

**IL RUOLO DELL'ANAC NEL NUOVO SISTEMA DEGLI APPALTI PUBBLICI. IL DIFFICILE  
BILANCIAMENTO TRA LA MASSIMIZZAZIONE DELLA CONCORRENZA E  
DELL'APERTURA DEL MERCATO, DA UN LATO, E LA PREVENZIONE DELLA  
CORRUZIONE E DELLE INFILTRAZIONI CRIMINALI, DALL'ALTRO.**

**1. Premessa.**

Nell'impianto del nuovo Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, approvato con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, emerge il ruolo centrale attribuito all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), cui vengono attribuiti poteri non solo di vigilanza e regolazione, ma anche di intervento diretto in varie fasi delle singole procedure di affidamento, con penetranti strumenti di controllo e sanzionatori. L'ANAC viene a configurarsi come un vero e proprio soggetto garante della legalità del sistema nel suo complesso, chiamato a realizzare e coniugare gli opposti interessi al rapido ed efficace svolgimento delle procedure selettive, al fine della massima esplicazione della concorrenza fra gli operatori del mercato, ed alla prevenzione e repressione della corruzione e di tutte le altre forme di illegalità che possono verificarsi durante le dette procedure.

Le peculiarità delle funzioni dell'ANAC dipendono in larga misura proprio dalla stessa configurazione istituzionale dell'ANAC, a tutt'oggi connotata da un'irrisolta "dualità" fra la propria natura giuridica di autorità di regolazione e vigilanza e la crescente assunzione di un ruolo di fatto "giustiziale" e fondamentalmente repressivo.

**2. Connotazione generale e compiti dell'ANAC.**

Dal punto di vista giuridico, l'ANAC è da includere nel contesto delle autorità amministrative indipendenti, ossia a quell'eterogeneo settore di soggetti che, soprattutto nell'ordinamento italiano, è andato diffondendosi per presidiare da posizione terza e imparziale alcuni settori strategici del mercato, con funzioni di regolazione, vigilanza e irrogazione di sanzioni.

Nel testo delle direttive europee sugli appalti pubblici non vi è alcuna indicazione in merito alla istituzione di autorità di settore, e viene lasciata tale scelta all'autonoma determinazione degli Stati membri. Nel nostro ordinamento, come, tra l'altro, riconosciuto anche dal Consiglio di Stato nel proprio parere sullo schema di decreto relativo al nuovo Codice, quella della prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni criminali costituisce certamente in via generale un'esigenza di rilievo "interno", tale da giustificare ampiamente la deroga al divieto di *gold plating*, ossia di appesantimento della normativa interna rispetto al mero recepimento delle prescrizioni europee, che costituisce uno dei principi direttivi della delega legislativa (art. 1, comma 1, lett. a), l. n. 11/2016).

Come noto, nell'ANAC, così denominata per effetto dell'art. 19, comma 2, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114, in base al quale essa è stata istituita, sono confluiti i compiti di due diverse Autorità, quella anticorruzione e quella per la vigilanza sui contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. A partire dal citato d.l. n. 90/2014 e fino alla legge 27 maggio 2015, n. 69 (c.d. nuova

legge anticorruzione) si è accentuato il momento repressivo degli illeciti che connota il profilo dell’Autorità (si pensi alle disposizioni speciali per Expo Milano 2015 o per la ricostruzione nelle zone dell’Italia centrale colpite dagli eventi sismici di agosto-ottobre 2016).

L’ANAC, infatti, raccoglie segnalazioni di illeciti in materia di contratti pubblici da parte dell’Avvocatura dello Stato; inoltre, le Procure della Repubblica sono tenute a comunicare all’Autorità l’esercizio dell’azione penale per tutti i reati contro la p.a.; infine, anche i giudici amministrativi sono obbligati a segnalarle *“ogni informazione o notizia rilevante emersa nel corso del giudizio che, anche in esito ad una sommaria valutazione, ponga in evidenza condotte o atti contrastanti con le regole della trasparenza”* (artt. 7 e 8, l. n. 69 del 2015). Allo stato, tale raccolta di dati e informazioni non si accompagna al riconoscimento di poteri di intervento anche in materia penale, ma non v’è dubbio che l’insieme di conoscenze che in questo modo è assicurato all’ANAC, assieme all’incontestabile *moral suasion* che riveste ogni intervento pubblico del suo Presidente, fa sì che tale Autorità sia oggi di fatto chiamata a svolgere *“un’azione in qualche sorta parallela a quella delle Procure in un rapporto con queste non regolato”*.

### **3. Il potere di regolazione: le linee-guida.**

**3.1** Una delle scelte del nuovo Codice è quella costituita dalla rinuncia a dotarsi di un regolamento attuativo, con la previsione dell’abrogazione del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, e della sua sostituzione con strumenti di regolazione più leggeri e “flessibili”, le *“linee-guida”*, alla cui predisposizione un ruolo essenziale è attribuito proprio all’ANAC, come previsto dall’art. 1, comma 5, della legge-delega n. 11/2016.

Le linee-guida in questione costituiscono espressione di un peculiare processo di “delegificazione” che caratterizza l’attuale assetto ordinamentale, laddove si registra un arretramento della legge e della stessa fonte regolamentare tradizionale in favore di nuove fonti secondarie atipiche, promananti da soggetti nei quali si manifesta una nuova organizzazione del potere e delle relative competenze, soggetti di natura tecnica privi di legittimazione democratica.

In alcuni casi, è il Codice stesso ad indicare le ipotesi di adozione delle linee guida: a titolo esemplificativo, all’ANAC sono attribuiti poteri di normazione sui requisiti e i compiti del Responsabile unico del procedimento (art. 31, comma 5), sul sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti (art. 38, commi 6 e 7), sulle modalità di accertamento di alcune cause soggettive di esclusione dalle gare (art. 80, comma 13), sul sistema di qualificazione delle imprese, sui requisiti e la capacità dei partecipanti alle gare e sui casi e le modalità dell’avvalimento (art. 83, comma 2). Vi è poi la disposizione “di chiusura” dell’art. 213 che, dopo aver ribadito che all’ANAC spetta la *“vigilanza e il controllo sui contratti pubblici e l’attività di regolazione degli stessi”*, declina in via generale i poteri di regolazione attribuiti a tale Autorità: *“...L’ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell’efficienza, della qualità dell’attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche...”* (comma 2).

**3.2** La natura giuridica delle Linee Guida e la loro collocazione nell’ambito delle fonti del diritto costituisce un tema molto dibattuto ed ancora aperto.

A livello dogmatico, il Consiglio di Stato in sede consultiva ha ritenuto di poter distinguere tre diverse tipologie di atti attuativi dell'ANAC:

- a) i decreti ministeriali contenenti le Linee Guida adottate su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari;
- b) gli atti adottati con delibera dell'ANAC e dichiarati espressamente vincolanti *erga omnes*;
- c) gli atti adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante.

Secondo il Consiglio di Stato, gli atti di cui *sub a)* non creano particolari problemi di inquadramento, potendo essere ricondotti alla categoria dei regolamenti ministeriali, di cui all'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, con la conseguente necessità di seguire il relativo *iter* procedimentale (parere del Consiglio di Stato, visto della Corte dei Conti, pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale* - es. Linee Guida Ministeriali su sistema di qualificazione SOA).

Gli atti non vincolanti di cui *sub c)* possono essere assimilati ad atti di indirizzo e orientamento, analoghi alle circolari, dai quali i destinatari possono motivatamente discostarsi.

Gli atti che pongono le maggiori questioni di inquadramento dogmatico sono invece le "*linee-guida*" vincolanti di cui al precedente punto *b)*, che il Consiglio di Stato ha ricondotto nella categoria degli atti di regolazione delle autorità amministrative indipendenti, i quali non costituiscono regolamenti in senso proprio, ma atti amministrativi generali. Tale inquadramento consente, da un lato, di conferire agli atti in esame un'efficacia esterna mediata, nel senso della necessità di un atto amministrativo applicativo per poter incidere sulla sfera giuridica dei destinatari (con ciò che ne consegue sul piano dell'impugnabilità in sede giurisdizionale). Essendo atti amministrativi generali, l'atto amministrativo che si pone in contrasto con esse è illegittimo<sup>1</sup>. Tale soluzione per il Consiglio ha il pregio di confermare gli effetti *erga omnes* delle linee guida, nonché di assicurare che tali atti vengano adottati con tutte le garanzie procedurali e di verifica della qualità della regolazione già pacificamente vigenti per le autorità amministrative indipendenti (consultazione preventiva, adozione di metodi di analisi e verifica dell'impatto della regolazione, adeguata pubblicità).

Ed, infatti, costituisce una prassi consapevolmente adottata dall'ANAC, nelle numerose procedure di adozione di linee-guida già avviate e in parte concluse, la sottoposizione del testo di tutte le linee-guida al parere del Consiglio di Stato. Le linee guida (vincolanti e non) vengono adottate a seguito di un procedimento che contempla la consultazione pubblica e poi vengono pubblicate sul sito ANAC e sulla

---

<sup>1</sup> Non sussistono particolari dubbi sulla possibilità di disapplicare, per il giudice amministrativo, le linee guida che vengono adottate con decreto ministeriale attesa la loro natura regolamentare. Più complesso è invece il tema per le linee guida vincolanti adottate dall'ANAC. Se, come ha fatto il Consiglio di Stato, dovesse optarsi per la qualificazione in termini di atti di regolazione, dovremmo escludere che, in mancanza di impugnazione, il giudice amministrativo possa disapplicare le predette linee guida essendo pacificamente esclusa la c.d. disapplicazione provvedimentoale.

GURI. Le Linee Guida ANAC (vincolanti e non) sono impugnabili dinanzi al giudice amministrativo (art. 213 comma 2 del Codice).

Parte della dottrina non ha condiviso l'inquadramento delle linee guida vincolanti espresso dal Consiglio di Stato, ritenendo che le linee guida vincolanti abbiano natura regolamentare sia perché dotate delle caratteristiche proprie dei regolamenti - generalità, astrattezza e innovatività - sia perché diverse dagli atti di regolazione delle autorità amministrative indipendenti<sup>2</sup>.

**3.3** Il Codice non fornisce una distinzione netta tra Linee Guida vincolanti e Linee Guida non vincolanti. Le Linee Guida vincolanti sono quelle che il Codice prevede al fine di integrare le norme contenute nel Codice stesso («*disposizioni integrative della fonte primaria*»); all'ANAC viene dato il compito di sviluppare ed integrare il precetto normativo con una disciplina di dettaglio.

Ad esempio, sono vincolanti le Linee Guida n. 3 “*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni*”, ai sensi dell'art. 31, comma 5, del Codice, laddove si rimanda alle Linee Guida, quale “*disciplina di maggiore dettaglio*”; ovvero le Linee Guida n. 5 “*Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici*”, ai sensi dell'art. 78 del Codice; nonché le Linee Guida n. 7 “*per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016*”.

Le Linee Guida non vincolanti sono, invece, (i) quelle previste dal Codice non alla stregua di «disposizioni integrative» di norme primarie incomplete e (ii) quelle adottate dall'ANAC sulla base del generale potere di regolazione ad essa attribuito dall'art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 e che hanno una funzione promozionale di buone prassi e, quindi, lo scopo di fornire un indirizzo applicativo agli operatori del settore. Quanto agli effetti, esse sono assimilabili alle circolari, con la conseguenza che se la stazione appaltante intende discostarsi dal contenuto di quanto disposto da tali atti deve fornire una adeguata motivazione che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa<sup>3</sup>.

#### **4. I poteri di intervento sulle gare.**

---

<sup>2</sup> La natura regolamentare trova conforto sia nelle previsioni di cui all'art. 213, comma 2, del Codice - nella parte in cui stabilisce un vero e proprio procedimento per l'adozione delle linee guida, individua le modalità di pubblicazione, impone la raccolta in testi unici integrati e applica la regola del *gold plating*.

<sup>3</sup> Al riguardo la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di osservare che “*trattandosi pacificamente di linee guida 'non vincolanti' (le quali traggono la propria fonte di legittimazione nella generale previsione di cui al comma 2 dell'articolo 213 del nuovo 'Codice dei contratti'), esse non risultano idonee a rappresentare parametro di legittimità delle determinazioni adottate dalle singole stazioni appaltanti nella fissazione delle regole di gara... Il testo in questione, quindi, lungi dal fissare regole di carattere prescrittivo, si atteggia soltanto quale strumento di "regolazione flessibile", in quanto tale volto all'incremento "dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti. Sulla base di orientamenti più che consolidati, tuttavia, deve affermarsi che tali scelte non possano essere censurate in giudizio se non in caso di palesi profili di irragionevolezza e abnormità*” (Cons. Stato Sez. V, Sent., 22/10/2018, n. 6026; T.A.R. Campania Napoli Sez. I, 19/02/2018, n. 1076; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 14/02/2018, n. 1735).

**4.1** Tra i poteri di intervento sulle gare, l'ordinamento, già prima dell'adozione del nuovo Codice, riconosce quelli che vengono esercitati a valle dell'aggiudicazione.

A tal proposito, si richiama l'art. 32 del citato d.l. n. 90/2014, che prevede che le “*misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese*” possono trovare applicazione quando si è ormai conclusa la cd. “serie procedimentale” della procedura di gara e si versa nella fase dell'esecuzione contrattuale. Difatti, il comma 1 del citato art. 32 stabilisce che le misure in commento possano essere irrogate nei confronti dell'impresa aggiudicataria dell'appalto, cioè l'impresa che si è aggiudicata in via definitiva l'appalto non ancora completamente eseguito.

Le fattispecie di commissariamento sono previste, da un lato, per fatti di matrice corruttiva o fraudolenta *ex* comma 1 dell'art. 32, e, dall'altro, per motivi d'infiltrazione mafiosa, *ex* comma 10. Le due misure gestionali mostrano una significativa autonomia l'una dall'altra, postulano la sussistenza di presupposti applicativi del tutto differenti e rispondono a finalità diverse, seppur entrambe di natura *lato sensu* preventiva.

Tale misura consente al Presidente dell'ANAC e al Prefetto di intervenire con immediatezza e tempestività nel corso della esecuzione di una commessa pubblica, al fine di evitare che gli illeciti commessi dall'impresa aggiudicataria possano riverberarsi sui tempi di esecuzione delle commesse o pregiudicare l'interesse della collettività alla realizzazione delle opere. L'art. 32 introduce, dunque, misure di natura amministrativa di notevole valenza, anche sotto il profilo costituzionale (art. 41), dal momento che le stesse penetrano nel tessuto o, per meglio dire, nell'organismo stesso dell'impresa, incidendo sulla sua autonomia e sulla sua oggettività. La *ratio* dell'intervento legislativo è quella di far sì che l'esecuzione del contratto pubblico non venga oltremodo a soffrire della situazione corruttiva e di garantire la continuità dell'esecuzione e la garanzia dell'occupazione lavorativa. In tale prospettiva è stato invece ritenuto come recessivo l'interesse delle altre imprese, potenzialmente vincitrici, al subentro e all'esecuzione dell'appalto (e quindi alla reintegrazione in forma specifica). L'istituto, nell'interpretazione oggi accolta dall'ANAC, si struttura come una sorta di misura “*ad contractum*”, che dà vita ad una “gestione separata” dell'impresa, circoscritta ai contratti oggetto di commissariamento, con sospensione dei poteri dei titolari dell'impresa e dell'assemblea, per l'intera durata della misura.

**4.2** La misura di straordinaria gestione<sup>4</sup> disposta ai sensi dell'art. 32, comma 1 per motivi di corruzione, ha una stretta connessione genetica con il rispettivo procedimento penale, che ne costituisce il fondamentale presupposto applicativo. Con tale norma si è previsto che, nell'ipotesi in cui in sede penale si proceda per gravi reati<sup>5</sup>, ovvero in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque

---

<sup>4</sup> Si vedano, in ordine all'esercizio dei poteri straordinari di cui all'art. 32, le Linee Guida dell'ANAC che sono state adottate dal 2014 al 2018.

<sup>5</sup> Sono specificamente richiamate le fattispecie di concussione (art. 317 c.p.), corruzione (artt. 318, 319, 319-bis, 319-ter, 320, 322 e 322-bis c.p.), induzione indebita (art. 319-*quater*), traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.) e turbativa d'asta (artt. 353 e 353-bis c.p.). Le circostanze suscettibili di dare luogo ai provvedimenti amministrativi di cui all'articolo 32, comma 1, del citato decreto legge 90/2014 debbono essere individuate non solo in fatti riconducibili a reati contro la pubblica amministrazione, ma anche a vicende e situazioni che sono propedeutici alla commissione di questi ultimi o che comunque sono ad esse contigue.

sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture, nonché ad una impresa che esercita attività sanitaria per conto del Servizio sanitario nazionale in base agli accordi contrattuali di cui all'art. 8-*quinquies*, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o ad un contraente generale, il Presidente dell'ANAC ne informa il Procuratore della Repubblica e, in presenza di fatti gravi e accertati sulla base delle segnalazioni ricevute da soggetti istituzionali, propone al Prefetto competente in relazione al luogo in cui ha sede la stazione appaltante, alternativamente, le seguenti misure:

a) di ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto (c.d. intimazione di sostituzione del soggetto coinvolto, quale misura più *soft*) e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto ovvero dell'accordo contrattuale o della concessione, ovvero di

b) provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto ovvero dell'accordo contrattuale o della concessione (c.d. amministrazione prefettizia, quale misura più *hard*).

Con riferimento alla misura di cui alla lett. a), essa impone all'impresa di risolvere il rapporto in virtù del quale la medesima aveva inserito nei propri centri decisionali il soggetto coinvolto. E' evidente, peraltro, che l'effetto-esclusione cui mira l'ordine di rinnovazione degli organi sociali va riferito all'intera organizzazione aziendale e non soltanto a quella sua parte o ramo che è impegnata nell'esecuzione del contratto in relazione al quale è stato adottato l'ordine stesso. Si deve, quindi, ritenere che l'ordine non possa considerarsi adempiuto, laddove il soggetto cui esso si riferisce conservi incarichi all'interno dell'impresa o posizioni, anche de facto, che gli consentano di continuare a influire o determinarne l'andamento.

Quanto alla misura di cui alla citata lett. b), gli amministratori nominati dal Prefetto sostituiranno i titolari degli organi sociali dotati di omologhi poteri soltanto per ciò che concerne la gestione delle attività di impresa connesse all'esecuzione dell'appalto da cui trae origine la misura<sup>6</sup>. Viceversa, gli organi sociali "ordinari"

---

Si pensi, a titolo esemplificativo, ai reati di truffa aggravata di cui all'art. 640-bis c.p., di riciclaggio (art. 648-bis c.p.), a quelli di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti ovvero con altri artifici, l'emissione di fatture e altri documenti per operazioni inesistenti, l'occultamento o la distruzione di documenti contabili finalizzata all'evasione fiscale (artt. 2, 3, 8 e 10 del D.Lgs. n. 74/2000), i delitti di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.).

Inoltre, non si può escludere che la presenza di situazioni anomale di cui al comma 1 possa essere ricondotta a fattispecie distorsive della regolarità e trasparenza delle procedure di aggiudicazione, quali ad esempio: la comprovata sussistenza di collegamenti sostanziali tra imprese partecipanti alla gara; la rilevata sussistenza di accordi di desistenza artatamente orientati a favorire l'aggiudicazione nei confronti di un'impresa; la accertata violazione dei principi che sorreggono la trasparenza delle procedure ad evidenza pubblica, qualora da elementi di contesto possa formularsi un giudizio di probabile riconducibilità del fatto a propositi di illecita interferenza.

Il comma 1 richiede, inoltre, che gli elementi riscontrati siano "sintomatici" di condotte illecite o eventi criminali. La norma non subordina, dunque, l'applicazione delle misure all'acquisizione di una certezza probatoria, tipica del procedimento penale. Nel contesto delle misure introdotte dall'art. 32 – destinate ad intervenire in un momento antecedente al giudicato – devono considerarsi "fatti accertati" quelli corroborati da riscontri oggettivi, mentre il requisito della "gravità", richiamato anche dal comma 2, implica che i fatti stessi abbiano raggiunto un livello di concretezza tale da rendere probabile un giudizio prognostico di responsabilità nei confronti dei soggetti della compagine di impresa per condotte illecite o criminali.

<sup>6</sup> Va evidenziato che l'ordinamento già consente all'Autorità Giudiziaria, in presenza di procedimenti

resteranno in carica per lo svolgimento di tutti gli altri affari riguardanti lo stesso o altri eventuali settori dell'attività economica dell'azienda<sup>7</sup>. Si realizza in tal modo una forma di gestione separata e "a tempo" di un segmento dell'impresa, finalizzata esclusivamente all'esecuzione dell'appalto pubblico, le cui modalità di attuazione e di *governance* potranno essere definite anche attraverso il ricorso agli strumenti previsti dall'ordinamento - si pensi ad esempio a quelli regolati dall'art. 2447-bis c.c. - che consentono forme di destinazione specifica del patrimonio sociale ad un determinato affare, qualora l'impresa interessata dalla misura sia una società per azioni.

**4.2.1** Il procedimento per l'adozione della misura di commissariamento, disposto dall'art. 32, si compone, quindi, di due fasi, mediante una procedura a formazione progressiva: l'iniziativa spetta al Presidente dell'ANAC, mentre il potere decisorio spetta al Prefetto. A seguito della proposta formulata dal Presidente dell'ANAC, il Prefetto del luogo in cui ha sede la stazione appaltante accerta i presupposti indicati per l'attivazione del procedimento, di cui al comma 1, e valuta la particolare gravità dei fatti oggetto dell'indagine, in attuazione del principio di proporzionalità, e graduando le misure da applicare in ragione della gravità della situazione in cui versa l'impresa: si tratta, pertanto di un sindacato di secondo grado sulla legittimità dell'iniziativa assunta dal Presidente e che può concludersi anche con un rifiuto da parte del Prefetto ad andare oltre. Qualora, invece, il Prefetto confermi la valutazione già svolta dal Presidente dell'ANAC, egli potrà intervenire alternativamente ordinando all'impresa le predette misure di cui al comma 1. Mentre, dunque, in capo all'ANAC permane il ruolo di organo propulsore, il Prefetto svolge, a pieno titolo, il ruolo di organo decisore. Nello specifico, il procedimento istruito dall'ANAC e quello istruito dal Prefetto, sono ontologicamente distinti ma teleologicamente collegati e si fondono sulla valutazione circa l'esistenza dei medesimi presupposti. L'uno è, dunque, condizione necessaria per l'altro.

Il comma 5 individua poi le ipotesi di cessazione anticipata della rinnovazione dell'organo sociale e della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa. La norma prevede, infatti, che il Prefetto debba revocare le predette misure nel caso in cui sopravvenga un provvedimento che dispone la confisca, il

---

penali anche per reati contro la p.a., di "azzerare" gli organi di amministrazione dell'impresa, sostituendoli con una gestione commissariale (si vedano gli artt. 9 e 45 del D.Lgs. n. 231/2001). Analogo provvedimento può essere disposto anche nel procedimento di prevenzione, quando ricorrano sufficienti indizi che attività economiche siano esposte a pericoli di condizionamento da parte di soggetti nei cui riguardi sono state applicate o proposte le medesime misure o sia in corso un procedimento penale per reati tipici della criminalità organizzata (art. 34 D.Lgs. n. 159/2011). L'art. 32 del D. L. n. 90/2014, inserendosi in questo contesto, non può essere interpretato come un "duplicato" di provvedimenti propri dell'Autorità Giudiziaria. Esso, piuttosto, costituisce lo strumento che colma un vuoto esistente, permettendo, quando non ricorrono gli estremi per un integrale e radicale "spossessamento" dei poteri gestori, di sottoporre a controllo quella parte dell'impresa impegnata nello specifico contratto pubblico, per cui viene ravvisata l'esigenza di intervenire.

<sup>7</sup> Con l'atto che dispone tale misura, il Prefetto provvede anche:

- alla nomina di nuovi amministratori (fino ad un massimo di tre), scelti tra soggetti in possesso dei requisiti di professionalità e moralità previsti dal D.M. 10 aprile 2013, n. 60, per coloro che vengono chiamati a ricoprire l'incarico di commissario giudiziale e commissario straordinario nelle procedure di amministrazione straordinaria di cui al D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (comma 2);
- alla determinazione del compenso spettante ai predetti amministratori, calcolato sulla base delle tabelle allegate al D.Lgs. 4 febbraio 2010, n. 14 che regola gli emolumenti da corrispondere agli amministratori giudiziari (comma 6);
- alla determinazione della durata della straordinaria e temporanea gestione che deve essere commisurata alle esigenze connesse alla realizzazione dell'appalto pubblico oggetto del contratto.

sequestro o l'amministrazione giudiziaria dell'impresa nell'ambito di un procedimento penale<sup>8</sup>.

**4.3** A tenore del comma 8 dell'art. 32, la scala degli interventi prevede, nelle ipotesi di minore compromissione, l'inserimento nell'impresa di un "presidio", composto di esperti in numero non superiore a tre, allo scopo di ricondurne la gestione su binari di legalità e trasparenza. L'effetto di questa misura non è quello di incidere sulla composizione ed i poteri degli organi di amministrazione e direzione dell'operatore economico, quanto piuttosto quello di riorientarne la *governance*, tant'è che la stessa formulazione del comma 8 dell'art. 32, si riferisce ad indagini che riguardino componenti di "*organi societari diversi da quelli "sociali di cui al comma 1"*". Tale misura, più "soft" di gestione, può più frequentemente essere attivata nei casi in cui il *vulnus* di legalità coinvolga figure societarie apicali ma diverse dagli organi di amministrazione in senso proprio (ad es. il direttore tecnico, ovvero organi societari di imprese diverse da quella aggiudicataria, quali gli amministratori della controllante). Agli esperti, indicati dal citato comma 8, è devoluto il potere di fornire prescrizioni operative, elaborate secondo riconosciuti indicatori e modelli di trasparenza, finalizzate ad adeguare l'organizzazione, il sistema di controllo interno e di amministrazione dell'impresa a parametri tali da fornire garanzie circa una rinnovata capacità di stare sul mercato nel rispetto dei parametri di legalità. La mancata osservanza di queste indicazioni da parte dell'impresa non trova un'espressa sanzione, ma può costituire elemento sufficiente ad integrare quelle situazioni anomale, che, ai sensi del comma 1, lett. b) dello stesso art. 32, legittimano l'applicazione della più incisiva misura della straordinaria e temporanea gestione.

**4.4** Tutte le misure sopra esaminate possono seguire anche all'emanazione di un'informazione prefettizia interdittiva, laddove sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, ancorché ricorrano i presupposti di cui all'art. 94, comma 3, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159<sup>9</sup>. Si ritiene allora che, in presenza degli interessi suddetti, la disposizione legislativa privilegi l'esecuzione del contratto piuttosto che il suo annullamento. Da ciò consegue che la norma sarà applicabile non già indistintamente a tutti gli appalti pubblici ma soltanto a quelli in cui vengano in

---

<sup>8</sup> Tali ipotesi non escludono comunque la possibilità che la revoca del provvedimento possa essere disposta nell'esercizio del generale potere di autotutela disciplinato dall'art. 21-*quinquies* della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Ancorché ciò non sia espressamente previsto, si ritiene che la revoca debba essere disposta anche nel caso in cui l'Autorità Giudiziaria adotti un provvedimento che escluda ipotesi di responsabilità dell'operatore economico nelle vicende che hanno dato luogo alle misure (sentenze di non luogo a luogo a procedere adottata per motivi diversi dall'estinzione del reato, sentenze di assoluzione adottate ai sensi dell'art. 530, comma 1, c.p.p.). In tali ipotesi viene infatti meno il presupposto sulla base del quale è stato adottato il provvedimento conformativo dell'attività di impresa. Si ritiene, invece, che la revoca debba essere proceduta da una valutazione discrezionale, sviluppata dal Prefetto d'intesa con il Presidente dell'ANAC, nell'ipotesi in cui sopravvengano sentenze di proscioglimento per motivi diversi da quelli sopra indicati, sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti, ovvero provvedimenti che determinano la cessazione delle misure cautelari disposte dall'Autorità Giudiziaria. In tali ipotesi, infatti, occorrerà valutare se i provvedimenti sopravvenuti siano in grado di far ritenere che sia venuto meno il profilo di responsabilità addebitabile all'impresa o che esso si sia comunque attenuato al di sotto della soglia di certezza o gravità richiesta dal comma 1 dell'art. 32.

<sup>9</sup> A tenore della norma, "*I soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi*".



rilievo gli interesse pubblici contemplati.

In senso opposto al comma 1, il comma 10 dell'art. 32 prevede il potere del Prefetto di adottare, "di propria iniziativa" e in via autonoma, informandone il Presidente dell'ANAC, le misure nei confronti dell'impresa destinataria di un'informativa antimafia negativa, qualora ritenga necessario ed urgente assicurare l'esecuzione del contratto. In tal modo, si dà luogo ad un autonomo procedimento amministrativo di competenza del Prefetto che segue quello già conclusosi e che ha condotto all'emanazione dell'informativa antimafia interdittiva. Una volta, quindi, adottata l'informazione inibitoria, il Prefetto dovrà obbligatoriamente dare corso alla verifica dell'esistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure di cui all'art. 32 (art. 92, comma 2-bis, D.Lgs. n. 159/2011). In questa ipotesi, il rapporto tra Presidente dell'ANAC e Prefetto viene ad essere ribaltato posto che, in capo al Prefetto, sorge un mero dovere informativo nei confronti del primo senza che quest'ultimo sia chiamato ad intervenire nel procedimento.

Le stesse misure sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di passaggio in giudicato di sentenza di annullamento dell'informazione antimafia interdittiva, di ordinanza che dispone, in via definitiva, l'accoglimento dell'istanza cautelare eventualmente proposta ovvero di aggiornamento dell'esito della predetta informazione ai sensi dell'articolo 91, comma 5, del d.lgs. n. 159/2011, anche a seguito dell'adeguamento dell'impresa alle indicazioni degli esperti.

**4.4** Ai sensi del comma 7 dell'art. 31, nel periodo di applicazione della misura di straordinaria e temporanea gestione di cui al comma 2, i pagamenti all'impresa sono corrisposti al netto del compenso riconosciuto agli amministratori di cui al comma 2 e l'utile d'impresa derivante dalla conclusione dei contratti d'appalto di cui al comma 1, determinato anche in via presuntiva dagli amministratori, è accantonato in apposito fondo e non può essere distribuito né essere soggetto a pignoramento, sino all'esito dei giudizi in sede penale ovvero, nei casi di cui al comma 10, dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'informazione antimafia interdittiva.

L'istituto dell'accantonamento obbligatorio dell'utile d'impresa va qualificato alla stregua di uno strumento di autotutela contrattuale previsto direttamente dalla legge, che risponde all'esigenza di ricondurre il rapporto negoziale, alterato da condotte corruttive o fraudolente, ad un originario equilibrio sinallagmatico a favore della parte contrattuale pubblica, per impedire all'impresa collusa di conseguire ulteriori guadagni illeciti.

La norma, invece, nulla ha previsto in merito alla definitiva destinazione degli utili accantonati alla scadenza del commissariamento o alla conclusione delle menzionate attività giurisdizionali. Tuttavia le Quinte Linee Guida del 16 ottobre 2018, redatte dall'ANAC e dal Ministero dell'Interno, sull'argomento intervengono a chiarire tale aspetto<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> In presenza di un provvedimento giudiziale definitivo che dispone l'archiviazione del procedimento penale o che esclude qualunque responsabilità del soggetto coinvolto nelle vicende penali poste a motivo dello stesso commissariamento (sentenza di non luogo a procedere adottata per motivi diversi dall'estinzione del reato, sentenza di assoluzione emessa ai sensi dell'art. 530, comma 1, c.p.p.), occorre procedere alla revoca del commissariamento e gli utili accantonati devono essere definitivamente svincolati e restituiti all'operatore economico. In tutte le altre ipotesi (sentenze di proscioglimento per motivi diversi da quelli sopra indicati, sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti, ovvero provvedimenti che determinano la cessazione delle misure cautelari disposte dall'autorità giudiziaria) si rende necessario, invece, procedere ad una valutazione

**4.5** L'art. 32 ha trovato la sua prima applicazione in occasione dei gravi episodi corruttivi che hanno coinvolto gli appalti per Expo Milano 2015, portando - appunto - al "commissariamento" dell'impresa aggiudicataria. La valutazione positiva è derivata anche dallo stesso mondo legislativo. Il legislatore, infatti, ha ampliato la portata dell'art. 32, prevedendo al comma 2-*bis* la sua applicazione anche alle convenzioni nel settore sanitario e consentendo in questo modo lo sblocco di una vicenda che stava creando non pochi problemi anche sul piano dell'occupazione (v. vicenda Ospedale Israelitico di Roma).

Sul piano delle criticità derivanti dall'applicazione della norma, in primo luogo potrebbe legittimamente sostenersi che l'applicazione del commissariamento sembri attribuire prevalenza al solo interesse pubblico, consistente nella estromissione del soggetto criminale dall'appalto pubblico e alla realizzazione dell'opera, facendo retrocedere il sindacato sulla legittimità della procedura pubblica e l'interesse delle altre imprese partecipanti all'aggiudicazione della gara, ad interesse recessivo.

La questione ha assunto una rilevanza tale da essere condotta all'attenzione del Consiglio di Stato (sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143), il quale ha sostenuto che la disciplina del commissariamento sopperisce efficacemente all'assenza di previsioni normative nelle ipotesi in cui non siano emersi vizi amministrativi tali da indurre l'autorità giudiziaria all'annullamento dell'aggiudicazione e, tuttavia, appaia intollerabile consentire all'imprenditore, nei confronti del quale pendano imputazioni per fattispecie penali connesse alla gara, la prosecuzione dell'opera stessa.

**4.6** Fermo restando l'istituto del commissariamento, il d.lgs. n. 50/2016 attribuisce all'ANAC poteri di intervento su procedure selettive indette e *in itinere*. Un primo esempio in tal senso è costituito dalla disposizione contenuta nel comma 9 dell'art. 163, in tema di procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile, laddove è stabilito che, per gli appalti di forniture e servizi in circostanze di somma urgenza determinate da eventi riconducibili all'art. 2 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, laddove non siano disponibili elenchi di prezzi definiti mediante l'utilizzo di prezzari ufficiali di riferimento, e pertanto l'impegno contrattuale si formi su un prezzo provvisorio stabilito tra le parti, la relativa valutazione di congruità sia di competenza dell'ANAC, che vi provvede entro 60 giorni dalla ricezione della documentazione. È altresì stabilito che il "*parere*" dell'ANAC sia vincolante, potendo se del caso essere contestato solo attraverso impugnazione giurisdizionale, e che nelle more della sua acquisizione il prezzo provvisorio concordato possa essere corrisposto solo nella misura del 50%.

## **5. La vigilanza "collaborativa" e il controllo.**

---

discrezionale delle circostanze concrete per verificare, ai fini della eventuale cessazione del commissariamento, «se i provvedimenti sopravvenuti siano in grado di far ritenere che sia venuto meno il profilo di responsabilità addebitabile all'impresa o che esso si sia comunque attenuato al di sotto della soglia di certezza o gravità richiesta dal comma 1 dell'art. 32».

**5.1** Accanto alla richiamata misura del “commissariamento”, occorre ora considerare gli ulteriori ed incisivi poteri previsti dal nuovo Codice dei contratti pubblici.

In particolare, l’art. 213, comma 1, del Codice attribuisce all’ANAC la vigilanza ed il controllo sui contratti pubblici e l’attività di regolazione degli stessi, specificando che l’Autorità «agisce anche al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione».

Come già sopra anticipato, l’Autorità è chiamata a svolgere la sua funzione di regolazione in primo luogo «attraverso linee guida, bandi tipo, capitolati tipo, contratti tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati». Gli atti «ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto», specialmente quando riconducibili ad illeciti delle stazioni appaltanti, devono essere trasmessi alle Camere subito dopo la loro adozione. Le funzioni attribuite all’Autorità sono specificate come funzioni di vigilanza su tutti i contratti pubblici, anche di quelli «esclusi dall’ambito di applicazione del codice» e comportano – oltre alla vigilanza sul rispetto delle procedure ordinarie e nella corretta applicazione di quelle derogatorie – forme di controllo sul sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti pubblici, assistita da poteri sanzionatori, nonché sull’economicità dell’esecuzione dei contratti.

Come già l’AVCP, l’Autorità ha poteri di segnalazione nei confronti del Governo e del Parlamento e di proposta di modifiche normative al (solo) Governo; deve, inoltre, trasmettere al Governo ed al Parlamento una relazione annuale.

La vigilanza dell’ANAC è normativamente definita «collaborativa», ove attuata previa stipula di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti richiedenti, finalizzata a supportare le medesime nella predisposizione degli atti e nell’attività di gestione dell’intera procedura di gara; deve trattarsi, però, di non meglio precisati «affidamenti di particolare interesse» (art. 213, comma 3, lett. h).

In tale ottica, le stazioni appaltanti divengono, in una prospettiva di sempre maggiore responsabilizzazione, protagoniste attive del nuovo sistema di vigilanza. Da questo punto di vista, l’ANAC viene ad essere investita di un ruolo che – accedendo ad una prospettiva non più reattiva (caratterizzata da un intervento *ex post*), ma “pro-attiva” – tende a superare l’immagine di un guardiano severo, per rivolgersi verso l’idea di un “addestramento” delle stazioni appaltanti. Ne deriva una vera e propria funzione pedagogica di tale organismo, la quale si caratterizza per la configurazione di un dialogo finalizzato a “guidare”, accompagnare e soccorrere le stazioni appaltanti nella intera procedura di gara. Si tratta pertanto di un nuovo paradigma idoneo a configurare una funzione di vero e proprio “ausilio procedimentale” per le stazioni appaltanti, che trascende il momento di indirizzo e si “cala” nello svolgimento concreto di ciascuna procedura di affidamento consentendo un dialogo paritario per il migliore perseguimento degli obiettivi della trasparenza e della razionalizzazione delle procedure di scelta.

Nei commi 4 e ss. dell’art. 213 del Codice sono enunciati gli ulteriori poteri di vigilanza dell’ANAC<sup>11</sup>. Si afferma, in particolare, che l’Autorità: *i*) gestisce il

---

<sup>11</sup> Il Regolamento “*sull’esercizio dell’attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*”, pubblicato in GURI n. 241 del 16 ottobre 2018, disciplina i procedimenti dell’Autorità concernenti l’esercizio dei poteri di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e

sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza; *ii*) può disporre ispezioni; *iii*) trasmette gli atti e i propri rilievi agli organi di controllo e, se le irregolarità hanno rilevanza penale, alle competenti Procure della Repubblica. Qualora accerti che dalla esecuzione dei contratti pubblici derivi pregiudizio per il pubblico erario, gli atti e i rilievi sono trasmessi anche alla Procura Generale della Corte dei Conti; *iv*) gestisce la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, avvalendosi dell'Osservatorio sui contratti pubblici, stabilendo le modalità di funzionamento dell'Osservatorio e le informazioni obbligatorie che ad esso devono affluire e che, se omesse o non veritiere, l'Autorità è chiamata a sanzionare; *v*) gestisce il Casellario informatico dei contratti pubblici, contenente tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'art. 80; *vi*) gestisce ed aggiorna l'Albo Nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici, nonché l'elenco delle stazioni appaltanti che operano affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*; *vii*) collabora con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) per l'elaborazione del «rating di legalità», che diviene componente del «rating di impresa».

**5.2** Il comma 13 dell'art. 213, cit., conferisce all'ANAC il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nonché di disciplinare i procedimenti sanzionatori di sua competenza nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione, con sanzioni entro il limite minimo di euro 250,00 e il limite massimo di euro 25.000,00. Nei confronti dei soggetti che a fronte della richiesta di informazioni o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità o delle stazioni appaltanti forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri, l'Autorità, fatta salva l'eventuale sanzione penale, ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie entro il limite minimo di euro 500,00 e il limite massimo di 50.000,00 euro.

Con delibera del 13 settembre 2017, n. 949, l'ANAC ha modificato il regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio, recependo le previsioni contenute nell'art. 16 della legge n. 689/1981 (Modifiche al sistema penale). La tipizzazione degli illeciti, la fissazione dei termini di scansione delle fasi in cui si articola il procedimento, la predeterminazione del minimo e massimo edittale delle sanzioni pecuniarie, sono posti a garanzia degli incolpati e conformano, perseguendone la legalità sostanziale, il potere sanzionatorio attribuito all'ANAC.

## **6. Il rating di impresa.**

L'articolo 83, comma 10, del Codice ha previsto l'istituzione presso l'ANAC, che ne cura la gestione, del sistema di rating di impresa e delle relative premialità, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione agli operatori economici, su richiesta.

La norma attribuisce ad ANAC il compito di definire i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante Linee guida, che non sono state ancora adottate. Pertanto, ai fini della relativa richiesta, occorrerà attendere la loro pubblicazione da parte

---

forniture di cui all'art. 213, comma 3, lett. a), b) e d) del Codice.

00187 Roma, Via Bocca di Leone, 78 – tel. 06 6976341 – fax 06 697634240  
20122 Milano, Via Santa Sofia, 18 – tel. 02 58300460 – fax 02 583117

[segreteria@studiobdl.it](mailto:segreteria@studiobdl.it)

dell'ANAC. Ricevuta la documentazione, l'Autorità verificherà le informazioni in essa contenute e calcolerà il punteggio da attribuire all'impresa (rating). Da quel momento in poi, l'impresa potrà utilizzare il rating attribuito per tutte le gare pubbliche a cui vorrà partecipare per ottenere i relativi vantaggi.

I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa tengono conto dei precedenti comportamenti dell'impresa, con riferimento al mancato utilizzo del soccorso istruttorio, all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive, nonché al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e dell'incidenza e degli esiti del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto.

La norma richiede che, nelle medesime Linee guida, sia istituito un sistema amministrativo di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia.

## **7. Pareri di precontenzioso**

**7.1** I poteri dell'ANAC si estrinsecano anche nel corso delle procedure di gara.

Di rilievo appaiono i contenuti dell'art. 211 del nuovo Codice, rubricato: "*Pareri di precontenzioso dell'ANAC*". Il primo comma del citato articolo testimonia una vera e propria trasformazione del parere di precontenzioso rispetto all'analogo parere che era reso dall'AVCP ai sensi del previgente art. 6, comma 7, lett. n), del d.lgs. n. 163/2006. Mentre quest'ultimo non era vincolante, risentendo di una certa diffidenza dell'ordinamento a riconoscere all'Autorità di vigilanza funzioni para-contenziose e, pertanto, venendo ricondotto *in concreto* a uno strumento meramente facoltativo con funzione deflattiva delle controversie potenziali, oggi la disciplina dei pareri in questione ha decisamente superato quelle perplessità, inducendo a ritenere che si sia di fronte a un vero e proprio rimedio alternativo alla tutela giurisdizionale, riconducibile alla discussa categoria delle *alternative dispute resolutions*.

Il D.L. 24 aprile 2017, n. 50 (conv. in l. 21 giugno 2017, n. 96) - decreto correttivo del d.lgs. n. 50/2016 - è intervenuto a modificare alcune disposizioni del Codice, tra cui, appunto, la disciplina del citato parere precontenzioso. L'art. 52-ter del decreto legge n. 50/2017, nel testo derivante dalla legge di conversione, ha definitivamente espunto dal sistema le raccomandazioni vincolanti nei confronti delle stazioni appaltanti, previste dall'art. 211, comma 2<sup>12</sup>. Al loro posto l'articolo

---

<sup>12</sup> "*Qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente codice. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo*". La previsione è stata fortemente criticata dalla dottrina, che ne ha sottolineato la

52-ter ha introdotto nell'art. 211 del codice una disciplina radicalmente diversa, che corrisponde a quella augurata dal Consiglio di Stato.

La nuova formulazione del parere precontenzioso, prevista all'art. 211, comma 1, prevede che il parere, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, possa essere richiesto dalla stazione appaltante o da una o più delle altre parti, e che lo stesso, previo contraddittorio, obblighi ad attenervisi le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito. L'ANAC deve rendere il parere entro 30 giorni dalla ricezione della richiesta ed è espressamente prevista la sua impugnabilità dinanzi agli organi di giustizia amministrativa, accompagnata dalla possibilità per il giudice di applicare le sanzioni di cui all'art. 26 c.p.a. in caso di rigetto del ricorso.

**7.2** Inoltre, il decreto correttivo ha aggiunto i commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater* all'art. 211.

Al comma 1-*bis* viene riconosciuta all'ANAC una legittimazione processuale espressa, che consiste nel potere di impugnare i bandi e gli altri atti generali, nonché i provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici.

Il comma 1-*ter* introduce, invece, un potere analogo a quello che l'art. 21-*bis*, l. n. 287/1990 conferisce all'AGCM: la legittimazione dell'ANAC ad impugnare, a seguito di parere motivato, emesso dall'ANAC entro 60 giorni dalla notizia della violazione delle norme del Codice. Si tratta di un modello di vigilanza collaborativa già sperimentato con successo, che supera i dubbi di legittimità delle previgenti raccomandazioni vincolanti. Lo strumento può ascrivere sia alla vigilanza, sia ai mezzi deflattivi del contenzioso.

Il “parere motivato”, da un lato, serve a sollecitare la p.a. a rivedere quanto statuito, sulla base degli indirizzi dell'Autorità, se del caso con uno speciale esercizio della funzione d'autotutela giustificato dalla particolare rilevanza dell'interesse pubblico così coinvolto. Dall'altro, mira a tutelare tale interesse anzitutto all'interno della stessa p.a., sì da concepire il ricorso al g.a. quale *extrema ratio* nella risoluzione del conflitto tra due soggetti pubblici.

Esso si esterna in una prima fase a carattere consultivo (parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate), e in una seconda (eventuale) fase di impugnativa in sede giurisdizionale, qualora la pubblica amministrazione non si conformi al parere stesso. Lo scopo dell'istituto è assicurare la legittimità dell'azione amministrativa anche a prescindere da una iniziativa impugnatoria di soggetti privati, o di un'autotutela “spontanea” della stazione appaltante. Sicché, l'interesse pubblico e generale alla legittimità dell'azione amministrativa trova tutela immediata e diretta, e non per il “tramite” dell'interesse legittimo quale interesse individuale. L'ANAC diventa, come già l'AGCM, titolare

---

dubbia legittimità costituzionale e comunitaria e l'inidoneità a produrre reali effetti deflattivi del contenzioso; in particolare, il Consiglio di Stato vi ha colto una deroga al consolidato principio per cui l'esercizio del potere di autotutela rientra nella discrezionalità della p.a. e non è coercibile, evidenziando come nella specie, in ragione della configurazione data alle “raccomandazioni” dell'ANAC, non possa neanche parlarsi di un invito obbligatorio a esercitare l'autotutela (ciò che lascerebbe pur sempre impregiudicate le determinazioni nel merito della stazione appaltante), bensì di un vero e proprio “annullamento mascherato” posto in essere attraverso un provvedimento i cui effetti lesivi possono essere scongiurati dalla stazione appaltante soltanto attraverso la sua impugnazione giurisdizionale.

di una legittimazione “straordinaria” basata non già sulla titolarità di un interesse legittimo, e un interesse concreto e attuale alla rimozione dell’atto, ma direttamente sull’interesse pubblico e generale alla legalità dell’azione pubblica. Un modello simile a quello del pubblico ministero nel processo penale o del procuratore presso la Corte dei conti, che introduce dunque, una legittimazione ad agire pubblicistica davanti al giudice amministrativo e che tuttavia non si spinge a connotare il processo amministrativo come un processo officioso; esso continua ad avere, anche nel caso di legittimazione straordinaria (dell’ANAC o dell’AGCM) i connotati del processo di parti.

In sostanza, l’ANAC non ha più il potere forte di ordinare, tramite la raccomandazione vincolante, assistita da una sanzione pecuniaria, il riesame dei provvedimenti ritenuti illegittimi, ma ha solo la facoltà di rivolgersi al giudice, previo svolgimento di un procedimento preliminare.

**7.3** La disciplina di dettaglio relativa ai pareri di precontenzioso è stata adottata dall’ANAC, ai sensi dell’art. 211, comma 1-*quater* del Codice, con Regolamento 13 giugno 2018 “*sull’esercizio dei poteri di cui all’articolo 211, commi 1-bis e 1-ter del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*”; esso quindi disciplina l’esercizio della legittimazione all’impugnazione da parte dell’ANAC, sia nei casi di “*ricorso diretto*” (comma 1-*bis*) sia nei casi di “*ricorso previo parere motivato*” (comma 1-*ter*).

Con riferimento al ricorso diretto, di cui al comma 1-*bis*, l’art. 3 del Regolamento specifica e chiarisce quali sono i contratti “*di rilevante impatto*” nei confronti dei quali l’ANAC può esercitare l’impugnazione. In particolare, si tratta di quei contratti: i) che riguardino, anche potenzialmente, un ampio numero di operatori; ii) 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, di interventi di realizzazione di grandi infrastrutture strategiche; iii) riconducibili a fattispecie criminose, situazioni anomale o sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti; iv) 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; v) 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.

Rispetto ai citati tipi di contratti, l’ANAC può impugnare regolamenti e atti amministrativi di carattere generale, quali bandi, avvisi, sistemi di qualificazione degli operatori economici, delibere a contrarre, ammissioni ed esclusioni dell’operatore economico dalla gara, aggiudicazioni..., qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Il ricorso è proposto previa delibera del Consiglio, su proposta dell’Ufficio competente, nei termini di legge. La delibera contiene la motivazione sulla ricorrenza dei presupposti legittimanti il ricorso.

Quanto all’impugnazione di cui al comma 1-*ter* dell’art. 211 del Codice, tale norma ha, invece, come presupposto che una stazione appaltante adotti un qualsivoglia provvedimento, che sia affetto da gravi violazioni del codice dei contratti pubblici. Il riferimento ai “provvedimenti” induce a ritenere che deve trattarsi di atti autoritativi, normalmente inerenti la procedura di affidamento, ma in ipotesi anche incidenti in fase di esecuzione del contratto.

L'art. 6 del citato Regolamento individua quali sono le “gravi violazioni” che legittimano l'ANAC ad emettere un parere motivato e, in caso negativo, a ricorrere al giudice amministrativo: a) affidamento di contratti pubblici senza previa pubblicazione di bando o avviso nella GUUE, nella GURI, sul profilo di committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'Autorità, laddove tale pubblicazione sia prescritta dal codice; b) affidamento mediante procedura diversa da quella aperta e ristretta fuori dai casi consentiti, e quando questo abbia determinato l'omissione di bando o avviso ovvero l'irregolare utilizzo dell'avviso di pre-informazione di cui all'articolo 59, comma 5 e all'articolo 70 del codice; c) atto afferente a rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture; d) modifica sostanziale del contratto che avrebbe richiesto una nuova procedura di gara ai sensi degli articoli 106 e 175 del codice; e) mancata o illegittima esclusione di un concorrente nei casi previsti dall'articolo 80 e dall'articolo 83, comma 1, del codice; f) contratto affidato 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; g) mancata risoluzione del contratto nei casi di cui all'articolo 108, comma 2 del codice; h) bando o altro atto indittivo di procedure ad evidenza pubblica che contenga clausole o misure ingiustificatamente restrittive della partecipazione e, più in generale, della concorrenza.

In tal caso l'ANAC, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale sono indicati specificamente i vizi di legittimità riscontrati e i rimedi da adottare per eliminarli. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante, con contestuale assegnazione del termine, non superiore a sessanta giorni, entro il quale la stazione appaltante è invitata a conformarsi alle prescrizioni in esso contenute. Entro il predetto termine, la stazione appaltante informa l'Autorità in ordine alle azioni che ha intrapreso a seguito del parere.

La scelta normativa di condizionare la proposizione del ricorso giurisdizionale al previo espletamento di tale procedura con parere motivato è espressione della volontà di assicurare un momento di interlocuzione preventiva dell'Autorità con l'amministrazione emanante l'atto ritenuto illegittimo, allo scopo di stimolare uno spontaneo adeguamento. In altri termini, la configurazione della legittimazione dell'Autorità al ricorso giurisdizionale si pone, nell'attuale dato normativo, come *extrema ratio*, anche in considerazione del fatto che dà luogo ad un giudizio fra pubbliche amministrazioni.

Con l'emissione del parere da parte dell'ANAC, si apre un dialogo tra questa e l'amministrazione interessata, la quale potrebbe conformarsi al parere, spendendo i propri poteri di autotutela decisoria, ovvero non conformarsi indicando motivatamente le ragioni del rifiuto, ovvero conformarsi in parte, ovvero rifiutarsi *tout court* di conformarsi.

Se la stazione appaltante non si conforma al parere entro il termine assegnato dall'ANAC, l'Ufficio competente dell'ANAC rimette al Consiglio dell'Autorità la decisione sulla proposizione del ricorso avverso l'atto che si assume illegittimo. Il ricorso, previa deliberazione del Consiglio, è proposto entro trenta giorni dalla ricezione della risposta della stazione appaltante, ovvero in caso di mancata risposta, dallo scadere del termine di cui all'art. 9, comma 1.



Il ricorso dell'ANAC è solo facoltativo. Infatti l'ANAC potrebbe persuadersi che la non conformazione è legittima, ad es. in considerazione del tempo trascorso o della ponderazione dell'interesse pubblico concreto e attuale. In ogni caso, il potere di azione è discrezionale, e dunque non vi è automatismo e consequenzialità necessaria tra il non conformarsi dell'amministrazione e l'impugnazione dell'ANAC. Quest'ultima potrebbe ritenere giustificato il non adeguamento al suo parere, o ritenersi paga di un adeguamento parziale, e non agire in giudizio.

## **8. Conclusioni**

Alla luce di quanto sinora illustrato, si evidenzia il profilo assolutamente atipico dell'Autorità alla quale – sull'onda dell'“emergenza” corruzione – è stata attribuita un'ampissima responsabilità di carattere politico, da svolgere attraverso la ponderazione dell'interesse pubblico alla prevenzione della corruzione con l'interesse al buon funzionamento delle procedure relative ai contratti pubblici ed alla corretta esecuzione di essi, assicurando, al contempo, il principio della concorrenza.

Il ruolo dell'ANAC si caratterizza in ragione soprattutto dei soggetti ai quali si rivolge la sua attività, in quanto essa vigila sulle Amministrazioni pubbliche – in veste di stazioni appaltanti - oltre che sui privati e, anzi, forse proprio soprattutto sulle Amministrazioni pubbliche, dai cui comportamenti dipende la esatta e completa attuazione del diritto U.E. in materia, e che, come spesso accade, dimostrano di voler sfuggire o eludere le logiche di mercato e di ricorrere ad affidamenti diretti o comunque di rispettare solo in misura parziale le condizioni di trasparenza e concorrenza.

Ci si chiede, tuttavia, se l'ausilio svolto dall'Autorità non costituisca un appesantimento delle procedure di gara e, come molti hanno evidenziato, vi è il rischio che la pervasività degli interventi dell'ANAC nel settore dei contratti pubblici possa, da un lato, frustrare gli obiettivi di efficienza e semplificazione, e per altro verso anche rivelarsi uno strumento inadeguato ad assicurare un livello elevato di tutela della legalità e di prevenzione degli illeciti.

avv. Ileana Boccuzzi