

AL VIA IL REGOLAMENTO SUL NUOVO PRECONTENZIOSO ANAC

di Francesco Caringella, Matteo Lariccia

Data di pubblicazione: 20-10-2016

INTRODUZIONE di Francesco Caringella

Con il regolamento pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 245 del 19 ottobre 2016, viene messo in campo uno dei tasselli più profondamente innovativi del nuovo codice dei contratti pubblici.

Si tratta del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, che si connota per un significativo potenziamento del ruolo dell'ANAC, trasformata in Autorità con funzioni pienamente giurisdicenti nel campo degli appalti e delle concessioni.

E' presto per pronosticare il successo del nuovo istituto, al pari dell'inevitabile messe di problemi applicativi che il parere potenziato dell'Autorità inevitabilmente produrrà soprattutto nella fase della prima attuazione.

E' certo tuttavia che si tratta di un punto di svolta, destinato a segnare una netta cesura tra il vecchio e il nuovo.

[Leggi il regolamento](#)

NOTA di Matteo Lariccia

1. Introduzione

L'istituto del precontenzioso spicca tra le competenze più sensibilmente rinnovate dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel recente D.lgs 18 aprile 2016, n. 50^[1]. Sebbene esso si presenti all'apparenza come riproposizione di un istituto già in uso dal Codice del 2006, si tratta di un vero e proprio rilancio di un istituto radicalmente rinnovato, a conferma della aspirazione del legislatore di offrire al mercato dei contratti pubblici una istanza di revisione dei procedimenti in funzione deflattiva del contenzioso. Per la prima volta, il precontenzioso compare in un autonomo articolo di legge, all'interno della parte VI, Capo II, rubricato "*Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale*" e, per la prima volta, l'istituto compare all'interno di una disposizione autonoma, rubricata "*Pareri di precontenzioso*", la quale scioglie - con una formula sintetica - la prudentissima previsione del precedente Codice di "*parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione*" (art. 6, comma 7, lett. n).

Il precontenzioso odierno è, dunque, il frutto più maturo di un prudente, ma criticato e

travagliato *iter* legislativo e amministrativo. Dopo la fondativa e originaria previsione legale contenuta nell'art. 6, comma 7, lett.n) del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163, sull'impianto normativo sono intervenuti, ancorché con effetti indiretti, numerosi interventi di legge[2]; e il Regolamento di recente pubblicazione in Gazzetta Ufficiale - Nuovo Regolamento Anac sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie, d'ora in avanti Regolamento - rappresenta il quinto tentativo (il secondo nella nuova veste di Anac) dell'Autorità di predisporre la disciplina di dettaglio al fine di regolare le condizioni di accesso al procedimento, ammissibilità delle istanze, poteri istruttori, efficacia dei provvedimenti[3].

I regolamenti dell'Autorità hanno inciso su aspetti molto delicati e controversi, che sono stati risolti nell'ottica di allargare quanto più possibile l'accessibilità all'istituto medesimo: tra questi, in particolare la legittimazione attiva alla istanza di parere, nonché la previsione del potere di pronunciarsi oltre la fase di gara. Sotto il primo profilo, l'indirizzo dei primi regolamenti dell'Autorità ha inteso estendere l'applicazione del precontenzioso all'iniziativa, anche disgiunta, delle parti, estendendo in via interpretativa la lettera della legge. In tal senso, il d.lgs 163/2006, ove prevedeva che l'iniziativa potesse essere "*della stazione appaltante e di una o più delle altre parti*" (art. 6, comma 7, lett. n), D.lgs 163/2006), è stato interpretato nel senso di voler dare accesso all'elenco dei soggetti interessati, sia la stazione appaltante sia una o più delle altre parti; inoltre, nella procedimentalizzazione della funzione, è stato chiarito che il potere della iniziativa non si arresta alla intervenuta aggiudicazione, ma – purché sia relativo le procedure di gara – potrebbe essere attivato anche durante la fase di esecuzione. Peraltro, nello stesso senso si deve osservare che l'Autorità non ha mai declinato nei propri regolamenti la possibilità offerta dalla seconda parte dell'articolo, che la abilitava a poter erogare il servizio anche a titolo oneroso ("*si applica l'articolo 1, comma 67, terzo periodo della legge 23 dicembre 2005, n. 266*").

Con successivi regolamenti, il procedimento di precontenzioso è stato snellito nelle forme, con la possibilità degli uffici di optare per un parere con motivazione sintetica, e semplificato nelle procedure, con particolare riguardo alla digitalizzazione delle reciproche comunicazioni tra le parti e con l'Autorità, nella trasmissione delle memorie e dei documenti, al fine del contenimento dei tempi per la resa del parere. Attraverso i pareri di precontenzioso l'Autorità ha, così, potuto marcare in modo sempre più diffuso la sua presenza nel mercato degli appalti, guadagnando autorevolezza e credibilità nelle pronunce, pur rimanendo sempre limitata ad un effetto di *moral suasion* idoneo a incidere sui provvedimenti delle stazioni appaltanti.

Di contro, la mancanza di espressa previsione della efficacia vincolante del parere ne frenava inesorabilmente l'affermazione. In sede giurisdizionale, le pronunce amministrative affermavano infatti che i pareri resi dalla soppressa Avcp non contenevano "*alcun precetto volto a modificare autoritativamente la realtà giuridica su cui si innesta ... non è revocabile in dubbio che l'Autorità ... si è limitata a segnalare la circostanza all'amministrazione appaltante, senza annullare (non avendone il potere) i relativi atti, ma sollecitando eventualmente l'esercizio dei poteri di autotutela (tale deve essere il significato dell'invito a mettere in atto le necessarie azioni per garantire la conformità del suo operato alle vigenti disposizioni normative) e dunque rispettando pienamente l'autonomia dell'ente locale, senza imporgli alcun comportamento o attività necessitata*"[4]. Peraltro, laddove veniva impugnato tale parere, la difesa dell'Autorità avanzava la mancanza di effetti lesivi del parere sulle posizioni giuridiche

soggettive dei soggetti coinvolti. Emblematica appare a tal riguardo la pronuncia di un T.A.R., secondo cui *“è fondata l’eccezione pregiudiziale dell’ANAC di inammissibilità dell’impugnazione del suo parere che, avendo natura facoltativa e non vincolante per la stazione appaltante, è privo di carattere lesivo”* [5]. L’effetto paradossale che ne derivava attestava che ogni successo processuale, invece di difendere e rafforzare l’istituto stesso, rischiava invero di affossarlo.

2. Le novità dell’istituto nel nuovo (cd) Codice dei contratti pubblici[6]

Il più decisivo smarcamento finalizzato a tale novità istituzionale deriva dall’affermato carattere vincolante del provvedimento finale, attualmente recepito nel D.lgs 50/2016, con una collocazione autonoma nel capo II, della parte VI, rubricato *“Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale”*. Brevi considerazioni preliminari sulla collocazione formale della norma aiutano a evidenziare le aspettative riposte dal legislatore nell’istituto: per la prima volta, esso assume considerazione autonoma all’interno del Codice; per la prima volta, inoltre si parla di *“precontenzioso”*, laddove - nella vecchia versione - si trattava di una funzione affidata all’Autorità per il componimento delle controversie in fase di scelta del contraente, finalizzata all’emissione di un parere non vincolante.

Peraltro, l’intenzione del legislatore di voler affermare e valorizzare l’istituto, non solo dal punto formale, è avvalorata e accompagnata da un’intensa e copiosa attenzione del Consiglio di Stato. Il giudice amministrativo si è espresso sul punto una prima volta attraverso l’adozione del parere sullo schema di Codice dei contratti pubblici[7]; e, una seconda volta, con il parere sullo schema di Regolamento del precontenzioso che l’Anac ha inteso sottoporre, in via preventiva, in considerazione dei delicati equilibri che sono sottesi alle novità recate dal nuovo Codice[8].

Nel primo parere, il Consiglio di Stato ha evidenziato che *“questo metodo alternativo di risoluzione delle controversie pone problemi e merita approfondimenti sul piano della compatibilità con la delega e sul versante dell’armonizzabilità con il principio di indisponibilità dell’interesse legittimo, da ultimo confermato dall’art. 12 del codice del processo (che limita alle posizioni aventi la consistenza di diritto soggettivo la compromettibilità in arbitri delle controversie devolute al giudice amministrativo)”*[9]. In tal senso, per assicurare la compatibilità con la Costituzione e con la delega, il Consiglio di Stato – consapevole della delicatezza della classificazione dell’istituto nella definizione di ADR - ha suggerito la necessità di *“evitare la trasformazione di questa procedura in un rimedio alternativo alla giurisdizione amministrativa”* ed ha auspicato la precisazione dell’impugnabilità del parere vincolante innanzi agli organi della giustizia amministrativa. Il problema nasce, secondo l’adunanza della Commissione speciale appositamente convocata per il parere, dalla compatibilità con il principio di indisponibilità dell’interesse legittimo, secondo cui – del tutto comprensibilmente – solo le posizioni di diritto soggettivo possono formare oggetto di compromesso in arbitri e non certo quelle di interesse legittimo (e della corrispondente posizione di potere della pubblica amministrazione).

Nel secondo parere, più articolato e specificamente dedicato al regolamento dell’istituto, il giudice amministrativo – insieme ad una rigorosa e puntuale ricostruzione dogmatica del

regolamento di precontenzioso e del relativo potere di adottarlo, in capo all'Anac – ha affermato, per la prima volta, l'inquadramento del precontenzioso nel quadro delle *Alternative Dispute Resolution* (ADR), pur affermandone il marcato carattere di atipicità. Con l'espressione "*ADR con indiscutibili tratti di specialità*" il Consiglio di Stato ha inteso sottolineare che la procedura dovrebbe riposare sulla volontà delle parti e dovrebbe consistere in un sistema binario, sulla base della presenza o meno dell'assenso all'efficacia vincolante del parere^[10]. Da questa premessa è derivato un incisivo intervento teso a escludere ogni assimilazione dell'istituto con ogni istanza giurisdizionale^[11]. Nella *pars costruens*, peraltro, la lettura del Consiglio di Stato appare particolarmente rivolta a puntellare ed accompagnare il potere regolamentare dell'Autorità, ritenuto altrimenti mancante di base legale o di incerta solidità, ascrivendo il regolamento esaminato alla categoria dei regolamenti di organizzazione.

3. Considerazioni minime

L'istituto del precontenzioso, affermatosi come descritto, sembra dunque voler consacrare la formazione di un nuovo pianeta nell'universo delle ADR, ancorché non manchino perplessità in proposito^[12].

Appare, al momento, consolidato che l'istituto svolga funzioni di deflazione del contenzioso giurisdizionale, al fine di garantire il contenimento dei tempi e dei costi del processo; e che sia caratterizzato dalla particolare competenza dell'organo emanante il parere, che assume caratteristiche di terzietà rispetto alle parti. L'adesione a tale procedimento avviene su base volontaria e consensuale, laddove le parti sono tenute ad esprimere il preventivo assenso a volersi vincolare all'esito dello stesso.

Affinché questo assuma tratti di maggiore definitività, occorre tuttavia prestare attenzione all'evolversi di alcune criticità, non ancora del tutto sciolte, per la verità soprattutto sul piano della normativa primaria, e sottoposte dallo stesso Consiglio di Stato e dalla dottrina più attenta ad una più attenta meditazione.

In sintesi, le principali riguardano: l'efficacia vincolante asimmetrica del parere, la questione dei termini procedurali e il coordinamento con la tutela giurisdizionale

In primo luogo, si pone l'incertezza che deriverà dalla cd efficacia soggettiva variabile del parere. Si tratta, in altri termini, di verificare quali siano le conseguenze del caso in cui una sola parte si sottometta preventivamente all'efficacia vincolante del parere (art. 3, comma 3, Regolamento) e il parere vincolante comprometta, di fatto o di diritto, gli interessi dell'altra parte o di un'altra parte ancora^[13]. In questo caso, le combinazioni possibili sembrano numerose perché il parere potrebbe ledere tanto la parte che non si è pronunciata per la vincolatività del parere ma era direttamente interessata dal provvedimento iniziale, quanto un controinteressato solo coinvolto *a posteriori*. Si consideri, inoltre, le questioni che potrebbero sollevarsi nel caso in cui il privato pretenda di ottenere l'ottemperanza dell'amministrazione al parere dell'Autorità a cui la stazione appaltante non ha acconsentito preventivamente a vincolarsi^[14]. A tal riguardo, ferme restando tutte le conseguenze valutabili in senso sfavorevole alla parte stessa in eventuale futuro processo, si pone l'ulteriore, ma collegato, problema della possibile sopravvenienza della revoca del consenso prestato^[15].

In secondo luogo, sembrano porsi questioni intorno ai termini dell'istituto, dettati in modo particolarmente stringente dal legislatore e, parimenti, ripresi dal Regolamento dell'Anac. Si può astrattamente ritenere che i tempi strettissimi possano, in effetti, comprimere una attenta valutazione delle problematiche da parte dell'Anac, vanificando *ab imo* le aspirazioni del legislatore. Tuttavia, le perplessità maggiori riguardano gli effetti dello spirare di detti termini: si pensi all'inutile decorso del termine di 30 giorni per la pronuncia dell'Autorità e alle conseguenze della decisione tardiva, favorevole a una parte e sfavorevole all'altra^[16]; si pensi, altresì, alla assenza di un termine di decadenza per la notifica dell'istanza, che contiene il rischio di creare uno strumento per aggirare i termini decadenziali dell'impugnazione innanzi al TAR.

Un ulteriore insieme di questioni, di non poco momento, riguarda infine il coordinamento con la tutela giurisdizionale e il regime delle impugnazioni^[17]. A dispetto delle numerose cautele espresse dal Consiglio di Stato, il rischio è quello che il precontenzioso rivesta la funzione di una terza istanza para-giurisdizionale, antecedente alla fase giurisdizionale in senso stretto. L'Anac ha correttamente inserito tra le cause di improcedibilità la semplice "*esistenza di un ricorso giurisdizionale avente contenuto analogo*" (art. 6, comma 1, lett. g, Regolamento). Tuttavia, gli scenari che si aprono e gli interrogativi che rimangono aperti sul punto sono molti: la dottrina più attenta, ad esempio, si è domandata quali siano le conseguenze della mancata ottemperanza al parere; se l'impugnazione della decisione possa attenersi a vizi intrinseci del provvedimento o debba riguardare nuovamente la valutazione del provvedimento impugnato; quale sia il rapporto con il nuovo rito particolare introdotto per la fase di ammissione; se la determinazione negativa, con cui l'Anac esclude la sussistenza i vizi del procedimento di gara possa essere impugnabile e quale sia l'atto corretto da impugnare^[18]. Ma anche come si debba intendere il rapporto e l'apparente sovrapposizione tra il primo e il secondo comma dell'art. 211 del Codice, atteso che nell'articolo rubricato "*Pareri di precontenzioso dell'Anac*" compare un potere di raccomandazione finalizzato all'autotutela per rimuovere gli effetti degli atti illegittimi e assistito da una sanzione amministrativa pecuniaria. Sotto questo punto di vista, non si riesce a comprendere se il parere di precontenzioso sia il presupposto per l'esercizio della raccomandazione oppure se il potere di raccomandazione sia un potere del tutto svincolato e autonomo dall'istituto del precontenzioso.

Il Regolamento dell'Anac non appare, neanche astrattamente, idoneo a sciogliere del tutto tali perplessità. Tuttavia esso - forte di una sperimentazione di un decennio in cui il mercato di riferimento ha dimostrato di apprezzare la specializzazione tecnico giuridica e la terzietà di un soggetto indipendente quale l'odierna Anac - esso si propone, al momento, come ulteriore e definitivo consolidamento di un istituto indubbiamente estraneo alle categorie giuridiche dell'amministrazione di diritto continentale, ma altrettanto indubitabilmente necessario allo snellimento e alla semplificazione del copioso contenzioso che investe e rallenta le procedure di appalti e contratti pubblici in Italia.

^[1] Per una introduzione sulle nuove competenze dell'Anac con particolare riguardo al precontenzioso, cfr. A. Scacchi, Nuove funzioni e poteri dell'Anac, in M. L. Chimenti, Nuovo diritto degli appalti e linee guida A.N.AC., Nel Diritto Editore, 1016, 44. In particolare, sulle nuove vesti del precontenzioso, cfr. G. Veltri, Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche, Relazione al Convegno "Il nuovo codice dei contratti

pubblici”, Aula Magna Spisa, Bologna, 23 maggio 2016.

[2] Dal punto di vista legislativo, l’istituto non ha subito mutamenti diretti, tuttavia non si possono non considerare notevoli effetti indiretti sul precontenzioso di provvedimenti che hanno riguardato in via diretta la giurisdizione “speciale” in materia di appalti pubblici. Si pensi, a tal proposito, al recepimento della Direttiva 2007/66/Ce, cd direttiva ricorsi, recepita con d. lgs 20 marzo 2010 Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 n. 53 oppure alla riforma del processo amministrativo, che ha introdotto il codice del processo amministrativo, Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. Sul punto, cfr. gli spunti di L. Mascali, Brevi note a margine del recepimento della direttiva 2007/66/CE. Il precontenzioso davanti all’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, XXIV, 2010, n. 3, 1015- 1046.

[3] Sul punto, il recente regolamento è Nuovo Regolamento Anac sull’esercizio della funzione di componimento delle controversie del 13 ottobre 2016, pubblicato in *G.U.R.I.*, Serie generale, 19 ottobre 2016, n. 245. Prima dell’attuale, si sono succeduti, nel corso del tempo, i seguenti regolamenti: Regolamento Avcp sul procedimento per la soluzione delle controversie del 10 gennaio 2008; Nuovo Regolamento Avcp sul procedimento per la soluzione delle controversie del 1 marzo 2012; Regolamento Avcp sul procedimento per la soluzione delle controversie del 24 aprile 2013; Nuovo Regolamento Anac sull’esercizio della funzione di componimento delle controversie del 27 maggio 2015.

[4] Consiglio di Stato, sez. IV sentenza 12 settembre 2006, n. 5317.

[5] T.A.R. Bolzano, sent. 27 agosto 2015, n. 270.

[6] Cfr. M. Lipari, La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo Codice dei contratti

pubblici (D.lgs 50/2016), in www.federalismi.it, nota 1. Sottolinea molto meticolosamente l'autore che l'oggetto del D.lgs 50/2016 non è quello di Codice dei contratti pubblici, bensì quello di "Schema di decreto legislativo recante disposizioni per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture". Cfr. M. Lipari,

[7] Consiglio di Stato, Commissione speciale 21 marzo 2016, parere 1 aprile 2016, n. 855.

[8] Consiglio di Stato, Sez. normativa, Parere 14 settembre 2016, n. 1922.

[9] Consiglio di Stato, parere 1 aprile 2016, n. 855, annotazione a margine dell'art. 211 (Pareri di precontenzioso dell'Anac), p. 214.

[10] Consiglio di Stato, Sez. normativa, Parere 14 settembre 2016, n. 1922..

[11] Con penetrante attenzione alla nomenclatura utilizzata nella bozza, il Consiglio di Stato ha indirizzato l'Anac verso la chiarificazione di alcuni di termini e istituti ritenuti eccessivamente processuali nella bozza di Regolamento: in tal senso, è stato proposto di adottare la nozione di "questioni insorte tra le parti" ritenuta più precisa di quella di "controversie" (Regolamento, art. 2, comma 1); ha invitato l'Anac a sopprimere la già prevista sospensione dei "termini feriali" per l'impugnazione; respinge i tentativi dell'Anac di proporre una sorta di selezione discrezionale delle istanze, sulla base del valore della controversia.

[12] M. Lipari, Il pre- contenzioso, Relazione svolta al convegno di studi dell'8 luglio 2016, "Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici", organizzato a Cortina dall'Associazione Veneta degli avvocati amministrativisti, in www.giustizia-amministrativa.it, 28. La qualificazione come ADR ha sempre destato serie perplessità in dottrina e i tentativi di qualificare il precontenzioso come tale sono stati sempre assai timidi: L. Ghezzi, M. Cozzio, La tutela cautelare ante causam nel codice degli appalti pubblici: origini comunitarie alla base di uno strumento ancora poco utilizzato, in *Informator*, Rivista giuridico amministrativa per il Trentino Alto Adige, 2, 2009, 115 ss.

[13] Consiglio di Stato, Sez. normativa, Parere 14 settembre 2016, n. 1922.

[14] G. Veltri, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, Relazione al Convegno "Il nuovo codice dei contratti pubblici", Aula Magna Spisa, Bologna, 23 maggio 2016.

[15] Consiglio di Stato, Sez. normativa, Parere 14 settembre 2016, n. 1922, 21.

[16] M. Lipari, Il pre- contenzioso, Relazione svolta al convegno di studi dell'8 luglio 2016, "Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici", organizzato a Cortina dall'Associazione Veneta degli avvocati amministrativisti, in www.giustizia-amministrativa.it, 28.

[17] M. Lipari, Il pre- contenzioso, Relazione svolta al convegno di studi dell'8 luglio 2016, "Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici", organizzato a Cortina dall'Associazione Veneta degli avvocati amministrativisti, in www.giustizia-amministrativa.it, 22.

[18] M. Lipari, La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs 50/2016), in www.federalismi.it, *passim*.

* Le opinioni sono espresse a titolo personale e non vincolano in nessun modo l'Ente di appartenenza