emanazione del parere possa qualificarsi come processo, confermando la natura di decisione amministrativa del provvedimento finale.²⁵

5.1.2. Le molteplici tesi sulla natura giuridica del rimedio

L’esatta qualificazione del provvedimento finale adottato dall’ANAC e del relativo procedimento non è scontata.

Gli istituti che più si avvicinano al modello abbozzato dall’art. 211, comma 1, potrebbero essere i seguenti:

- I) Il ricorso amministrativo gerarchico improprio.
- II) Il controllo di legalità, nell’interesse obiettivo della legge.
- III) Il ricorso alle Autorità regolatrici di settore.
- IV) L’arbitrato (in senso ampio) “amministrato”.
- V) L’autotutela e i procedimenti di riesame di secondo grado.
- VI) L’accordo sostitutivo del provvedimento di cui all’art. 11 della legge n. 241/1990.

Probabilmente, **la disciplina vigente dà luogo ad un istituto a sé stante, che presenta alcuni tratti delle diverse figure ad esso limitrofe** ed è riconducibile ad un generico ambito delle ADR (Lipari).

In definitiva, il “parere” precontenzioso ANAC reso su istanza congiunta, proposta a fini non interpretativi, rappresenta una **decisione amministrativa assunta all’esito di un procedimento contenzioso di carattere giustiziale**.

All’interno della categoria concettuale dei procedimenti giustiziali, la disciplina del precontenzioso assume caratteri di specifica autonomia. In quest’ottica, si pone in evidenza, sotto il profilo *funzionale*, che il parere vincolante, non interpretativo, mira a risolvere una “controversia” sorta tra le parti su un provvedimento amministrativo già emanato.

5.2. I nodi al pettine e le sfide da raccogliere

Molti sono i problemi di interpretazione e di disciplina sul tappeto, come normale per le riforme che impegnano il futuro.

²⁵ F. Aperio Bella, *Il nuovo parere precontenzioso vincolante ANAC: la tutela giustiziale nei confronti della pubblica amministrazione tra procedimento e processo*, in www.rivistaiaic.it, 4/2016, p. 22.

In conformità a quanto segnalato dal Consiglio di Stato nel parere sullo schema di codice (1° aprile 2016, n. 855), deve innanzitutto precisarsi che il **presupposto volontaristico**, su cui si basa l'istituto del parere vincolante, comporta che questa **efficacia sia circoscritta, sul piano soggettivo, alle parti che lo hanno chiesto**, non potendosi quindi estendere ad altri soggetti interessati alla procedura di gara. Si può parlare di **efficacia soggettiva a geometrie variabili**, che dipende non dal contenuto dispositivo dell'atto, ma dal raggio di adesione soggettiva alla sua portata cogente. Detta limitazione fa sì che la finalità di deflazione possa essere davvero raggiunta solo nel caso della difficile evenienza dell'accordo integrale tra singolo operatore economico "ricorrente", stazione appaltante ed eventuali controinteressati, dal momento che i soggetti rimasti estranei al vincolo consensuale, pur non potendo impugnare un parere a cui non hanno partecipato – che non produce *ex se* effetti diretti nei loro confronti e che non ha efficacia costitutiva di rimozione dell'atto – sono di certo legittimati a impugnare l'atto pregiudizievole con cui l'amministrazione si sia adeguata al parere dell'Autorità, annullando in autotutela l'atto contestato dal ricorrente. D'altronde, il **meccanismo dell'accordo soggettivamente limitato**, che ben si attaglia ai rapporti patrimoniali, caratterizzati da una netta scindibilità delle posizioni, è più **problematico nel caso dei rapporti amministrativi**, quasi sempre connotati da un'*intrinseca trilateralità* (operatore ricorrente, amministrazione aggiudicatrice e controinteressati)²⁶.

A ben vedere, peraltro, **le cose non stanno in modo molto diverso neanche per le parti dell'accordo**.

L'amministrazione, per effetto del vincolo pattizio, è tenuta ad adottare

²⁶ Rileva sul punto T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 8 maggio 2017, n. 5460: "*L'art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 prevede, in relazione ai pareri di precontenzioso che, su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime su questioni insorte durante lo svolgimento di una procedura di gara, che tale 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". A prescindere dai possibili dubbi interpretativi, che non assumono rilievo per la definizione dell'odierna controversia, circa l'effettiva efficacia vincolante del parere nei confronti dei soggetti che hanno manifestato la volontà di aderirvi qualora manchi l'assenso di tutte le parti interessate al suo rilascio, la norma richiamata comunque esclude che esso possa arrecare un pregiudizio diretto nei confronti di chi non ha acconsentito alla sua vincolatività. Tanto precisato, rileva il Collegio che dalla documentazione versata in giudizio emerge che solo la stazione appaltante, in sede di presentazione dell'istanza di parere all'Autorità, aveva manifestato la propria volontà di aderire al contenuto del parere, mentre l'impresa ricorrente aveva espressamente dichiarato di non volersi vincolare alla decisione finale. Ne consegue che, sulla base della surriferita norma, il parere rilasciato non ha prodotto una lesione immediata e diretta della sfera giuridica dell'odierna ricorrente, rendendo conseguentemente inammissibile il ricorso".*

un provvedimento conforme al parere (*rectius*, decisione) ANAC, con un atto di auto-annullamento, in sede di autotutela, del provvedimento illegittimo, auto-annullamento impugnabile dai terzi lesi. Nel caso, invece, di parere favorevole alla legittimità dell'atto contestato, sarà l'operatore economico che abbia chiesto il parere (oltre ad altri terzi eventualmente lesi) ad essere legittimato ad impugnare la decisione ANAC – vincolante e, quindi, immediatamente lesiva – congiuntamente all'eventuale rifiuto di autotutela a valle. Il riconoscimento della legittimazione dell'operatore economico, che ne abbia accettato la vincolatività, a contestare il parere può sembrare contraddittorio rispetto alla lettera e alla *ratio* del meccanismo, ma è la conseguenza del dato letterale (che prevede senza limiti l'impugnabilità del parere), del principio di indisponibilità dell'interesse legittimo e del ben noto fenomeno della scissione – che si verifica negli accordi *ex* articolo 11 della legge 241 (vedi tomo 1, capitolo 2, par 4) – tra effetto vincolante di un atto e legittimazione del soggetto vincolato alla sua contestazione ai sensi dell'articolo 24 Cost.

Se così stanno le cose, è evidente che **l'unico soggetto realmente vincolato al parere è la pubblica amministrazione**, tenuta o meno ad esercitare l'autotutela in forza del tenore del parere, mentre i privati, che abbiano prestato o meno l'assenso, potranno impugnare il parere. L'unica differenza verterà probabilmente sull'oggetto dell'impugnazione, visto che i terzi estranei al vincolo, non toccati da un parere *inter partes* in base al principio di relatività *ex* artt. 1372 c.c. e 11 legge 241, potranno aggredire solo l'atto amministrativo a valle, mentre gli altri operatori, già colpiti dall'effetto diretto del vincolo, dovranno impugnare il parere *ex se*, salvo estendere l'impugnativa alle successive determinazioni amministrative, con lo strumento dei motivi aggiunti.

In dottrina, *non è mancato neanche chi ha ritenuto che possa ricorrere al GA avverso l'atto dell'ANAC* anche la stazione appaltante che non condivide il parere ANAC e che non intenda adeguarvisi²⁷. Su tale posizione è da esprimere qualche dubbio, vuoi in ragione dell'obbligo che grava sull'amministrazione di adeguare la sua azione ai precetti vincolanti di un'autorità con funzione di vigilanze e controllo, vuoi in ragione del fatto che la previsione di un'impugnabilità generalizzata del parere vincolante attenuerebbe (o forse azzererebbe) le differenze rispetto al parere vincolante, limitate alla sola necessità di impugnazione (che naturalmente è esclusa per i pareri non cogenti).

Resta in ogni caso da esplorare (cfr parere Cds cit.) il **problema della retrattabilità del consenso e dello "ius poenitendi"** delle parti dell'"accordo di soggezione", anche se la struttura contrattuale della fattispecie e la finalità

²⁷ Così R. De Nictolis, *cit.*

deflattiva del contenzioso fanno seriamente dubitare della praticabilità di un ripensamento unilaterale, violativo del principio *pacta sunt servanda* e del canone della *sanctity of contract* di cui all'art. 1372 c.c.

In ogni caso, il meccanismo dipinto dall'articolo 211, comma 1, del codice dei contratti pubblici, dotato di significative potenzialità, sarà realmente efficiente solo se, come auspicabile, l'ANAC saprà essere, nei suoi pareri, talmente autorevole da scoraggiare l'instaurazione di un contenzioso giurisdizionale che plausibilmente culminerebbe in una conferma della decisione.

In caso contrario il nuovo istituto potrebbe addirittura inasprire il contenzioso e, comunque, non garantirebbe una vera soluzione di continuità rispetto al passato, visto che la vincolatività del parere, abbinata alla generale impugnabilità dello stesso, produrrebbe lo stesso contenzioso registratosi nel passato per i pareri non vincolanti.

5.3. È necessario un atto di recepimento del parere da parte della stazione appaltante?

Come detto nel paragrafo precedente, la stazione appaltante è soggetta all'efficacia vincolante del parere ed è tenuta ad assumere tutte le statuizioni consequenziali, senza alcun margine di discrezionalità. Qualora vi sia un dissenso rispetto alla decisione dell'ANAC, essa ha l'onere di proporre un tempestivo ricorso al TAR.

Resta da verificare però se, in caso di accoglimento dell'istanza, il parere dell'ANAC sia auto-esecutivo o abbia bisogno, per produrre effetti esterni, di un atto di adeguamento da parte della pubblica amministrazione vincolata.

Secondo una prima tesi, nessuna delle statuizioni delle decisioni ANAC avrebbe portata "auto esecutiva", nemmeno nella parte in cui si accerti l'illegittimità e la conseguente annullabilità degli atti della procedura. In fondo, proprio la stessa dizione "*parere*" starebbe ad indicare il carattere preparatorio dell'atto, in relazione ad una fattispecie strutturalmente complessa, destinata a realizzarsi compiutamente solo in seguito al recepimento da parte della stazione appaltante.

La formula utilizzata sembra andare oltre il generico dovere di rispettare una decisione "para-giurisdizionale" vincolante, ma sembra stabilire che ogni conseguenza sul rapporto controverso deve necessariamente passare attraverso un *atto di recepimento* della stazione appaltante.

Secondo parte della dottrina (Aperio Bella), pertanto, la peculiarità dell'istituto di cui all'art. 211, comma 1, pur inquadrato nella più ampia categoria dei procedimenti decisori, sta proprio nel fatto che **la decisione dell'Autorità non produce alcun effetto costitutivo, modificativo o estintivo sul provvedimento oggetto della "questione controversa"**, ma – salva evi-

dentemente la possibilità di impugnare la predetta decisione, con il rischio di subire la condanna alle spese *ex art. 26 c.p.a.* – farebbe soltanto sorgere, nel caso di accertamento di un vizio, un obbligo²⁸ della stazione appaltante di adeguarsi ai *dictat* dell'ANAC con l'esercizio di poteri di autotutela. In altri termini, secondo l'Autrice, *si deve ritenere che il parere precontenzioso possa assumere solo un contenuto dichiarativo, richiedendo l'intermediazione dell'esercizio del potere amministrativo (nelle forme della c.d. autotutela doverosa²⁹) per soddisfare l'interesse sostanziale in contesa.*

Si aggiunge, poi, che i poteri dell'Autorità non sono cambiati a livello normativo, con riguardo alla possibilità di intervenire sui contenuti delle determinazioni adottate dalla stazione appaltante, né è dato rinvenire un potere dell'ANAC di adeguare autoritativamente le situazioni da esse repute *contra legem*. Si potrebbe aggiungere che l'unica possibilità in tal senso è costituita dalla fattispecie dell'art. 211, comma 2, la quale, tuttavia, subordina l'attuazione dell'autotutela ad un provvedimento – sia pure doveroso – della stessa stazione appaltante.

A sostegno della **soluzione opposta**, ossia della **non necessità di un atto amministrativo di adeguamento al parere ANAC**, si pone la ricostruzione secondo cui il parere, se ritiene di condividere la prospettazione della parte richiedente, potrebbe assumere, senz'altro, i connotati e i contenuti materiali di una sentenza (o quanto meno di un provvedimento) di accoglimento, analoghi a quelli della decisione sul ricorso amministrativo.

Gli argomenti a favore di questa tesi sono molteplici.

- a) Anzitutto, sul piano testuale, la necessità di un atto di recepimento del parere da parte della stazione appaltante non è in alcun modo prevista, a differenza di quanto stabilito espressamente dal comma 2, con riguardo alle raccomandazioni vincolanti. La diversità della disciplina, per quanto discutibile (vedi *infra*) deriva dalla circostanza che mentre nell'art. 211, comma 2, la stazione appaltante “subisce”, anche contro la propria volontà, un'obiettiva ingerenza nella propria sfera, nella fattispecie dell'art.

²⁸ R. De Nictolis, *Il nuovo codice*, cit. in cui si afferma che nei confronti della stazione appaltante “il vincolo implica, se l'ANAC ritiene che l'atto di gara sia illegittimo, un dovere di intervenire in autotutela; con la relativa procedura, che comporterà l'avviso a tutti i soggetti interessati e controinteressati, ivi compresi terzi che non sono vincolati dall'atto ANAC, con quel che ne consegue sul piano della sua impugnazione”. Sul punto si veda anche M. Lipari, *Il pre-contenzioso*, in corso di pubblicazione, che, da un lato, afferma “la necessaria (e problematica) mediazione dell'adeguamento doveroso imposto alla stazione appaltante, in caso di accoglimento della richiesta”, dall'altro, ritiene preferibile “che la decisione possa assumere, senz'altro, i connotati e i contenuti materiali di una sentenza di accoglimento (analoghi a quelli della decisione del ricorso amministrativo)”. Tale ultima ricostruzione, come meglio si dirà *infra*, non appare però praticabile a normativa invariata.

²⁹ Cfr. S. D'Ancona, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, cit.

- 211, comma 1, l'amministrazione aderisce spontaneamente ad un procedimento decisorio vincolante. Anche l'assenza di sanzioni per l'eventuale inadempimento conferma la struttura monofasica del parere decisorio.
- b) L'obbligo di attenersi al parere, previsto dall'art. 211, comma 1, è riferito a tutte le parti e non alla sola stazione appaltante, come sarebbe logico se si ipotizzasse la necessità di un atto costitutivo di recepimento del parere.
 - c) L'obbligo previsto dalla legge è –in senso ampio – quello di “attenersi” al parere vincolante, ossia a riconoscerne la piena portata decisoria della questione. La formula non è ineccepibile dal punto di vista del linguaggio tecnico giuridico, ma è ragionevole l'interpretazione proposta.
 - d) Dal punto di vista *funzionale*, l'utilità di un atto di recepimento del parere decisorio non sembra molto comprensibile. Delle due l'una: o il parere deve ritenersi ancora “incompleto” e allora tutta la struttura “decisoria” del precontenzioso andrebbe rimessa in discussione. Oppure il parere è idoneo a definire una controversia in modo pieno e, allora, la traduzione in un successivo atto sarebbe un'inutile complicazione.
 - e) Non potrebbe certo profilarsi un paragone con il rapporto tra il parere del Consiglio di Stato sul ricorso straordinario e il successivo DPR. Come è noto, all'origine della imputazione formale della decisione al DPR si pone la stessa idea della titolarità della Funzione giustiziale in testa al Capo dello Stato. Inoltre, la dissociazione tra la pronuncia del parere e la formazione del DPR permetteva il controverso passaggio attraverso la valutazione del Governo. Sembra davvero arduo individuare problematiche analoghe nel rapporto tra l'ANAC le diverse stazioni appaltanti.
 - f) La necessità di un atto successivo di recepimento del parere condurrebbe ad una iperprotezione della stazione appaltante, la quale subisce l'efficacia del parere vincolante esclusivamente qualora abbia previamente manifestato il suo consenso; ha comunque il potere di impugnarlo; può impedirne o ritardarne l'attuazione con la semplice inerzia.
 - g) Il consenso preventivo delle parti all'efficacia vincolante del parere rappresenta la garanzia più forte per la stazione appaltante. L'annullamento degli atti contestati non segna un'ingerenza nella sfera della stazione appaltante, proprio perché risulta consentito *ex ante* dall'amministrazione.
 - h) Evidentemente, la necessità di un atto di recepimento potrebbe riconoscersi nei casi di precontenzioso consultivo e preventivo, sempre che se ne ammetta la persistente configurabilità del vigente sistema.
 - i) La necessità di un atto di recepimento determinerebbe un evidente *vulnus* alla forza del parere vincolante: la parte interessata dovrebbe agire in giudizio per imporre l'esecuzione dell'obbligo e questa pretesa si potrebbe intersecare con l'opposta impugnazione proposta dalla stazione appaltante.

- te avverso il parere stesso. La volontà della stazione appaltante di impugnare il parere non legittima affatto la determinazione di non “eseguirlo”. Tale facoltà potrebbe essere ammessa solo in caso di accoglimento del ricorso o, provvisoriamente, in ipotesi di eventuale adozione di una misura cautelare interinale.
- j) L’asserito carattere bifasico della decisione della richiesta di parere vincolante determinerebbe enormi problemi di ricostruzione del regime processuale. Si potrebbe affermare l’onere di impugnare comunque l’atto della stazione appaltante, di recepimento, ancorché meramente confermativo, con costi e complicazioni.
- k) La necessità dell’atto di recepimento, poi, potrebbe risultare davvero incomprensibile per il caso del parere di rigetto: nessuna modificazione della realtà giuridica si realizza e, pertanto, non si vede a cosa possa servire la formazione di un ulteriore atto.
- l) L’art. 88 comma 2, lettera f), del CPA prevede che la sentenza debba contenere, tra l’altro, “l’ordine che la decisione sia eseguita dall’autorità amministrativa”, riprendendo una prescrizione risalente alle primissime disposizioni in materia di giustizia amministrativa. La formula costituisce oggetto di riflessione da parte degli studiosi, ma è pacifico che essa vada inserita anche nelle pronunce di annullamento, senza che ciò faccia dubitare dell’effetto costitutivo della sentenza. È noto che in alcuni casi, ripetendo una antica tradizione, le amministrazioni dispongono l’annullamento di provvedimenti annullati dal giudice. Il carattere costitutivo di questi provvedimenti ricognitivi deve essere in radice escluso.
- m) Nell’art. 211, comma 1, a differenza della previsione dell’art. 6 del codice dei contratti pubblici del 2006, non vi è più il riferimento puntuale alla formulazione di un’“ipotesi di soluzione” della controversia, quale ordinario contenuto della determinazione dell’ANAC. In tal caso, il parere non definisce il rapporto, fermandosi al livello di una mera “ipotesi”. Ora, non vi è più questa limitazione di contenuto.
- n) Nel giudizio di legittimità (sia esso processuale o procedimentale), l’effetto costitutivo, in caso di riscontrata illegittimità, è la conseguenza naturale e fisiologica della decisione. È invece anomala proprio la pronuncia di mero accertamento della illegittimità.
- o) Nel lodo arbitrale le pronunce costitutive, proprio perché non richiedono attività esecutiva, producono pienamente i loro effetti, anche in assenza della omologazione.
- p) In ogni caso, nel giudizio arbitrale, la fase di *omologazione*, necessaria solo per attribuire al lodo l’efficacia di titolo esecutivo, è compiuta da un organo giurisdizionale ed è destinata ad una sorta di controllo (dai confini peraltro assai ristretti), sull’attività svolta da soggetti privati.

5.4. *Le lacune procedurali della norma primaria e l'importanza nevralgica del regolamento di procedura*

Sul piano procedurale *la norma primaria è lacunosa e generica.*

La legge si limita a prevedere un **termine di trenta giorni**, dalla richiesta, entro il quale l'ANAC deve emettere il parere. *Tale termine è identico a quello relativo all'impugnazione davanti al giudice amministrativo* (art. 120 c.p.a.) e, quindi, rischia di frustrare le finalità di prevenzione del contenzioso, visto l'interesse delle parti ad impugnare cautelativamente il provvedimento lesivo nelle more della definizione della procedura precontenziosa e del perfezionamento degli atti conseguenti³⁰. È, quindi, opportuno che, nel regolamento di procedura e nella prassi applicativa, l'ANAC assicuri, nei limiti del possibile, la definizione della procedura prima del decorso del termine di impugnazione. Il che, ad oggi, non è ancora avvenuto, nonostante l'adozione del nuovo regolamento approvato dall'ANAC il 9 gennaio 2019, di cui si dirà appresso.

Come evidenziato dal Consiglio di Stato nel parere più volte citato, manca nel disposto di legge una disciplina minuta della procedura e, in particolare, dei termini concessi alle parti diverse da quella originariamente richiedente per aderire all'iniziativa, acconsentendo a sottostare alla decisione dell'Autorità.

Spetta quindi al regolamento di procedura – adottabile, pur in assenza di legge, in applicazione della teoria dei poteri impliciti (par. 1) e della generale potestà auto-organizzatoria delle *Authorithes* – colmare i vuoti normativi.

Il regolamento, intervenuto a fine 2016 (cui ha fatto seguito il nuovo regolamento del 9 gennaio 2019 recante importanti modifiche, vedi par. 5.6.), **è stato chiamato dalla legge a:**

- a) chiarire se le “*questioni insorte*” che la legge demanda all'esercizio di tale funzione decisoria, debbano avere ad oggetto solo provvedimenti definitivi o anche atti infraprocedimentali, non immediatamente lesivi;
- b) *specificare i termini per l'attivazione del pre-contenzioso* da parte dell'istante-ricorrente e quelli concessi alle altre *parti sostanziali* per aderire al parere (la bozza di regolamento prevede un “termine di dieci giorni dalla ricezione della comunicazione della presentazione dell'istanza”);
- c) *regolare i casi di inammissibilità e improcedibilità dell'istanza* (nel parere sullo schema di regolamento, il Consiglio di Stato ha osservato che sono illegittime, in quanto prive di base legale, le cause di inammissibilità rappresentate dall'avvenuta stipula del contratto o dall'essere l'importo

³⁰ Così R. De Nictolis, cit., 538.

- della gara inferiore alla soglia di 40.0000 euro, mentre è necessario escludere l'operatività del meccanismo per questioni estranee alla procedura di gara, come quelle relative al contratto e alla sua esecuzione nonché alla fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipulazione);
- d) *assicurare il pieno contraddittorio* (anche con l'audizione, eventualmente telematica, per le controversie più complesse e rilevanti) e l'effettiva partecipazione alla procedura giustiziale dei soggetti terzi, che, pur non essendo vincolati dal parere in quanto tale, sono destinatari del provvedimento (in buona parte vincolato) che l'amministrazione adotterà per adeguarvisi;
 - e) *garantire la celerità della procedura* per sincronizzare i tempi del precontenzioso con quelli del contenzioso (non può essere invocata la disciplina della sospensione feriale dei termini dal 1° al 31 agosto, prevista da una normativa eccezionale solo per i termini relativi alle procedure schiettamente processuali e non estensibile alle procedure amministrative, pur se di carattere giustiziale, inquadrabili nelle *alternative dispute resolutions*);
 - f) stabilire i casi in cui, in ragione della semplicità della questione e della presenza di un pacifico indirizzo interpretativo, *il parere può essere reso in forma semplificata*;
 - g) prevedere i casi di *riesame del parere*, da coordinare con la pendenza di un giudizio contenzioso (casi da limitarsi, ragionevolmente, in base al principio del *ne bis in idem* e al canone della consumazione del potere giustiziale, ai casi di documentate sopravvenienze fattuali, inquadrabili nella revocazione della sentenza per errore di fatto *ex art. 395 c.p.c.*);
 - h) scongiurare, nei limiti del possibile, il *rischio che sulla medesima questione controversa possano pronunciarsi il giudice amministrativo e l'ANAC*, con attenzione ai profili di pregiudizialità tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale;
 - i) assicurare la *massimazione e la diffusione dei pareri*, in modo da creare una banca dati consultabile da tecnici e operatori, nella logica della nomofilachia e della certezza del diritto;
 - j) chiarire tempi e modalità con cui amministrazione e operatori dovranno *comunicare all'Autorità gli atti adottati per adeguarsi alla pronuncia vincolante*.

Ad un esame del nuovo regolamento da ultimo adottato dall'ANAC il 9 gennaio 2019, emerge innanzitutto, prima facie, la mancata previsione dei casi di riesame del parere di cui alla sopramenzionata lett. g), probabilmente facendo seguito a quanto suggerito dal Consiglio di Stato sul punto (parere 14 settembre 2016, n. 1920). Inoltre, non possono non sollevarsi perplessità in ordine alle modalità previste per scongiurare i rischi che sulla medesima

questione possano pronunciarsi sia il giudice amministrativo sia l'ANAC, in quanto il regolamento non sembra aver prestato la dovuta attenzione ai profili di pregiudizialità, dando rilievo esclusivamente alla circostanza che il ricorso giurisdizionale e l'oggetto della richiesta di precontenzioso abbiano il "medesimo contenuto" (art. 7).

5.5. La previsione espressa dell'impugnabilità del parere vincolante dell'ANAC

L'ulteriore importantissima novità testuale recata dall'art. 211, comma 1, visibilmente collegata alla affermata natura obbligatoria del parere, e fortemente caldeggiata dal parere espresso dalla Commissione speciale, riguarda la **previsione esplicita della sua impugnabilità, secondo le regole procedurali speciali dell'art. 120.**

In precedenza, nel vigore del codice del 2006, pur mancando una norma espressa riferita all'oggetto, si affermava costantemente la tesi della non impugnabilità del parere.

La previsione della impugnabilità del parere vincolante, ad ogni modo, concerne oggi sia i casi di accoglimento dell'istanza, sia le ipotesi di rigetto.

Si deve rimarcare l'**importanza del riferimento al rito di cui all'art. 120 del CPA.** Nel codice, infatti, l'assoggettamento al rito specialissimo di cui all'art. 120 del CPA è previsto solo nel caso in cui l'atto dell'ANAC sia impugnato in connessione con altri atti della procedura di affidamento: "*Gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità nazionale anticorruzione ad essi riferiti, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente*".

In questo modo si elimina ogni equivoco sulla portata della disposizione, la quale avrebbe potuto essere anche intesa nel senso che il rito dell'art. 120 c.p.a. riguarda i casi in cui vi sia una connessione sostanziale con la procedura, indipendentemente dalla proposizione di un ricorso cumulativo.

Ci si è poi chiesti quali potrebbero essere i rimedi esperibili qualora, a fronte della sollecitazione svolta da un soggetto terzo, l'ANAC rimanga totalmente inerte, o, comunque, non concluda il procedimento nel termine prescritto. Ferma restando la particolare natura dell'ANAC, caratterizzata dalla compresenza e commistione di funzioni regolatorie e di precontenzioso, appare ragionevole ipotizzare **una inerzia censurabile con lo specifico procedimento in materia di silenzio**, in quanto riferita ad un'Autorità che

si configura, a tutti gli effetti, come amministrativa, nonché in virtù della natura provvedimentale che, come si è visto, viene pressochè unanimemente riconosciuta ai poteri di precontenzioso. Il che appare confermato anche dal regime di impugnazione dei relativi atti dinanzi al giudice amministrativo ex art. 120 c.p.a.

Analogo rimedio potrà, ovviamente, essere azionato dal terzo, a fronte del persistente inadempimento della stazione appaltante che non si adegui al parere vincolante dell'ANAC divenuto inoppugnabile.

5.6. Il nuovo regolamento ANAC in materia di pareri di precontenzioso del 9 gennaio 2019

Da ultimo, con Gazzetta Ufficiale del 26 gennaio 2019 è stato pubblicato il nuovo Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso approvato con delibera dell'ANAC del 9 gennaio 2019.

Il nuovo regolamento va a sostituire dal 10 febbraio il precedente regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui al **provvedimento Anac del 5 ottobre 2016**. Appare quindi necessario analizzarne le previsioni più significative e le principali novità.

Il Regolamento stabilisce che **sono legittimati a presentare istanza** i soggetti di cui all'art. 211, comma 1, primo periodo e, per essi, le persone fisiche che ne esprimono la volontà all'esterno. Rilevante novità è la circostanza che tra i possibili soggetti richiedenti non sono più inseriti i portatori di interesse collettivi costituiti in associazioni o comitati. Il nuovo testo infatti, nel definire all'articolo 3, i soggetti legittimati ad avviare la procedura in esame, non cita più espressamente i soggetti portatori di interessi collettivi costituiti in associazioni o comitati, limitandosi ad un semplice rinvio alla norma di riferimento del codice, ossia all'art. 211, comma 1.

La norma precisa, inoltre, che il parere reso dall'Autorità è da intendersi **non vincolante** nel caso in cui l'istanza sia presentata singolarmente dalla stazione appaltante o da una parte interessata. Ove, invece, l'istanza sia presentata congiuntamente dalla stazione appaltante e da una o più parti interessate il parere è **vincolante** per le parti che abbiano espressamente manifestato la volontà di attenersi a quanto nello stesso sarà stabilito dall'Autorità: in tal caso, la stazione appaltante deve impegnarsi a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione e fintanto che il parere non sia stato adottato. In caso di procedimento finalizzato all'adozione di un parere vincolante, inoltre, l'Autorità non esercita i poteri previsti dalle disposizioni contenute nell'art. 211, commi 1-bis e 1-ter, del Codice.

Il Regolamento stabilisce, sia nell'ipotesi di istanza singola che in quello di istanza congiunta, che le parti sono tenute a **dare comunicazione** dell'av-