

Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC

di Fabio Cintioli

Data di pubblicazione: 9-11-2016

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema: una convinzione e una preoccupazione; 2. La distinzione tra linee guida vincolanti e non vincolanti; 3. Il parere del Consiglio di Stato sul codice dei contratti pubblici e i primi dubbi sull'alternativa regolazione-regolamenti per le linee guida vincolanti; 4. Le differenze tra la regolazione delle autorità "di regolazione" e le linee guida di ANAC; 5. Il sindacato del giudice sulle linee guida vincolanti; 6. Le linee guida non vincolanti: direttive e fonti terziarie del diritto amministrativo; 7. Il sindacato sulle linee guida non vincolanti. Il caso dell'atto esecutivo in deroga; 8. Segue. Il caso dell'atto esecutivo in sintonia con le linee guida; 9. Conclusioni.

1. Vorrei partire da due dati di fondo, che esprimono, rispettivamente, una mia convinzione ed una preoccupazione. Mi sembra opportuno anticiparle, perché entrambe saranno alla base delle considerazioni che svolgerò.

Il punto di riferimento è il nuovo scenario della disciplina dei contratti pubblici e soprattutto la novità della *regolazione flessibile*, affidata alle linee guida di ANAC.

La convinzione che pongo a premessa è che questo settore è sempre stato caratterizzato, più di altri, da un ruolo sistematico e di indirizzo occupato dal giudice amministrativo (TAR e Consiglio di Stato).

Il che impone da subito una verifica di come questo dato venga a combinarsi con le nuove competenze di ANAC. C'è da chiedersi infatti se un ruolo così significativo affidato a questa Autorità non debba provocare dei cambiamenti in argomento. Io credo che la risposta debba essere, almeno parzialmente, negativa. E questo, beninteso, senza voler assumere una posizione di critica aprioristica verso le novità; critica che, a tacer d'altro, sarebbe comunque improduttiva e inadatta al ruolo del giurista-interprete, ma anzi auspicando che gli ingranaggi del nuovo modello possano mettersi in opera nel modo più efficiente possibile.

Il punto centrale è che la fitta rete di principi, sottoprincipi e regole che ha guidato le stazioni appaltanti e gli operatori si è sempre formata nel vivo della giurisprudenza e nella temperie del contenzioso. Direi, in sede ormai esclusivamente contenziosa, da quando è venuta meno –

forse in modo troppo repentino – la funzione consultiva del Consiglio di Stato sugli schemi degli appalti pubblici dello Stato. Il caso concreto induce la norma scritta ad adeguarsi al principio ed esprime una linea interpretativa che finisce per guidare l'amministrazione nei casi successivi.

Il g.a. è divenuto il vero *regolatore* di questo settore. Diciamo così per adoperare un'espressione, quella di *regolazione*, che si è affacciata nel nostro dibattito molti decenni dopo che lo stesso g.a. aveva iniziato a svolgere questo compito di orientamento. Va sottolineato che il g.a. è regolatore soprattutto quando opera in sede giurisdizionale – considerato anche che il ricorso straordinario in questa materia è stato messo fuori gioco – per le ragioni già esposte. Solo nel contenzioso il principio, sottoprincipio e/o orientamento interpretativo si riempie di contenuto, se non addirittura nasce *ex novo*, ché la dinamica concreta dal potere svela gli interrogativi, le alternative, la varietà di scelte che l'amministrazione potrebbe, in tesi, effettuare. Questo, va detto da subito, mi induce a ritenere non centrale il pur ragguardevole e prezioso – se non addirittura obbligatorio – ruolo consultivo che il Consiglio di Stato sta svolgendo sulle linee guida di ANAC.

Non è facile pensare ad un modello nel quale si possa impostare e risolvere i problemi del c.d. procedimento ad evidenza pubblica senza questo contributo del g.a.

Questa centralità infatti non è certo capricciosa e non si è affermata per caso. Né tantomeno deriva da una ipotetica preferenza di chi scrive per una visione giudiziale dei rapporti tra amministrazione e cittadino.

In principio, la legislazione nazionale degli anni '20 sulla contabilità di Stato era molto sintetica ed il giudice ha così dovuto contribuire alla formulazione dei principi e delle regole. Poi, soprattutto a causa del dirompente intervento comunitario, le regole scritte sono diventate moltissime, ma nondimeno non sono servite a sostituire questo ruolo del giudice. Anzi, a tratti lo hanno esaltato, perché nella miriade di norme gli operatori hanno dovuto cercare, ancora una volta, il principio: ed è stato il g.a. a fornirlo. Se per un verso condivido che l'alta propensione al contenzioso sia un dato negativo che contrassegna il nostro Paese, per altro verso è inevitabile che le regole scritte, di legge e di regolamento, benché molte ed articolate, non possono mai sostituire quel ruolo che, sino ad oggi, è stato svolto dal g.a..

In primo luogo, questa materia è dominata da e vive di principi generali e sottoprincipi ma soprattutto è caratterizzata dalla continuità, varietà e intrinseca mutabilità dell'azione amministrativa volta alla cura dell'interesse pubblico. Non tragga in inganno la stretta vicinanza di questo campo d'azione al contratto e quindi al diritto privato: proprio quando si tratta di scegliere che tipo di risorse acquisire, che tipo di progetti realizzare ed a quale contraente affidarsi, l'interesse pubblico, inteso in chiave finalistica, emerge in primo piano con tutta la sua ininterrotta mobilità.

Dunque, il g.a., grazie al suo approccio pretorio e creativo, è sia giudice del caso concreto sia regolatore della materia dei contratti pubblici.

Non è, questo, il sintomo di un malessere dell'ordinamento. Né tantomeno un *vulnus* alla

certezza del diritto.

E non si cada soprattutto nell'errore di pensare che questo compito di regolatore del settore sia, in fondo, solo lo specchio dell'ingigantirsi del contenzioso e del pregiudizio che la moltitudine dei processi e le loro inevitabili (ma relative) lungaggini generano per gli interessi della collettività. Le due cose non vanno affatto insieme: un'equilibrata formazione giurisprudenziale di principi, sottoprincipi e regole di comportamento serve a migliorare l'efficienza amministrativa. Le cause del gonfiarsi del contenzioso sono altre: (i) anzitutto una tecnica del legislatore comunitario troppo "generosa" di norme scritte e l'abitudine del legislatore nazionale di sfoderare sempre nuovi interventi, tra il maxiemendamento di un d.l. (magari intitolato alla "semplificazione") ed una legge di stabilità, i quali hanno alterato la coerenza di un testo normativo che già doveva misurarsi col dettaglio e la complessità delle fonti europee; in altre parole, troppe regole e troppo complicate; (ii) poi vi è stata la pressione della crisi sugli operatori; (iii) ancora, un pluralismo istituzionale inefficiente; (iv) se del caso, infine, anche alcune scelte di fondo giurisprudenziali che si sono rivelate, forse, non felici. A quest'ultimo proposito penso al rigore formale troppo frequente, in nome della *par condicio*, nell'interpretazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, che aveva dato vita ad un contenzioso che definirei "assiologicamente svuotato", perché protrattosi privo di valori giuridici sostanziali di riferimento e fin troppo imperniato sulle ragioni formali; questo almeno sino alle correzioni di rotta fatte dal legislatore nel 2014 e dalla stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 30 luglio 2014, n. 16.

Oggi abbiamo la novità delle linee guida e della regolazione flessibile e ci interroghiamo su come i tasselli vadano a posto. Nondimeno, esordisco anticipando che ciò non può significare una sostanziale sostituzione del giudice in questa sua funzione creativa e aggregante al tempo stesso.

La seconda premessa manifesta, come dicevo, una preoccupazione di fondo e, con essa, esprime un'avvertenza.

Il fatto che parte della disciplina della materia passi oggi sotto il nome di linee guida, regolazione flessibile, atti di indirizzo, *soft law*, e simili, non deve indurci a trascurare l'importanza del controllo del giudice. Questa volta non è in gioco solo il suo compito di "regolatore", bensì anche l'effettività della tutela giurisdizionale. Dobbiamo così preoccuparci di evitare possibili sbilanciamenti nella dialettica tra autorità e libertà.

In altre parole, il fatto che questa regolazione sia flessibile e *soft* non ci induca a pensare che essa, come tale, possa scansare il vaglio giurisdizionale o che quest'ultimo debba essere in qualche misura "allentato" rispetto a casi consimili. Non vorrei che accadesse questo: che si lasciasse la c.d. *soft law* sullo sfondo, senza estendervi il sindacato, per poi magari salvare l'atto "attuativo" o "ispirato" alla prima proprio perché, in fondo, è pur sempre ben orientato sempre dalla *soft law*. Non dobbiamo invece perderla di vista, la *soft law*, quale che sia la denominazione che le diamo: linee guida, istruzioni, circolare, regolazione. E il g.a. deve qualificarla puntualmente, con le categorie pertinenti: proprio in tempi difficili come quelli che viviamo, proprio per assicurare maggiore certezza, c'è bisogno che i giuristi si riappropriino in fretta di ciò che gli appartiene. Su questo punto tornerò a proposito della qualificazione delle

linee guida vincolanti.

Comunque, come dicevo, il sindacato deve interessarsi anche alle linee guida come tali. A tacer d'altro, ad esempio, potremmo altrimenti non percepire sfumature e piccole lacune (così importanti nell'indagine sull'eccesso di potere) che possono esser notate solo attraverso l'analisi del procedimento di consultazione seguito da ANAC quando è pervenuta ad emanare quelle determinate linee guida che hanno successivamente ispirato l'amministrazione nelle scelte concrete.

Il Consiglio di Stato, come detto, sta svolgendo la sua funzione consultiva sulle linee guida. Ben venga ovviamente questa funzione, ma non riduca ciò l'importanza del sindacato giurisdizionale che potrà interessare le linee guida stesse. A parte quanto già detto, resta il fatto che si tratta di compiti intrinsecamente diversi. Il contenzioso, infatti, pone problemi di tipo specifico, mostra le pur fisiologiche torsioni dell'interesse pubblico ed è capace di svelare profili di possibile illegittimità e/o esigenze di interpretazione secondo legge che nell'analisi dello schema in sede consultiva ben potrebbero sfuggire.

2. Dobbiamo dunque incentrare l'attenzione sulle linee guida di ANAC e partire dal menzionare il tenore dell'art. 1, comma 1, lettera f) della legge delega n. 11 del 2016, il quale così recita: *“attribuzione all'ANAC di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa”*.

La previsione della legge delega è piuttosto ampia, perché in essa sono compresi interventi di tipo molto diverso tra loro e comunque, lungi dall'attribuire un effetto precettivo pieno a tutti questi strumenti, si dice che solo alcuni avranno efficacia vincolante ed altri no: ... *anche dotati di efficacia vincolante ...*, vi si scrive.

Possiamo così ricordare che sia il parere reso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato sia i primi commenti dottrinali hanno precisato che esistono almeno due categorie principali.

La prima è quella delle linee guida vincolanti, previste da disposizioni del codice che hanno un contenuto specifico. Ad esempio, l'art. 31, comma 5, a proposito del responsabile del procedimento; l'art. 38, comma 6 e ss. a proposito dei sistemi di qualificazione delle imprese; l'art. 78, a proposito dei criteri e requisiti per essere nominati componenti delle commissioni aggiudicatrici.

La seconda è quella delle linee guida che, ancorché obbligatorie, non hanno carattere

vincolante. Le ipotesi probabilmente più importanti sono quelle che hanno come parametro disposizioni del codice di contenuto specifico. Così, ad esempio, possiamo ricordare l'art. 36, comma 7, a proposito del *supporto* da dare alle stazioni appaltanti in merito alla scelta dei contraenti dei contratti sottosoglia; l'art. 71, a proposito dei bandi tipo; l'art. 80, comma 13, a proposito del modo in cui accertare le carenze nell'esecuzione dei precedenti contratti ai fini dell'esclusione dal procedimento, col fine di *garantire omogeneità di prassi*.

Le linee guida non vincolanti e di contenuto generico e non predeterminato nella legge-fonte sono previste dall'art. 213 comma 2, che affida ad ANAC un potere di carattere apparentemente più generale, che è funzionale alla diffusione delle "migliori pratiche". Per la precisione, questa disposizione prevede che *"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"*. Si puntualizza che *"Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa"* e che *"L'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice"*.

E' una fattispecie, quest'ultima, il cui sviluppo andrà valutato sul campo e che, però, secondo i primi commenti dottrinali (Morbidelli) non potrebbe esser costruita secondo la falsariga dei c.d regolamenti per obiettivi e/o indipendenti, sicché in quest'ultimo caso avremmo un livello di efficacia comunque limitato, non potendosi trattare di un vero e proprio potere regolamentare (e vincolante).

Bisogna anche sottolineare che talvolta è difficile distinguere tra l'una e l'altra categoria anche all'interno del medesimo documento, sicché dobbiamo abituarci alla possibilità di un eventuale "spacchettamento" all'interno di un singolo atto, distinguendo tra l'uno e l'altro profilo anche tra un periodo e l'altro.

Per vincolante intendo un atto che abbia un voluto e chiaro effetto precettivo e che quindi, si ponga rispetto alla successiva attività della stazione appaltante in termini di effetto giuridico, appunto, vincolante. Lo schema kelseniano è perciò puntualmente invocabile: se X, allora Y; se non si rispetta quanto riportato nelle linee guida, avremo una (conseguenza "sanzionatoria" e quindi una) violazione delle medesime e, dunque, tendenzialmente una illegittimità per violazione di legge. Salvo evidentemente il problema della qualificazione e, con esso, il tema della possibile disapplicazione su cui diremo tra un attimo.

Le linee guida non vincolanti, invece, potremmo al momento riporle nel magma delle fonti terziarie del diritto amministrativo, accanto alle direttive, alle c.d. norme interne e alle circolari e (almeno ad alcuni) atti amministrativi generali. Senza così rinunciare ad attribuire ad esse una

vera e propria efficacia giuridica. Sul punto, tra i lavori più recenti, vanno menzionate sin da adesso la relazione presentata al recente convegno di Varenna del 2016 da Giuseppe Morbidelli, intitolata *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, proprio sulla natura giuridica delle linee guida ANAC, nonché alla relazione presentata al convegno annuale di AIPDA del 2015 sulla atipicità delle fonti del diritto amministrativo da Marco Mazzamuto e oggi pubblicata su *Diritto amministrativo* 2015, col titolo *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*.

3. Il Consiglio di Stato ha fornito, come di consueto, una prima guida agli operatori, rendendo il parere (n. 855 dell'1 aprile 2016) sullo schema di quel che sarebbe divenuto il d. lgs. n. 50 del 2016.

Tra i moltissimi problemi, affrontati, vi è quello della natura e del regime delle linee guida. Quelle non vincolanti, secondo la Sezione consultiva per gli atti normativi, sono "ordinari atti amministrativi". Quelle vincolanti sono classificate invece come atti di *regolazione* e dunque assimilabili agli atti amministrativi generali e non ai regolamenti. Questo perché ANAC è una Autorità amministrativa indipendente con funzioni anche di regolazione. In altre parole, il Consiglio di Stato ha volto lo sguardo ad un modello ormai rassicurante, perché oggetto per circa un ventennio di una solida elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, in un dibattito che ha dovuto risolvere sia la questione del fondamento costituzionale delle autorità indipendenti di regolazione sia il problema della legittimità del loro potere "regolamentare". Proprio rispetto alla regolazione che opera nei mercati finanziari e del credito, nel mercato delle comunicazioni elettroniche, nel mercato postale, nel mercato dell'energia elettrica e del gas, per fare gli esempi più importanti, si era infatti avvertito un pericoloso allontanamento da quello che è il tradizionale rapporto tra legge e regolamento, a causa dell'ampiezza di siffatto potere di regolazione.

Bisogna dire, per la verità, che questo inquadramento consente al Consiglio di Stato di far luce su molti dubbi e di dare indicazioni importanti, delineando un regime completo. Così, in esso si precisa che tali atti dovranno essere adottati sulla base di un procedimento di consultazione, secondo il congegno del c.d. *notice and comment*, che ci si dovrà dotare per essi di strumenti quali l'analisi di impatto della regolazione (AIR), che si dovranno adottare tecniche di codificazione delle delibere di regolazione tramite la concentrazione in "testi unici integrati" e che dovranno assicurarsi idonee forme di pubblicità, suggerendo anche la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale. Oltre a richiamare la possibilità per ANAC di adire la funzione consultiva del Consiglio di Stato, infine il parere ribadisce che tali linee guida restano sottoposte al vaglio giurisdizionale del g.a.

La classificazione delle linee guida come atti di regolazione (di autorità indipendente) ha incontrato però alcune immediate obiezioni in dottrina (Morbidelli). Essa, si è detto, non ha un significato autosufficiente sul piano della qualificazione giuridica. Prova ne sia che essa è sì servita a fini descrittivi per dare un *nomen juris* alla vasta serie di atti posti in essere dalle autorità indipendenti di regolazione, ma non riesce, da sola, a sciogliere il nodo del se un certo atto sia un regolamento o un atto amministrativo generale. L'esigenza di distinguere è però irrinunciabile, perché il regime del primo è diverso da quello del secondo. In particolare solo

per i regolamenti valgono le seguenti (ben note) regole: la ricorribilità per Cassazione per violazione di legge; l'applicazione del principio *jura novit curia ed ignorantia legis non excusat*; la pubblicazione e l'entrata in vigore dopo il periodo di *vacatio legis*; la disapplicazione in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, secondo il criterio gerarchico per la risoluzione delle antinomie tra le fonti e in sintonia con una giurisprudenza ormai piuttosto consolidata; il principio di inderogabilità del regolamento. Inoltre, solo gli atti amministrativi generali, e non i regolamenti, hanno la caratteristica di poter incidere in modo da "chiudere" la fattispecie, producendo effetti nei confronti di destinatari che, ha spiegato lo stesso Consiglio di Stato in Adunanza plenaria 9 maggio 2012, n. 9, sono indeterminati *ex ante* ma determinabili *a posteriori*.

Per queste ragioni affiora la tesi che, viceversa, le linee guida ANAC siano dei veri e propri regolamenti, anche perché di essi hanno (e devono) avere le caratteristiche proprie: generalità, astrattezza, idoneità ad innovare nell'ordinamento.

D'altra parte, se vi fossero delle preoccupazioni sulla legittimità costituzionale di una legge ordinaria che conferisce un simile potere regolamentare ad ANAC, in quanto ente estraneo al circuito della legittimazione democratico-rappresentativa, e se per questo si ritenesse preferibile una qualificazione alternativa al vero e proprio potere regolamentare, tali preoccupazioni sarebbero comunque infondate.

La disponibilità del potere regolamentare è nelle mani del legislatore ordinario e la serie dei tipi regolamentari non è chiusa a livello costituzionale. Al di sotto del livello legislativo il sistema è aperto e può includere una vasta produzione di norme secondarie (Crisafulli). Il potere regolamentare è affidato con legge e tra i destinatari possono ben esservi enti diversi dall'amministrazione governativa. Il principio di legalità postula la legge e in questo modo non rende sufficiente il più blando ancoraggio del potere regolamentare alla potestà discrezionale della singola amministrazione – che pure nella concezione di Cammeo aveva una potente funzione garantista di autovincolo – ma non va oltre e non trova un ostacolo ulteriore a livello costituzionale. Dunque, non vi sono impedimenti a che la legge ordinaria dia all'ANAC un vero e proprio potere regolamentare.

Né un limite può derivare dall'art. 117, comma 6, Cost., che confina il potere regolamentare statale solo entro le materie di legislazione statale esclusiva *ex art. 117, comma 2, Cost.*

Infatti, stando alla giurisprudenza della Corte, potrebbero esser richiamate le materie della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile *ex art. 117, comma 2*, al fine di radicare una competenza statale. Inoltre, affidando un potere regolamentare ad un'Autorità comunque estranea al circuito della rappresentanza democratica ci si pone al di là, probabilmente, degli stretti limiti previsti nel predetto comma 6. Ferme le diversità tra ANAC e le altre autorità indipendenti, di cui si dirà tra breve, non sembra che la posizione di questa Istituzione possa risolversi in una assimilazione ad una Agenzia statale, il che farebbe invece tornare il problema dei limiti costituzionali al potere regolamentare statale a beneficio delle Regioni.

4. Vi è una mia ulteriore perplessità, a proposito dell'assimilazione dei poteri di ANAC a quelli di regolazione delle autorità amministrative indipendenti, intendendo per tali, ad esempio, quelli della CONSOB, di AGCOM, dell'AEEGSI, dell'ART.

Tale assimilazione, come si è visto, nel parere del Consiglio di Stato sottrae le linee guida vincolanti alla loro classificazione come altrettanti regolamenti, fonti secondarie del diritto.

Mi sembra importante esporre questa perplessità, perché da essa discendono conseguenze importanti pure sul fronte del sindacato del giudice.

Accostare il potere normativo – o para-normativo, se si preferisce – di ANAC alla regolazione dei mercati del credito e finanziari, dell'energia, delle comunicazioni, etc. implica, in verità, anche assumere un modello che ha una sua connotazione giuridica ben precisa. Abbiamo già ricordato che il dibattito è servito a superare e risolvere alcuni dubbi circa la legittimazione del potere di regolazione delle autorità indipendenti e circa il suo rapporto con la legge, oltre che per delineare il tipo di controllo che il g.a. esercita in materia.

Ebbene, anche se aprire una parentesi più ampia sarebbe fors'anche più utile, mi sembra di poter affermare che l'ANAC è una figura molto distante da queste autorità indipendenti di regolazione e che le linee guida vincolanti sono anch'esse lontanissime da quel tipo di produzione normativa.

Potremo usare l'espressione *regolazione* anche per i poteri di ANAC, se si vuole. E del resto, già prima del 2014, quando l'istituzione portava il nome di Autorità di vigilanza dei contratti pubblici, il suo organigramma prevedeva già l'esistenza di un apposito ufficio intitolato proprio alla regolazione. Ma la questione non è nominalistica, evidentemente, ma di regime giuridico applicabile, dato che alla regolazione delle autorità indipendenti (*recte*: di quelle autorità indipendenti che si sono citate) corrisponde ormai un regime giuridico sì complesso e multiforme, ma ormai anche piuttosto stabile, formatosi con l'intervento di fonti comunitarie, contributi della giurisprudenza europea e nazionale e con l'analisi di una dottrina particolarmente vivace proprio nel nostro Paese. Per questo, mi sembra importante sgombrare il campo da possibili equivoci definitivi.

Il contrassegno, e la stessa ragion d'essere, delle autorità di regolazione, pur se definite al loro nascere da Giuliano Amato "semi-indipendenti" per distinguerle dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, è dato anzitutto dalla neutralità e dalla tecnica. Vi è convergenza della dottrina su questo ed è su queste basi si sono risolti gran parte dei problemi di classificazione di questi enti e si è ad essi conferita una legittimazione stabile, anche di rango costituzionale.

Tuttavia, partendo da ciò, dovremo constatare che l'ANAC non è affatto un'amministrazione neutrale.

Ancor prima della riforma del 2014, che ha mutato il nome dell'Istituzione, si dubitava da più parti che l'AVCP fosse equiparabile su questo piano alle altre autorità indipendenti, dato che la sua azione di vigilanza non poteva dirsi caratterizzata dalla assoluta neutralità della sua

posizione rispetto agli interessi in gioco. Ricordiamo infatti che la neutralità implica che l'ente non abbia un proprio interesse pubblico da perseguire e che debba limitarsi ad una sorta di ruolo arbitrale. Un'amministrazione neutrale, si diceva, non opera secondo il canone dell'imparzialità ex art. 97 Cost., perché si pone del tutto al di fuori degli interessi in conflitto, in modo aprioristico, valutando in chiave di terzietà il modo per la loro corretta composizione (Caianiello).

La vigilanza sulle stazioni appaltanti e sulle SOA non sembra ripetere un simile schema.

Una volta che, poi, la nostra Autorità ha assunto il, pur relevantissimo, compito di prevenire e contrastare la "corruzione", la distanza dall'amministrazione neutrale si è fatta ancor più netta. L'interesse pubblico in questione, lungi dal presupporre un approccio neutrale e indifferente rispetto agli interessi in gioco, esprime una evidente e potente carica finalistica. E' un interesse la cui *suitas* è fuori discussione, essendo addirittura impersonato nel *nomen* dell'Autorità prima ancora che nella sua azione. Anzi, è trasparente (e non potrebbe essere che così) la condivisione di un tale interesse tra l'ANAC e l'Esecutivo. Non si dimentichi poi che la scelta del legislatore sembra quella di collocare la finalità anti-corruzione non soltanto nell'ambito delle attività che si riferiscono più strettamente ai c.d. piani anticorruzione e per la trasparenza, e quindi entro le maglie della l. n. 190 del 2012, bensì direttamente all'interno della disciplina dei contratti pubblici.

In secondo luogo, non è certo la tecnica la matrice della legittimazione e dei poteri di ANAC nel senso che ha riguardato e che tuttora contrassegna, ad esempio, l'attività di CONSOB, AEEGSI, AGCOM, ART. Non abbiamo qui un mercato complesso, dominato da regole extragiuridiche, che sia stato interessato da un processo parallelo di liberalizzazione e di delegificazione, tale da affidarsi solo alla regolazione (neutrale appunto) di un'Autorità fortemente munita di competenze non soltanto strettamente giuridiche. Anziché delegificazione, continuiamo ad avere per i contratti pubblici una serie di regole, sia di derivazione europea sia nazionali, molto corposa. Non vi è poi una presenza così forte delle discipline economiche come la si registra negli altri casi ricordati. Gli stessi esponenti di ANAC hanno dichiarato alla stampa periodica che le linee guida non avrebbero più utilizzato un linguaggio strettamente *tecnico*, bensì un linguaggio di maggiore semplicità. Per comprendere le regole del settore e per leggere le stesse linee guida non avremo bisogno di quelle speciali cognizioni extragiuridiche che sono indispensabili, ad esempio, per addentrarsi nella regolazione dei mercati energetici e comprendere il concetto di efficienza energetica e di *addizionalità economico-energetica* o nella disciplina della fornitura dei servizi di accesso *bitstream* o ULL a proposito delle comunicazioni elettroniche. Non che sia di poco conto, ad esempio, il compito di ANAC quanto alla stesura dei bandi-tipo o nel prescrivere i requisiti che devono avere le SOA o i componenti delle commissioni aggiudicatrici; ma esso è molto diverso dalla regolazione indipendente di quei mercati che prevedono la presenza di un regolatore neutrale e tecnico. Voglio prevenire anche la troppo scontata eccezione che anche nel campo dei contratti pubblici compare una regolazione tecnica ed extragiuridica, e segnatamente quella componente di tipo ingegneristico-architettonico. Questo è certamente vero, ma a parte che rimane sullo sfondo rispetto alla questione giuridica che comunque l'assorbe, non si tratta di quella tecnica, imperniata sui concetti giuridici indeterminati, che connota l'inevitabile opinabilità e la c.d. discrezionalità tecnica delle autorità di regolazione.

L'altra fondamentale matrice delle autorità di regolazione e, nel contempo, la fonte di legittimazione che ha finito per risolvere il problema della mancata loro previsione nella Costituzione, è il diritto europeo. Ebbene, anche qui la distanza tra i due modelli è molto evidente.

Le autorità di regolazione sono direttamente destinatarie delle regole europee. Proprio la tematica dei c.d. poteri impliciti, che tanto da fare ha dato a dottrina e giurisprudenza in questi due decenni, discende dalle norme comunitarie, le quali hanno conferito alle autorità indipendenti degli Stati membri quei poteri di regolazione che sono serviti ad orientare un mercato sì aperto alle liberalizzazioni, ma ancora bisognoso di una guida, vuoi per limare i poteri dell'*incumbent* (dietro cui si celava di solito l'ex monopolista pubblico) vuoi per assestare i paletti di una concorrenza ordinata e "possibile".

Inoltre, le autorità dello Stato membro sono state coinvolte nei *network* comunitari che, direttamente guidati dalla Commissione, sono stati chiamati a raggiungere l'ulteriore principale obiettivo di un'armonica ed omogenea applicazione delle (comuni) regole europee. Questo ha delineato un modello organizzativo di amministrazione quasi alternativo a quello tradizionale imperniato sull'azione degli esecutivi, contribuendo ad accendere il dibattito tra coloro i quali preferiscono una Europa intergovernativa e coloro i quali invece prediligono una Europa comunitaria.

Ebbene, per l'ANAC non riscontriamo né il primo né il secondo carattere.

La disciplina europea sui contratti pubblici non manca di certo. Tuttavia essa non ha come destinataria l'autorità indipendente dello Stato membro, bensì le stazioni appaltanti e, stando all'espressione utilizzata nelle direttive (specie quelle sulla tutela giurisdizionale, da ultimo la n. 66 del 2007), l'*organo di ricorso*, che in Italia è da identificarsi col g.a. I poteri di ANAC non si trovano nelle fonti comunitarie, né in queste ultime si fa menzione del fine anticorruzione, che ha un rilievo nazionale da questo punto di vista. Di conseguenza, non abbiamo il *network* comunitario che agisce sotto il coordinamento della Commissione, mentre abbiamo una giurisprudenza comunitaria, adita proprio dal giudice dello Stato membro e frequentemente proprio dai nostri TAR e dal Consiglio di Stato, che ha fornito molte risposte e fissato molti principi.

Anche se volgiamo lo sguardo alla direzione che più recentemente sembra prendere l'attività delle autorità indipendenti di regolazione, negli anni della crisi economico-finanziaria, e che pare recuperarne, sotto nuovo profilo, la legittimazione, non senza il diretto contributo del legislatore europeo, non troviamo elementi di comunanza con ANAC. Mi riferisco al tema della tutela del consumatore, che oltretutto tanta commistione genera oggi con l'attività di repressione delle pratiche commerciali scorrette affidata ad AGCM (v. l'art. 27, comma 1 *bis*, del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. codice del consumo). La tutela del consumatore è infatti finalità sostanzialmente estranea alla "regolazione" in materia di appalti pubblici e concessioni.

Non sembra, infine, che le linee guida vincolanti abbiano caratteristiche assimilabili ai poteri delle autorità di regolazione quanto al rapporto (difficile) con la fonte primaria; mi riferisco alla

circostanza che questi ultimi spesso sono apparsi in possibile frizione col principio di legalità (nonché con quello della riserva di legge e con quello di preferenza per la legge) a causa della loro configurazione di regolamenti emanati per il conseguimento di “meri obiettivi” fissati nelle norme comunitarie e nella legge nazionale. Nei mercati regolati i regolamenti per obiettivi erano una necessità derivante sia dalla tendenza alla “delegificazione” del settore sia dalla presenza di norme (sovente comunitarie) che, di conseguenza, hanno affidato al Regolatore tecnico e neutrale dello Stato membro il compito di disciplinare il settore.

Nel caso delle linee guida il rapporto con la fonte primaria è meglio definito e non si avverte questa difficoltà di sintonia col principio di legalità. Sicché la dottrina ha visto in essi dei (normali) regolamenti esecutivi o di attuazione (Morbidelli).

Infine, assistiamo tutti ad una tensione che, dal livello politico-istituzionale, scende sino alla stampa non specializzata e che sottolinea l'importanza dell'azione di prevenzione della corruzione. Senza scendere sull'ulteriore questione se una tale (ovviamente giusta) finalità debba essere preferibilmente realizzata con l'azione di polizia giudiziaria e col processo penale o se debba (e quanto) anche esser perseguita con un'azione di tipo amministrativo specifica dei contratti pubblici, questo fine indubbiamente nobilita l'Istituzione e le conferisce un notevole risalto e credito verso le Stazioni appaltanti e le amministrazioni del Paese. Tuttavia, non potremmo evidentemente da qui trarre le premesse per costruire una legittimazione di tipo politico-mediatico diffuso, che giustificasse una sua assimilazione alla peculiare legittimazione europea-tecnica propria delle autorità indipendenti di regolazione. Rischieremmo di forzare le maglie del sistema e di alterare la dialettica autorità-libertà.

Non si tratta neppure, vale la pena di precisarlo, di stilare classifiche di importanza tra le autorità, ma solo di verificarne le diversità, per accostarle al regime giuridico più appropriato.

Ancora una volta, insomma, è bene separare il piano nominalistico da quello giuridico. Per il giurista i nomi hanno un valore perché al nome si accompagna un certo regime e una certa disciplina.

Pertanto, diremo che ANAC è un ente pubblico indipendente, di certo non meno “importante”, ma differente dalle autorità indipendenti di regolazione e che le linee guida vincolanti sono dei regolamenti. Questa affermazione, come vedremo, tornerà utile anche tra breve, quando tratterò dei contenuti del sindacato giurisdizionale.

5. Dal momento che le linee guida sono altrettanti regolamenti, il giudizio amministrativo su di esse dovrà svolgersi secondo le forme tipiche del sindacato su questi speciali atti amministrativi.

Nei soli casi eccezionali in cui il regolamento fosse da considerarsi una *volizione-azione*, in quanto in grado di produrre un'efficacia immediatamente lesiva verso il privato, quest'ultimo sarà tenuto a impugnarlo entro il termine di decadenza. In tutti gli altri e più frequenti casi in cui il regolamento è una *volizione-preliminare* l'impugnazione andrà rivolta contro l'atto esecutivo

del regolamento, entro il termine di decadenza che decorre dalla conoscenza di quest'ultimo, nonché contro la norma regolamentare. In caso di illegittimità del regolamento, il g.a. dovrà annullarne con effetti *erga omnes* la relativa disposizione. Sarà anche possibile, in tal caso, invocare l'applicazione analogica della norma che, a proposito del ricorso straordinario, prevede la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della decisione di annullamento. Parimenti, troverà spazio quella disapplicazione dei regolamenti che il g.a., in una serie di precedenti piuttosto stabili, ormai ammette; finanche nella giurisdizione di legittimità, allorché il ricorrente assuma la legittimità di un regolamento, non impugnato in via incidentale, che a sua volta si ponesse in contrasto con la legge; e questo per l'applicazione del principio di gerarchia delle fonti.

Mi sembra molto importante, poi, riflettere sul contenuto del sindacato.

E' a questo proposito che tornano utili le argomentazioni svolte a proposito della diversità tra il modello delle linee guida ANAC e quello della regolazione delle autorità indipendenti.

La neutralità e soprattutto la tecnica hanno alimentato un dibattito, a tutt'oggi in corso, su come debba articolarsi il sindacato del g.a. sugli atti di regolazione adottati dalle autorità indipendenti. Il dubbio interpretativo è nato, com'è ben noto, perché le norme che conferiscono i poteri regolatori, anzitutto quelle comunitarie, dovendo esprimere una regola valida per ordinamenti molto diversi e trattando questioni alquanto sofisticate, utilizzano concetti giuridici indeterminati sovente collegati ad analisi tecnico-economiche di carattere non giuridico. Sicché gli atti delle autorità indipendenti sono il frutto di valutazioni tecniche e opinabili che molto spesso sono state assimilate ai casi di discrezionalità tecnica ed a vario titolo accostate al merito amministrativo insindacabile.

Non si può qui entrare in profondità in un discorso così vasto e complesso. Potremo dire che, alla fin fine, l'equazione tra merito e discrezionalità tecnica delle autorità indipendenti non è stata condivisa dalla giurisprudenza in modo assoluto e che è prevalsa l'idea che debba essere comunque esercitato un adeguato controllo di proporzionalità e ragionevolezza, anche alla luce delle norme tecniche, su tali valutazioni. Tuttavia, è innegabile che uno spazio entro cui queste valutazioni opinabili restano non sindacabili dal giudice è rimasto e questo sia nelle sentenze del g.a. sia in quelle delle Sezioni unite della Cassazione, la quale addirittura ha ritenuto un proprio ambito di controllo sull'eccesso di potere giurisdizionale commesso dal g.a. che avesse sconfinato oltre i confini del sindacato. Potremmo allora concludere dicendo che questo tipo di sindacato sui concetti opinabili, alla resa dei conti, non è interamente sostitutivo.

Questo approccio metodologico non può valere per le linee guida di ANAC.

Per esse non si può riproporre l'accostamento alla discrezionalità tecnica. Basterà leggere le prime linee guida per convenire che esse trattano essenzialmente di questioni di diritto e senza filtrare valutazioni opinabili non giuridiche. Per non dire che le questioni che riguardano i contratti pubblici sono pressoché tutte la risultante di un sedimentato dibattito tutto proprio dei giuristi. Il controllo, allora, sarà interamente sostitutivo e non diverso da quel che accade per i regolamenti governativi e tutti gli altri atti di normazione secondaria. Si tratterà di vagliarne *tout court* la legittimità. Una sorte che, in fondo, non è risparmiata neppure alla legge ordinaria

rimessa al vaglio della Corte costituzionale.

Piuttosto, a quest'ultimo proposito è importante che il g.a., resistendo ad una tentazione che appartiene inevitabilmente alla sua tradizione culturale e al suo compito primario (che è quello di sindacare provvedimenti e non norme), si faccia comunque "attrarre" dal controllo sulla legittimità del regolamento. Mi era parso, in un recente passato, di cogliere una preferenza del g.a. verso un sindacato orientato a vagliare soprattutto il fondamento del potere regolamentare, indagando sul rapporto con la legge. Minore invece la propensione a verificare i limiti a tale potere nonché ad effettuare un sindacato intrinseco di ragionevolezza, anche secondo modelli analoghi a quelli utilizzati dalla Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi. Parimenti, avevo rilevato una certa difficoltà nell'estrapolare dal testo la *norma* intesa come realtà giuridica diversa dal testo normativo, esercizio nel quale viceversa la giurisprudenza della Corte costituzionale si è cimentata con successo fin dalla sua istituzione. Alla fin fine, pur concedendo i risultati conseguiti dal g.a. sul terreno della disapplicazione dei regolamenti (avendo superato l'assioma per cui il g.a. *annulla e non disapplica*), è abbastanza evidente che mentre nella giurisdizione sul provvedimento il sindacato ha mutato pelle, evolvendosi nelle forme del c.d. giudizio sul rapporto e/o sulla pretesa sostanziale, nel caso della giurisdizione sui regolamenti è rimasta piuttosto forte l'impronta tradizionale del giudizio (pur irrinunciabile) demolitorio di annullamento.

Questa tendenza sembra essersi ridotta in epoca recente, come ad esempio dimostrato dall'esplicita ricerca di un modello diverso e più completo di controllo delle norme secondarie quale emerge ad esempio dal ben noto parere reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, 26 giugno 2013, n. 3014.

Tuttavia, essa non è del tutto scomparsa, come può esser confermato da una semplice ricerca giurisprudenziale, la quale dimostrerà l'assoluta rarità dei casi di annullamento di regolamenti secondo una logica di intenso controllo intrinseco della scelta normativa. Essa, oltretutto, a mio parere è anche dovuta alla consuetudine, propria della funzione consultiva sugli atti normativi espletata dal Consiglio di Stato, di vigilare anzitutto sul fondamento del potere regolamentare e proprio sul raccordo con la fonte legislativa; questo dato non può non influenzare anche l'approccio giurisdizionale. La circostanza che sulle linee guida si vada oggi esercitando proprio la funzione consultiva del Consiglio di Stato mi induce perciò a sottolineare che il sindacato giurisdizionale non dovrà fermarsi al dato del fondamento – oltretutto, qui, a mio parere privo di particolari criticità – per espandersi al serrato controllo dei limiti posti al potere regolamentare dall'insieme delle norme e dei principi sparsi nell'ordinamento, nonché al vaglio di ragionevolezza.

Il sindacato dovrà infine vigilare sull'istruttoria procedimentale e sulle relative garanzie. Il procedimento di consultazione è obbligatorio anche perché previsto espressamente dall'art. 213 del d. lgs. n. 50 del 2016. Di fronte ad una simile previsione sembra che non possa nemmeno opporsi l'eccezione eventuale derivante dall'art. 21 *octies*, comma 2, della l. n. 241 del 1990.

6. Dobbiamo adesso occuparci delle linee guida non vincolanti. Su di esse il menzionato parere n. 855 del 2016 del Consiglio di Stato non si sofferma in maniera particolare e, però, sintomaticamente, le considera come altrettanti atti amministrativi.

La domanda principale che ci si deve porre è che cosa resti al fuori della non vincolatività.

Che non vincolante non significhi irrilevante è anzitutto dimostrato da alcuni indici riferibili proprio alla nuova disciplina, desunta e dal codice dei contratti pubblici del 2016 e dalle prime bozze di linee guida.

L'art. 71 del codice, a proposito dei bandi-tipo, stabilisce che le stazioni appaltanti devono motivare *espressamente* le loro deroghe ai bandi tipo. Se si deve curare una motivazione espressa, verosimilmente si intende con questo anche esigere una motivazione congruente, il che dimostra che tali linee guida non saranno di certo irrilevanti sul piano giuridico. Poi, l'art. 213 in relazione alle linee guida non vincolanti ivi indicate stabilisce che *resta ferma l'impugnabilità ... innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa*, così implicitamente assumendo la possibilità di una loro efficacia lesiva.

Inoltre, le linee guida nelle loro prime apparizioni utilizzano sovente espressioni che non nascondono una certa necessaria conseguenza circa il contegno delle stazioni appaltanti: ad esempio, pur dopo una premessa con la quale si sottolinea che sarà la stazione appaltante a dover prendere una decisione finale, si utilizzano espressioni comunque piuttosto stringenti che, prima ancora sul piano del buon senso che su quello dell'analisi giuridica, lasciano intendere che un qualche effetto quelle linee guida lo debbano di certo produrre. Come potrebbero altrimenti *promuovere l'efficienza e la qualità dell'attività delle stazioni appaltanti*, nonché favorire *l'omogeneità dei procedimenti amministrativi e lo sviluppo delle migliori pratiche?*

Già sulla base di questo dato siamo indotti a dire che le linee guida non vincolanti sono nondimeno atti amministrativi efficaci.

Posso perciò ricongiungermi a quanto dicevo prima circa la loro opportuna collocazione nell'ambito delle fonti terziarie del diritto amministrativo.

In dottrina, alcuni (Morbidei) hanno già accostato queste linee guida alla figura della direttiva, la cui efficacia è variabile in funzione della singola concreta vicenda. Si è così detto che in alcuni casi le direttive potrebbero limitarsi a meri suggerimenti o inviti, sicché potrebbero anche non essere osservate purché sulla base di adeguate motivazioni. In altri casi, viceversa, le direttive potrebbero consistere in esplicitazioni interpretative della legge (o anche di linee guida vincolanti) ed avere così un effetto che ripete la sua concreta "forza" dalla fonte primaria ovvero avere l'efficacia propria delle circolari interpretative. Si sono richiamate a questo riguardo le circolari del CSM, le quali in certe ipotesi sono state considerate come mere circolari interpretative ed in altre come atti dotati di un'efficacia precettiva tale da richiedere la loro piena osservanza. Si è osservato che le linee guida non vincolanti potrebbero anche produrre un effetto "esistenziale", che cioè si lega alla loro stessa esistenza nell'ordinamento: in una materia caratterizzata da un contenzioso così vasto e da continui dubbi interpretativi

non scissi dal rischio di errori e responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici, l'autorità delle linee guida potrebbe dare una "protezione" rispetto alle singole scelte e produrre anche maggiori certezze. Insomma, una funzione indubbiamente utile, dato che le difficoltà del decidere e il *metus* rispetto alle varie forme di responsabilità sembrano essere ormai diventate la vera cifra dei problemi dell'amministrazione italiana.

Ci avviciniamo sempre più così agli insegnamenti tradizionali a proposito del modo con cui si devono sindacare in giudizio le circolari. Quando la circolare cela nelle sue indicazioni una vera e propria volontà regolamentare e, se del caso, proietta anche verso l'esterno i suoi effetti, allora qualificheremo l'atto come un regolamento e tale lo tratterà il g.a. in sede di controllo di legittimità. Quando invece la circolare non è un regolamento, ché non ha effetto *vincolante* (giustappunto) e non presenta i requisiti propri delle fonti secondarie, nondimeno negheremo che essa sia, per questo, irrilevante. Infatti, qualora l'amministrazione intenda discostarsene nell'adottare il suo atto amministrativo concreto, dovrà motivare in maniera adeguata, essendo altrimenti il contrasto con la circolare rilevante come sintomo dell'eccesso di potere. E' così che la circolare, quand'anche mera norma interna all'apparato organizzativo della p.a., assume un rilievo esterno. Abbiamo appena ricordato, del resto, che proprio in questi termini si esprime l'art. 71 del codice del 2016.

La dottrina ha fatto dei passi avanti significativi sul tema delle circolari e delle norme interne.

Si è intravisto recentemente nella complessità e appassionante varietà del diritto amministrativo – e proprio in quella dialettica tra autorità e libertà riassunta nei precedenti della giurisprudenza – un campo fertile per una serie di atti che, pur non essendo classificabili come regolamenti, nondimeno sono delle fonti del diritto di questo settore, in quanto si presentano come atti "più o meno generali e astratti" (Mazzamuto, che cita in proposito Santi Romano). Chi può negare del resto che l'indefinita categoria degli atti amministrativi generali (e l'insieme di bandi, piani, programmi, direttive) è percepita come parametro da tenere in conto per svolgere l'attività amministrativa, sì che contrastandole si va incontro ad una illegittimità giurisdizionale e che, come si è appena ricordato, persino le mere circolari interpretative possono imporsi sull'atto esecutivo, provocandone l'annullamento per eccesso di potere?

L'inclusione di questi atti nel sistema delle fonti e l'accostamento della magmatica realtà delle fonti terziarie alla funzione delle fonti secondarie è un risultato di indubbia utilità. In primo luogo, le sottrae al rischio della indefinizione giuridica ed aiuta a conferire loro un'efficacia che non sfugge più agli occhi dell'interprete e di chi il diritto deve applicarlo. Da un lato, oltretutto, nobilita lo scopo di questi atti – e non va dimenticato che proprio le linee guida di ANAC devono servire a *supportare* l'amministrazione, a favorire comportamenti *omogenei*, ad incrementare la certezza del diritto, a migliorare l'*efficienza* dei procedimenti – e dall'altro esclude che esse siano estranee al vaglio della tutela giurisdizionale, ché se efficaci ben possono essere lesive e, come tali, devono esser valutabili in punto di legittimità. In altre parole, si contribuisce all'equilibrio tra autorità e libertà, tra potere e garanzie. Infine, questa collocazione delle fonti terziarie – e, tra esse, delle linee guida di ANAC – esalta la funzione di garanzia che per antica tradizione il diritto amministrativo assegna agli atti di portata generale (inclusi i regolamenti) con i quali l'amministrazione si autovincola rispetto all'attività futura al rispetto di certi predeterminati parametri, generando così, nel contempo, maggiore certezza tra

i consociati e maggiori garanzie per costoro da far valere sia nel procedimento sia, ove necessario, nel processo.

Questo discorso contribuisce a spiegare un dato che lo stesso parere del Consiglio di Stato ha lucidamente colto: l'ordinamento non ha bisogno della categoria, di stampo internazionalistico, della *soft law*. A parte una certa (e inevitabile) influenza delle mode anche nella cultura giuridica, la ricchezza della nostra tradizione e dell'elaborazione giuridica ha già tutti gli strumenti che servono a produrre gli effetti positivi che dall'asserita introduzione della *soft law* dovrebbero discendere.

7. Dunque le linee guida non vincolanti sono efficaci e sono, a mio parere, fonti terziarie del diritto.

Tuttavia, è possibile ed anzi doveroso spingerci oltre nell'analisi e cercare di "misurare" siffatta efficacia, anche in relazione al tipo di sindacato che potrà esser fatto dal g.a.

A questo fine distinguiamo tra due ipotesi: quella in cui l'amministrazione intenda discostarsi dalle linee guida e quella in cui invece intenda conformarsi ad esse.

Partiamo dalla prima.

Rileviamo che la tradizione ed i precedenti della giurisprudenza, nonché lo stesso codice del 2016 pongono una regola di fondo secondo la quale l'amministrazione potrà seguire una strada diversa da quella indicata nelle linee guida solo mediante una congrua motivazione. Diversamente, il contrasto dovrebbe provocare l'illegittimità dell'atto esecutivo, illegittimità che, stando alle origini del discorso, avrebbe i contorni dell'eccesso di potere e, tenendo invece conto del disposto sia dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990 sia delle eventuali e puntuali norme di settore (ad es. il già citato art. 71 del codice), avrebbe il carattere della violazione di legge; il risultato ovviamente non cambia.

L'interrogativo ulteriore è sui confini entro i quali la motivazione può spingersi al fine di derogare le linee guida e su come il giudice debba regolarsi nel suo sindacato.

Potremmo avere infatti almeno due modelli da prendere in considerazione. Il primo è quello che ammette che la stazione appaltante possa derogare soltanto sulla base di elementi di fatto che denotano una specialità della fattispecie, senza porre in discussione l'intrinseca esattezza delle linee guida. In altre parole, ammetteremmo unicamente una deroga motivata in fatto, senza mettere in discussione la fondatezza giuridica delle indicazioni poste nelle linee guida. Così facendo, evidentemente, rafforziamo l'efficacia delle linee guida.

Il secondo modello è invece quello che consente all'amministrazione aggiudicatrice di derogare legittimamente le linee guida anche con una motivazione che ponga in dubbio – o esplicitamente contesti – la fondatezza e l'intrinseca esattezza delle linee guida. Questa seconda strada accetta che l'amministrazione possa fare non soltanto una valutazione di

conformità delle linee guida alla fonte primaria, ma anche una considerazione della sua legittimità, il che porrebbe in campo anche un possibile vizio di eccesso di potere oltre alla violazione di legge. La motivazione avrebbe in questi termini una più accentuata funzione integrativa delle linee guida e l'efficacia di queste ultime ne risulterebbe quindi indebolita.

V'è da dire che tra i due modelli si pone un campo intermedio nel quale è prevedibile la comunicazione reciproca di elementi del primo e del secondo; sicché non sempre potrà separarsi in modo così netto una deroga motivata in punto di fatto ed una motivata in punto di diritto. E già quando parliamo di una valutazione di legittimità delle linee guida un conto è approdare, come sottolineato, alla sponda estrema dell'eccesso di potere ovvero accettare l'idea di una deroga a linee guida che vengano ad incorporare una scelta già esplicita nella fonte primaria (ciò che evidentemente andrebbe escluso), altro conto è mettere in forse la correttezza di una certa interpretazione della fonte primaria che le linee guida abbiano fatto.

Comunque non dobbiamo stupirci che si debba prospettare anche il caso di una motivazione che smentisca l'intrinseca esattezza delle linee guida, né possiamo guardare con diffidenza a questo modello per timore di depotenziarne la funzione di incentivo alla certezza ed omogeneità della prassi. In fondo, è proprio la *flessibilità* di questa regolazione e il consapevole suo carattere non vincolante che chiama le stazioni appaltanti all'assunzione delle proprie responsabilità.

Inoltre, questa materia è pervasa da norme e principi di diritto europeo, come ben sappiamo. Questo renderà particolarmente frequente quell'esercizio che consiste nella verifica della compatibilità delle linee guida con la disciplina comunitaria. Ma questo ci ricorda anche che l'amministrazione dello Stato membro ha il potere-dovere di disapplicare le norme interne che fossero in contrasto col diritto comunitario (Corte di giustizia, 1989, *F.Ili Costanzo*). Pertanto, il secondo modello testé descritto, perlomeno in questo campo, è addirittura obbligato e la stazione appaltante dovrà disattendere le linee guida che si ponessero in frizione con norme o principi di diritto europeo.

Potremmo esercitarci in un caso concreto, anche per dare maggiore incisività al discorso.

Le linee guida non vincolanti (ad oggi ancora in bozza) attuative dell'art. 80 del codice, intitolate *Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice*, a proposito dei mezzi di prova per determinare l'esclusione dal procedimento a causa di pregressi gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia l'integrità o affidabilità del contraente, introducono in quest'ultima categoria il caso in cui l'operatore economico abbia subito una sanzione da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Il documento esordisce osservando che *"Al fine di pervenire all'individuazione dei mezzi di prova adeguati, l'Autorità intende fornire indicazioni operative e chiarimenti in merito alle fattispecie esemplificative indicate in via generica dal Codice e ai criteri da seguire nelle valutazioni di competenza. Ciò nell'ottica di assicurare l'adozione di comportamenti omogenei da parte delle stazioni appaltanti e garantire certezza agli operatori economici."* Sul punto che interessa prevede poi che la stazione appaltante *"deve valutare ai fini dell'esclusione ... i provvedimenti di condanna"*

divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare”.

Ricordo incidentalmente che un collegamento tra precedente sanzione *antitrust* ed esclusione dalla gara è stata ritenuta in linea di massima compatibile col diritto comunitario sugli appalti anche dalla Corte di giustizia UE, fermo restando il rispetto dei principi generali, tra cui soprattutto quello di proporzionalità (Corte di giustizia UE 18 dicembre 2014, n. 470, la quale richiama circa il possibile rilievo delle infrazioni alle norme sulla concorrenza il considerando 101 della direttiva 2014/24).

Ipotizziamo allora che un'impresa abbia commesso un illecito anticoncorrenziale (partecipazione ad un'intesa ex artt. 2 I. n. 287 del 1990 o 101 TFUE o commissione di abuso di posizione dominante ex artt. 3 I. n. 287 del 1990 o 102 TFUE)? ovvero anche solo una violazione delle norme del codice del consumo che vietano le pratiche commerciali scorrette (artt. 20 e ss. d. lgs. n. 206 del 2005), che il provvedimento sia divenuto inoppugnabile o che sia stato confermato davanti al g.a. e che sia grave e posto in essere nel medesimo mercato cui si riferisce la partecipazione alla nuova gara. Atteso che questi fatti devono essere comunque *valutati ai fini dell'esclusione*, se dovessimo concedere alla stazione appaltante unicamente di discostarsi per valutazioni di mero fatto, dovremmo convenire che scarsissimi sono gli spazi di discrezionalità che residuano alla stazione appaltante stessa. La valutazione in fatto dovrebbe condurre all'esclusione, anche perché nel diritto *antitrust* la *gravità*, lungi dall'essere il frutto di una valutazione circa un particolare disvalore dei fatti o la conseguenza di una recidiva od aggravante, è piuttosto un presupposto (ordinario) per l'accertamento di quell'illecito che si accompagna alla sanzione (art. 15, comma 1, secondo periodo, l. 10 ottobre 1990, n. 287).

Eppure, le sanzioni per violazione delle norme sulle pratiche commerciali scorrette possono anche riguardare fatti isolati e di scarsissimo significato economico, avendo la Corte di giustizia ammesso che persino la scorrettezza isolata nei confronti di un solo consumatore può dar luogo ad una violazione delle norme della direttiva 2005/29/CE e quindi, per la ricaduta nazionale, dei pertinenti articoli del codice del consumo (v. Corte di giustizia UE, 16 aprile 2015, nella causa C-388/13. Nel caso di specie, coerentemente, la sanzione applicata era stata di circa 80 euro soltanto). Sicché questa valutazione di ANAC meriterebbe quantomeno un vaglio di legittimità sotto il profilo dell'eccesso di potere per una possibile violazione del principio di proporzionalità e di irragionevolezza intrinseca. Potrebbe insomma opporsi che non appare fondato elevare questo tipo di vicenda ad un *grave illecito professionale*.

Ed ancora, nell'ambito dell'intesa anticoncorrenziale si distinguono fattispecie diverse. Ad esempio, si distingue tra il vero e proprio accordo e la pratica concordata. Quest'ultima è sì un illecito *antitrust* grave e severamente sanzionato nella prassi di AGCM, ma è anche un tipo di illecito che viene sovente affermato quando sono carenti i requisiti dell'accordo, sicché è una figura in certo qual modo “minore”; e soprattutto è una figura che sul piano probatorio gode di abbondanti e benevole agevolazioni, al punto che, alla fin fine, molto spesso gli elementi a dimostrazione del fatto sono tutti di spessore solo presuntivo. Per non dire che, poi, la

giurisprudenza, sia europea sia nazionale, pur se resistita da una sempre più pressante corrente di pensiero contraria diffusa in tutta Europa, consentono di affermare la pratica concordata quando i comportamenti siano a tale categoria ascrivibili nella loro mera oggettività, anche se vi è prova dell'assenza di effetti anticoncorrenziali. Qui, l'interrogativo è se sia ragionevole e proporzionato che una tale fattispecie, pur se vietata in ambito *antitrust*, veda l'accessoria, automatica (e pesantissima) "sanzione" consistente nell'esclusione dalle altre gare per un relevantissimo periodo di tempo.

Ebbene, questi dubbi potrebbero esser fatti valere dalla stazione appaltante con la sua motivazione in deroga solo se si ammettesse, come sarei propenso a ritenere, che essa possa anche motivare "in integrazione" delle linee guida e quindi confutando l'intrinseca fondatezza e legittimità della soluzione testuale ivi proposta.

Il sindacato giurisdizionale si adegnerà di conseguenza al tipo di valutazioni che saranno concesse all'amministrazione aggiudicatrice, secondo il primo o il secondo modello appena prospettato. Nel primo caso, l'atto esecutivo che si fosse discostato dalle linee guida potrà essere ritenuto legittimo quando la fattispecie, per le sue particolarità, giustifica la deroga. Nel secondo caso, invece, il giudice sarà chiamato a condividere o a disattendere la valutazione fatta dalla stazione appaltante circa l'esigenza di derogare, in punto di diritto, il contenuto delle linee guida. Vale, anche in tal caso, quel che si è già detto sulle linee guida vincolanti: il sindacato sulle questioni di legittimità non potrà che essere completo e non dovrà risentire di speciali limitazioni. Non sono in gioco valutazioni opinabili proprie delle linee guida, bensì solo questioni di diritto, come nell'esempio fatto. Piuttosto, quando la deroga è motivata in ragione di elementi di fatto, saranno questi ultimi ad essere analizzati secondo il consueto schema di controllo della discrezionalità amministrativa.

8. Dobbiamo in conclusione trattare del caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice intende adeguarsi alle linee guida. Nell'esempio che abbiamo fatto, la stazione appaltante ritiene di dover escludere l'operatore economico che abbia violato in passato la normativa *antitrust* per aver preso parte ad una pratica concordata. In questo scenario l'interesse a ricorrere avverso la determinazione concreta della p.a. sarà direttamente di tale operatore economico, mentre nell'ipotesi prima esaminata era degli altri concorrenti aventi interesse alla sua esclusione.

Questo scenario è meno esplorato rispetto al precedente. In quello, infatti, avevamo l'appiglio tradizionale, ormai consolidato, che ritiene che la circolare produca degli effetti, dato che l'atto esecutivo che se ne discosti deve utilizzare una congrua motivazione, restando altrimenti colpito da illegittimità. Qui l'atto esecutivo segue la fonte terziaria. Pertanto dobbiamo chiederci se l'efficacia di quest'ultima si sia esaurita interamente in quella dell'atto che vi ha dato esecuzione o se invece essa si distingue anche qui e se la fonte terziaria si manifesti ancora come atto efficace. La conseguenza è evidente: secondo il primo ragionamento, la circolare-linee guida non è lesiva e non costituirà oggetto dell'impugnazione; seguendo il secondo ragionamento, invece, possiamo assumere che la circolare-linee guida produce un effetto lesivo sicché può (anzi deve) essere impugnata insieme all'atto esecutivo.

Nei casi in cui vi è stata una deroga ingiustificata ed immotivata della circolare, lo stato della giurisprudenza conferma che il g.a. ha spesso risolto il problema qualificando la circolare al livello del regolamento e riconoscendole esplicita efficacia giuridica. Quando l'amministrazione ha seguito la circolare, è stato invece frequente un approccio che sembra negarle efficacia giuridica: le circolari, si dice in una massima frequente, hanno una funzione di interpretazione della legge, sicché non hanno effetto lesivo, non devono essere impugnate né possono essere annullate dal giudice.

Tuttavia, a ben vedere, non sono mancati casi differenti, nei quali proprio il ragionamento ricordato nei precedenti paragrafi sull'efficacia delle fonti terziarie, sul loro ruolo di orientamento delle scelte amministrative e sull'attenzione che il g.a. presta alla loro indubbia efficacia, mostra la sua intrinseca verità.

Possiamo prendere ad esempio due casi in cui il g.a. ha ammesso che potesse e dovesse essere impugnata direttamente una circolare; e nonostante questa avesse una funzione interpretativa e quindi non autosufficiente. Per esser più chiari, non si trattava di circolari elevate al rango di regolamenti e quindi da collocarsi nel campo delle fonti terziarie, ma nonostante ciò sono state ritenute, nell'ordine, efficaci, lesive e impugnabili.

Il primo è quello della circolare del Ministro dell'interno che dava indicazioni ai Prefetti volte ad esercitare il potere di annullamento d'ufficio sulle trascrizioni nei registri dello stato civile dei matrimoni tra persone dello stesso sesso effettuate da alcuni Sindaci italiani (Tar Lazio 4028 del 2015).

Il secondo è ancor più significativo ai nostri fini. Riguarda infatti una circolare, sempre del Ministro dell'interno, con la quale si raccomandava l'utilizzo di alcune tecniche da adottare per i rivestimenti interni di camini e canne fumarie al fine di ottenere la prescritta certificazione di agibilità. Qui la circolare, in assenza di qualsivoglia atto esecutivo, era stata impugnata da un produttore di materiali destinati a questo particolare utilizzo, atteso che la sua produzione non coincideva con le caratteristiche indicate nella circolare, a suo dire in modo irragionevolmente restrittivo. Il produttore si doleva quindi dell'erroneità della restrizione fatta dalla circolare, rilevando altresì che essa avrebbe provocato una lesione gravissima alla propria impresa, rischiando questa di esser posta sostanzialmente fuori mercato. Il Ministero obiettava che la circolare, avente mera funzione interpretativa, non fosse *ex se* impugnabile e che l'impugnabilità sarebbe stata possibile solo contro il successivo atto amministrativo che, seguendo la circolare, avesse rifiutato la certificazione all'interessato che avesse utilizzato materiali diversi da quelli in essa indicati. Sennonché, il Consiglio di Stato ha correttamente osservato che qui non veniva in gioco la lesione posteriore da imputare al diniego del certificato richiesto dall'utente che avesse utilizzato materiali non previsti nella circolare, bensì una lesione diversa, tangibile e immediata, a carico dell'impresa, la quale avrebbe incontrato gravissime difficoltà a vendere i propri prodotti a causa del contenuto della circolare. Quindi la circolare è stata ritenuta lesiva e impugnabile.

Questi precedenti dimostrano che le linee guida possono dirsi efficaci (e altresì impugnabili) anche quando l'amministrazione intende seguirne il contenuto.

Del resto, per quanto concerne le linee guida vi sono ulteriori ragioni che consigliano di seguire lo schema della doppia impugnazione dell'atto esecutivo posto in essere dalla stazione appaltante e delle linee guida stesse. Proprio perché queste assolvono lo scopo di accrescere la certezza del diritto, di favorire una prassi omogenea e di migliorare l'efficienza, deve evitarsi che il sindacato del g.a. resti sparso nei giudizi riferibili ai singoli atti esecutivi senza estendersi alle linee guida, in modo da espanderne la relativa valutazione. Inoltre, sin dal principio ho ricordato che è forte la preoccupazione di non lasciare fuori del quadro di cognizione del g.a. queste linee guida, attesa la funzione cruciale che dovranno assolvere. Per non dire infine che, sul piano delle tecniche difensive, sarà scontata la spinta a questo sindacato per via della (quasi certa) doppia impugnazione che sarà dedotta nei ricorsi.

Pertanto, anche le linee guida non vincolanti a mio parere dovranno essere impugnate e potranno essere annullate con effetto *erga omnes*.

Soprattutto in considerazione del modo in cui sono redatte, potrebbe esser difficile trovare il modo, in concreto, per dare spazio agli effetti dell'annullamento. Non hanno infatti il tenore dell'atto normativo, che si presta più agevolmente a registrare l'effetto di una pronuncia demolitoria e finanche parzialmente additiva. Inoltre, il loro tenore discorsivo, come accennato, mescola profili non vincolanti ad altri che paiono invece di tipo vincolante e nel discorso stesso la misura dell'efficacia sembra piuttosto variabile, a seconda di quale sia, rispettivamente, il tenore della norma del codice che affida il compito su una determinata materia ovvero il tipo di verbo e di espressione utilizzate nel contesto delle linee guida. Questo aspetto stilistico, peraltro, meriterebbe una più ampia ponderazione, ché rischia di mettere a repentaglio parte della funzione omogeneizzante e di certezza che le linee guida dovrebbero assolvere.

Una soluzione ragionevole ed efficiente, tuttavia, potrebbe essere agevolmente trovata. Si può pensare ad un congegno di continuo aggiornamento del tenore delle linee guida, che tenga conto del pronunciamento dei giudici, del resto aderente al concetto di regolazione *flessibile* di cui parla la legge delega. Oppure, ancor più semplice sarebbe lasciare – almeno nell'immediato e sino a successiva organica rideterminazione da parte di ANAC – il testo così come posto al vaglio giudiziale integrandolo col contenuto della massima e il richiamo alla sentenza.

Detto questo sull'atto esecutivo delle linee guida non vincolanti, conservo delle perplessità a ritenere che la pur riconosciuta loro efficacia debba implicare la possibilità di qualificarle addirittura come volizioni-azioni in taluni casi, imponendo un onere di immediata impugnazione sotto pena di decadenza; ad esempio, assumendo nell'esempio prima esposto che l'operatore economico che abbia commesso una pratica concordata debba impugnare le anzidette linee guida da subito, restando altrimenti inammissibile il posteriore ricorso contro l'atto di esclusione. Mi parrebbe infatti una conclusione davvero penalizzante per l'interessato e limitativa del principio di effettività della tutela. Del resto, è proprio l'efficacia "parziale" delle linee guida non vincolanti che può giustificare una simile distinzione. Un precedente utile da richiamare potrebbe essere quello della giurisprudenza che, a proposito dell'aggiudicazione provvisoria, ha consentito sia l'impugnazione immediata sia l'impugnazione rivolta direttamente contro l'aggiudicazione definitiva, aprendo lo spazio per l'immediata impugnazione dell'atto anteriore ma al contempo escludendo che la mancanza di questa

iniziativa potesse provocare una decadenza e la successiva inammissibilità del ricorso contro l'atto definitivo.

9. I risultati cui siamo giunti portano, a parere di chi scrive, il sistema in una situazione di armonia.

Gli obiettivi fortemente voluti dal legislatore di avviare un nuovo metodo di normazione dei contratti pubblici, e quindi l'inserimento delle linee guida ANAC, si incasella nel sistema e nei precedenti che riguardano, rispettivamente, gli atti regolamentari e le fonti terziarie. Il principio di effettività della tutela trova la sua naturale protezione e il ruolo ineliminabile del giudice "regolatore" si può affermare in condizioni di equilibrio.

L'ANAC è certamente consapevole di aver bisogno del giudice amministrativo per dare il suo contributo mediante le linee guida, dato che esse dovranno saper estrapolare dall'insieme dei precedenti, non solo nazionali ma anche europei, i principi e la "ragion per cui" degli istituti, attraverso un continuo ricambio che sappia favorire efficienza e il grado migliore possibile di certezza.

A chi apparisse che le considerazioni di questo scritto possano suonare come una limitazione o un ridimensionamento della *regolazione flessibile* di ANAC obietteremo che invece flessibilità ed efficienza proprio da tale scambio con la giurisprudenza potranno essere assicurate.

Del resto, lo stesso legislatore, a ben vedere, è di ciò consapevole, dato che le linee guida vincolanti riguardano casi comunque circoscritti e sovente in linea con i compiti che l'ANAC già da tempo svolgeva: si pensi, ad esempio, alle regole in materia di SOA. Per il resto, ha dato spazio alle linee guida non vincolanti. Ma esse, come si è visto, proprio perché tali devono coniugare la loro efficacia con le scelte concrete della stazione appaltante. Pertanto, questo è un rinvio legislativo al caso concreto, alla sostanza degli istituti che si rivela nella specificità degli accadimenti, alle dinamiche effettive della singola gara e al modo in cui l'interesse pubblico si va via via svelando; in altre parole, al luogo in cui si è formata, storicamente, la migliore "regolazione giurisprudenziale". I giudici così continueranno a forgiare i loro principi e sottoprincipi e l'abilità dell'ANAC starà anche nel saperli far propri, traducendoli in indicazioni *flessibili*, auspicabilmente contribuendo al miglioramento di un settore che purtroppo continua negli ultimi anni ad essere troppo complicato e poco efficiente.

([1]) Testo scritto provvisorio della relazione tenuta al convegno *L'amministrazione pubblica*

nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma "Madia", in Lecce, 28 e 29 ottobre 2016.