

CAPITOLO 4

IL NUOVO PRECONTENZIOSO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. I nuovi poteri precontenziosi trasformano l'ANAC nel primo giudice dei contratti pubblici. – 2. I pareri di precontenzioso (art. 211, comma 1, del nuovo codice dei contratti pubblici) tra consulenza collaborativa e funzione paragiurisdizionale. – 2.1. La fisionomia di una creatura tutta da scoprire. – 2.1.1. La qualificazione atecnica dell'istituto. – 2.1.2. Le molteplici tesi sulla natura giuridica del rimedio. – 2.2. I nodi al pettine e le sfide da raccogliere. – 2.3. È necessario un atto di recepimento del parere da parte della stazione appaltante? – 2.4. Le lacune procedurali della norma primaria e l'importanza nevralgica del regolamento di procedura. – 2.5. La previsione espressa dell'impugnabilità del parere vincolante dell'ANAC. – 2.6. Il parere di precontenzioso al vaglio consultivo del Consiglio di Stato (parere 14 settembre 2016, n. 1920). – 2.7. Il nuovo regolamento ANAC del 5 ottobre 2016: “Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso”. – 3. Il potere speciale dell'ANAC di impugnare i provvedimenti affetti da gravi violazioni del codice. – 3.1. Dalle ceneri delle raccomandazioni vincolanti sorge il potere di azione dell'ANAC: il modello della legittimazione processuale speciale dell'AGCM e la funzione di “advocacy”. – 3.1.1. Il confronto con l'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990. Le differenze dallo schema proposto dal Consiglio di Stato. – 3.1.2. Il fondamento della legittimazione processuale dell'ANAC. Il carattere speciale o straordinario del potere di azione e la giurisdizione di diritto oggettivo. – 3.1.3. I dubbi di legittimità costituzionale del potere di azione speciale dell'AGCM e dell'ANAC. – 3.2. L'ambito di applicazione della nuova disciplina. – 3.2.1. Lo spazio oggettivo e soggettivo di operatività del nuovo istituto: l'intento limitativo del legislatore. – 3.2.2. Il parametro di legittimità delle censure deducibili dall'ANAC: la nozione di “grave” violazione del codice. L'ANAC ha il potere di denunciare i vizi di incompetenza e di eccesso di potere? – 3.3. La fase preliminare alla proposizione del ricorso e l'emanazione del parere motivato. – 3.3.1. Il procedimento preliminare all'esercizio dell'azione. – 3.3.2. La fase preliminare è sempre condizione di ammissibilità del ricorso? – 3.3.3. Il procedimento ha natura giuridica “privata” o amministrativa? Il potere dell'ANAC è libero, discrezionale, doveroso, o eventualmente autovincolato? – 3.3.4. Le conseguenze della violazione del dovere di procedere dell'ANAC. – 3.3.5. L'iniziativa di “denuncia” dei soggetti privati. Il Considerando n. 122 e la tutela dei “cittadini-contribuenti” imposta dal diritto UE. – 3.3.6. Gli atti di preiniziativa adottati da soggetti privati o pubblici possono costituire un obbligo di procedere in capo all'Autorità? – 3.3.7. Il termine per l'emissione del parere motivato e la sua decorrenza. – 3.3.8. L'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990: il parere motivato è soggetto al limite temporale di diciotto mesi e al principio del termine ragionevole? – 3.3.9. La partecipazione della stazione appaltante e dei terzi al procedimento. – 3.3.10. La conclusione

della prima fase del procedimento preliminare: la natura giuridica del parere motivato e dei suoi effetti. – 3.3.11. Gli effetti sostanziali del parere motivato: un dovere della stazione appaltante di attivare l'autotutela? – 3.3.12. Il parere motivato è autonomamente e immediatamente impugnabile? – 3.3.13. I provvedimenti adottati dall'amministrazione in seguito alla pronuncia del parere. – 3.3.14. Il termine assegnato all'amministrazione per l'adeguamento al parere motivato. – 3.4. La fase processuale. – 3.4.1. Dal parere motivato alla proposizione del ricorso L'oggetto del giudizio nel caso di conferma espressa dell'originario provvedimento. – 3.4.2. L'ANAC deve dimostrare la sussistenza di un concreto diretto e attuale interesse al ricorso? – 3.4.3. La competenza territoriale: l'applicazione delle regole generali e la inoperatività della competenza funzionale del TAR Lazio. Il rito applicabile e il rinvio all'art. 120 del c.p.a. – 3.4.4. Le regole processuali: la compatibilità con il rito superspeciale su ammissioni ed esclusioni. – 3.4.5. Il giudizio cautelare. – 3.4.6. I motivi aggiunti e l'impugnazione di provvedimenti connessi: è necessaria l'emanazione di un nuovo parere motivato? – 3.4.7. Le domande proponibili al giudice amministrativo. L'azione di annullamento esaurisce la legittimazione speciale dell'ANAC? – 3.4.8. L'appello e le altre impugnazioni.

1. I nuovi poteri precontenziosi trasformano l'ANAC nel primo giudice dei contratti pubblici

Vanno ora esaminate in primo luogo le rilevanti novità introdotte in materia di precontenzioso, con un significativo potenziamento del ruolo dell'ANAC, che diventa un *vero e proprio giudice di prima istanza in materia di contratti pubblici* (vedi tomo 1, cap. 3, par. 2).

L'art. 211 reca due nuovi strumenti di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione: i pareri di pre-contenzioso e la raccomandazione. Competente, in entrambi i casi, è l'Autorità Nazionale Anticorruzione¹.

La *caratteristica fondamentale dei pareri di precontenzioso e delle raccomandazioni*, che vale a distinguerli dai tradizionali istituti deflattivi del contenzioso in materia di appalti pubblici (accordo bonario, arbitrato, transazione), è che **essi non sono destinati ad intervenire nel corso dell'esecuzione del contratto, ma nella prodromica fase di evidenza pubblica**, e dunque, riguardano le controversie e questioni insorte nel corso della procedura di gara. Più precisamente, i pareri di precontenzioso sono espressi dall'Autorità Anticorruzione, su richiesta dell'amministrazione o dei concorrenti, su «questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara»; le raccomandazioni si sostanziano invece in inviti ufficiosi rivolti dalla medesima Autorità alla stazione appaltante affinché essa rimuova in autotutela possibili

¹ In materia vedi la fondamentale monografia di M. Lipari, *Il nuovo precontenzioso ANAC*, Dike, Roma, 2017, da cui sono tratti i paragrafi 3 e seguenti. Vedi, poi, le pregevoli analisi di F. Franconiero, *Commento all'articolo 211*, in Caringella-Proto, *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, Dike, Roma, 2017.

vizi di legittimità verificatisi nella fase di gara e gli eventuali effetti derivanti da tali atti illegittimi, entro un termine massimo di sessanta giorni.

Diversa è l'efficacia dei due atti.

Il parere di precontenzioso non è vincolante per le parti, se queste non vi abbiano «preventivamente consentito». In caso di effetto cogente, si trasforma in una vera e propria decisione, espressione di funzione giustiziale ed equiparabile alle decisioni sui ricorsi gerarchici impropri.

Malgrado il *nomen* impiegato, la raccomandazione è invece un vero e proprio provvedimento autoritativo, come si evince dal secondo periodo del comma 2, in cui è impiegato l'ossimoro «raccomandazione vincolante», fonte di obblighi per la stazione appaltante. Al riguardo, nel parere sullo schema di Decreto legislativo, il Consiglio di Stato ha qualificato la raccomandazione come «decisione» precettiva e, quindi, come vero e proprio ordine cogente (parere 1° aprile 2016, n. 855). Il mancato esercizio del potere di autotutela è infatti sanzionato in via amministrativa, con l'applicazione da parte dell'Autorità della sanzione pecuniaria da un minimo di 250,00 a un massimo di 25.000,00 euro. La responsabilità è, tuttavia, posta a carico «del dirigente responsabile». Nei confronti della stazione appaltante è prevista unicamente una ricaduta negativa sul sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 38 del Codice.

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 istituti².

2. 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.

2.1. 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,

² 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.

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*³.

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 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).

2.1.1. 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

³ Così R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5/2016, 537.

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 richiesta⁴. 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 “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

⁴ 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*”.

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 procedura⁵.

⁵ 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 emerga 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

2.1.2. 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.

2.2. 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.

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**

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".

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).

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 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 adeguarvisi⁶. 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 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 culminerrebbe 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.

2.3. 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.

⁶ Così R. De Nictolis, *cit.*

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 evidentemente 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 obbligo⁷ 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 doverosa⁸) 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

⁷ 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.

⁸ Cfr. S. D'Ancona, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, cit.

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. 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 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 incomprendibile 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'annul-

- lamento 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.

2.4. 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 conseguenti⁹. 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.

Come evidenziato a questo riguardo 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.

⁹ Così R. De Nictolis, cit., 538.