

Christian Longo

LA FUNZIONE DI VIGILANZA
“COLLABORATIVA” NEL SETTORE
DEI CONTRATTI PUBBLICI

“Orizzonti”

54



TANGRAM
EDIZIONI SCIENTIFICHE
TRENTO

Christian Longo

La funzione di vigilanza 'collaborativa' nel settore dei contratti pubblici

Copyright © 2019 Tangram Edizioni Scientifiche

Gruppo Editoriale Tangram Srl

Via dei Casai, 6 – 38123 Trento

www.edizioni-tangram.it

info@edizioni-tangram.it

Collana “Orizzonti” – NIC 54

Prima edizione: gennaio 2019, *Printed in EU*

ISBN 978-88-6458-188-0

In copertina: *versione petrolio #257*, Elisa Indino

Introduzione	7
Capitolo I	
La Legittimazione “speciale” ad agire in giudizio	11
1. La legittimazione ad agire in giudizio dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.	11
2. La legittimazione ad agire in giudizio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione	19
3. Il Regolamento sull’esercizio dei poteri di cui all’art. 211 commi 1-bis e 1-ter del D. Lgs. 50/2016 e la legittimazione ad agire	30
4. L’interesse pubblico da tutelare e le Autorità Indipendenti	45
Capitolo II	
Le verifiche dei gravi illeciti professionali	57
1. I provvedimenti esecutivi emessi dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: “i gravi illeciti professionali”	57
2. I gravi illeciti professionali e le verifiche effettuate dalla Stazione Appaltante ex art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei Contratti Pubblici	63
3. Le linee Guida Anac n. 6: “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”	71
Conclusioni	86
Allegati	91
Regolamento sull’esercizio dei poteri di cui all’articolo 211, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i.	91
Linee guida n. 6, di attuazione del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti “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”.	100
Parere del Cons. St., comm. spec., 13/11/2018, n. 2616	111
Bibliografia.	141

LA FUNZIONE DI VIGILANZA
“COLLABORATIVA” NEL SETTORE
DEI CONTRATTI PUBBLICI

INTRODUZIONE

La vigilanza “collaborativa”, introdotta dall’art. 211 del Codice dei Contratti pubblici, rientra nell’ambito della previsione dell’art. 1, comma 1, lettera t) della legge delega n. 11 del 2016, il quale sancisce l’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 e 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”.

Sulla base di quanto previsto dalla legge delega, con l’art. 211, comma 1-quater, del D. Lgs. n. 50/2016 si prescrive che “L’ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-bis e 1-ter”, potendo rientrare – in parte – nell’ambito degli “altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante”, propri della vigilanza “collaborativa”.

Si pone il problema preliminare di comprendere quale natura attribuire al regolamento di cui al citato art. 211, comma 1-quater, del D. Lgs. n. 50/2016.

Il nuovo articolo 211 attribuisce all’Autorità il potere di agire in giudizio e cioè un vero e proprio diritto di azione e, sulla ba-

se di tale potere conferito dalla legge, il Regolamento Anac, previsto al comma 1-quater del medesimo articolo 211, ha natura mista, in parte attuativo della delega (artt. 3,4,6,7) e in parte organizzativo (artt. 5,8-15) essendo volto a disciplinare il procedimento da seguire nell'esercizio dei poteri speciali di cui ai commi 1-bis e 1-ter dell'articolo 211 del Codice. In quanto Regolamento di organizzazione, quest'ultimo rientra nella fattispecie di cui all'articolo 17 della legge 400 del 1988, comma 1, lett. d), senza configurarsi, pertanto, alcuna ipotesi di eccesso di delega¹.

Attraverso siffatta ricostruzione, occorre comprendere come possano essere assimilati i poteri di ANAC rispetto a quelli di regolazione di altre autorità amministrative indipendenti, come l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che, anche nell'ambito dei Contratti pubblici, assume possibili poteri di azione. Anac, nella propria relazione illustrativa del Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, commi 1-bis e 1-ter, del D. Lgs. n. 50/2016, considera affine il potere conferito dalla legge (da un lato l'art. 21-bis alla Legge 10 ottobre 1990, n. 287 e dall'altro l'art. 211 commi 1-bis e 1-ter del D. Lgs. n. 50/2016) a entrambe le Autorità (AGCM e ANAC), incentrato sulla legittimazione speciale: entrambe le disposizioni sviluppano l'impostazione concettuale e le finalità che sono alla base dei numerosi esempi di apertura alla legittimazione di soggetti pubblici e di associazioni che possono agire per la tutela di interessi superindividuali, come nel caso degli interessi diffusi.

Il presente lavoro cerca di tracciare il percorso seguito dal legislatore, dalla giurisprudenza e dalla dottrina al fine di qualificare la legittimità "speciale" ad agire di entrambe le Autorità indipendenti, in virtù della prevista vigilanza "collaborativa" nel settore dei contratti pubblici.

¹ In tal senso, si è espresso il Consiglio di Stato, con il parere n. 1119 del 4 aprile 2018, sullo schema di Regolamento in esame.

A ciò occorre aggiungere che, l'art. 213, comma 2 del D. Lgs. n. 50/2016 sancisce che “L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e 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”.

Con il parere del Consiglio di Stato n. 855 dell'1 aprile 2016, in merito allo schema del D. Lgs. n. 50/2016, il Supremo Consesso si sofferma sulla classificazione delle linee guida ANAC e sulla qualificazione della natura e del regime delle stesse. Il Consiglio di Stato ha precisato che esistono due categorie principali: Le linee guida “non vincolanti” che rientrano nell'alveo degli ordinari atti amministrativi, riponendole quindi “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 loro una vera e propria efficacia giuridica²”. E, le linee guida vincolanti classificate come “atti di regolazione” e dunque assimilabili agli atti amministrativi generali e non ai regolamenti, anche se la dottrina negli anni ha rappresentato la necessità di comprendere appieno la qualificazione giuridica perché il semplice *nomen juris* delle “linee guida” non può essere sufficiente per classificare le stesse tra gli atti amministrativi generali o tra i regolamenti.

Nell'ambito del rapporto tra ANAC e AGCM, il presente lavoro cerca di comprendere come il potere di ANAC, riferito alla vigilanza e controllo dei contratti pubblici possa essere accostato al potere di AGCM connesso alla regolazione del mercato, e qua-

² CINTIOLI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni Anac, L'Amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il Codice dei contratti e la Riforma Madia* P. L. Portaluri (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, pag. 217.

le tenore attribuire ai provvedimenti esecutivi emessi da AGCM nell'ambito degli stessi contratti pubblici. Nasce l'esigenza di comprendere se vi è una interferenza o una nuova frontiera collaborativa tra le due Autorità, anche sulla base delle verifiche che le S.A. dovranno effettuare sui gravi illeciti professionali, come delineato dalle linee Guida n. 6.

Oltre a tale ricostruzione, occorre poi volgere lo sguardo verso il futuro "legislativo", considerato che, anche a seguito delle consultazioni pubbliche avviate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – dal mese di agosto al mese di settembre 2018 – e propedeutiche a una proposta di riforma sul Codice dei Contratti Pubblici che il Governo intende presentare in Parlamento, la "vigilanza collaborativa" rappresenta uno dei pilastri più importanti dello stesso Codice che gli operatori economici vorrebbero rafforzare, anche al fine di ridurre il contenzioso innanzi al Giudice amministrativo.

Per tali motivi, il presente lavoro ha voluto focalizzare l'attenzione sull'istituto giuridico della "vigilanza collaborativa", con l'auspicio che possa – nel futuro prossimo – essere ulteriormente valorizzato dal Legislatore.

Capitolo I

LA LEGITTIMAZIONE “SPECIALE” AD AGIRE IN GIUDIZIO

I. LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE IN GIUDIZIO DELL'AUTO- RITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO.

Con l'entrata in vigore del Trattato che istituisce la Comunità Europea, le “Alte Parti Contraenti” posero le basi per definire un mercato comune e una unione economica monetaria, mediante l'attuazione di politiche e azioni, definite dagli articoli 3 e 4 dello stesso Trattato.

In particolare e per quanto di interesse del presente lavoro, l'art. 4 del Trattato prevedeva espressamente che: *“Ai fini enunciati all'articolo 2, l'azione degli Stati membri e della Comunità comprende, alle condizioni e secondo il ritmo previsti dal presente trattato, l'adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza”*.

Sulla base di tali principi, gli Stati membri hanno avviato un percorso comune per creare una politica economica, favorendo un'efficace allocazione delle risorse; è stato istituito il Sistema europeo di banche centrali, con lo scopo principale di mantenere la stabilità dei prezzi ma anche di sostenere le politiche economiche generali della Comunità, favorendo una economia di mercato aperta e una libera concorrenza.

Oltre a tali principi, risulta utile richiamare il primo “*Considerando*” della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del

Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, nel quale è espressamente previsto che *“L’aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza”*.

Con la Legge 28 gennaio 2016, n. 11, il Governo è stato poi delegato ad adottare un decreto legislativo per l’attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE. In data 19 aprile 2016, a seguito della pubblicazione sulla G.U. Serie Generale n. 91 del 19-04-2016 – Suppl. Ordinario n. 10, è entrato in vigore il Decreto legislativo 18 aprile 2006, n. 50 “Codice dei Contratti pubblici”, con il quale sono state adottate disposizioni sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’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, nell’esercizio della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto³. Viene rimarcato, pertanto,

³ Sul punto, risulta interessante esaminare due aspetti proposti dal Codice dei Contratti Pubblici. Da un lato, e con riferimento alle Società con capitale pubblico anche non maggioritario, il Codice affida la gestione del regime della libera concorrenza alla disciplina prevista dai Testi Unici sui servizi pubblici

all'interno del Codice dei Contratti Pubblici un rinvio espresso al riparto delle competenze tra Stato e Regioni, definito dall'art. 117 della Costituzione italiana.

Tale percorso risulta indispensabile per inquadrare la legittimazione "speciale" dell'AGCM in materia di provvedimenti amministrativi lesivi delle norme a tutela della Concorrenza, anche con riferimento ai Contratti Pubblici.

In particolare, occorre richiamare il Testo del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 (in Supplemento ordinario n. 251 alla Gaz-

locali di interesse economico generale e in materia di società a partecipazione pubblica, dall'altro lato ancora i principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni ai principi dettati dal Trattato UE a tutela della Concorrenza; ciò anche con riferimento ai contratti di appalto sotto soglia, ex art. 36 del D. Lgs. n. 50/2016, al fine di assicurare il rispetto del principio di rotazione degli inviti (art. 36, comma 2, lett. b del medesimo decreto) e degli affidamenti (art. 36, comma 2, lett. a del medesimo decreto). A tal proposito, è utile effettuare un richiamo alle Linee Guida ANAC n. 4 di attuazione del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (e in particolare all'art. 36, comma 7) recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici", dove viene precisato nelle "premesse" quanto segue: "L'esclusione da successivi inviti o dalla possibilità di un affidamento diretto di un soggetto non aggiudicatario di una precedente gara alla quale, tuttavia, ha partecipato, rischia di penalizzare fortemente le imprese. Gli operatori economici, sapendo di giocare l'unica *chance* (almeno per un certo periodo di tempo) di potersi aggiudicare un contratto con una determinata stazione appaltante, saranno indotti a formulare offerte molto competitive, con il rischio di non poter assicurare in fase di esecuzione contrattuale quanto offerto in sede di gara (offerte anomale). Sotto un diverso profilo, la mancata considerazione delle imprese già invitate alle gare precedenti per successivi inviti potrebbe, specie nel caso di elenchi non molto lunghi, rendere prevedibile il nominativo degli operatori economici da invitare nelle successive procedure, con rischi per la concorrenza in gara. D'altra parte, consentire di invitare nuovamente soggetti che hanno già avuto *chance* di partecipare a gare, potrebbe impedire la partecipazione di altri operatori economici, contraddicendo la ratio della norma che vuole la rotazione degli inviti e degli affidamenti".

zetta Ufficiale – Serie generale – n. 284 del 6 dicembre 2011), coordinato con la legge di conversione 22 dicembre 2011, n. 214 (in questo stesso Supplemento ordinario alla pag. 1), recante: “Disposizioni urgenti per la crescita, l’equità e il consolidamento dei conti pubblici.” che, nel Titolo IV, Capo II (rubricato “Concorrenza”), ha previsto un potenziamento delle attività dell’Autorità, aggiungendo il seguente articolo alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”: “1. L’Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. 2. L’Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l’Autorità può presentare, tramite l’Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni. 3. Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104⁴”.

Tuttavia, tale disposizione è stata scrutinata dalla Corte Costituzionale, con Sentenza n. 20 con decisione del 11/02/2013. In

⁴ Secondo giurisprudenza costante, con riferimento ai termini di cui all’art. 21-bis, comma 2 della legge 287/1990: “Dalla data indicata decorrerebbe un unico termine – massimo (...) di centocinquanta giorni assegnato all’Autorità per proporre il ricorso esercitando la propria legittimazione straordinaria. Il termine in questione deriverebbe dalla somma dei sessanta giorni che l’Autorità, secondo la lettera della norma ha a disposizione per emettere il proprio parere, dei successivi sessanta giorni assegnati dalla norma stessa all’amministrazione destinataria per conformarvisi e dei trenta ulteriori giorni previsti per la proposizione del ricorso vero e proprio”, *ex multis*: C.d.S. sez. V 9 marzo 2015 n. 1171, C.d.S., Sez. VI 15 maggio 2017, n. 2294.

particolare, la Regione Veneto, con il ricorso notificato il 21 febbraio 2012, ha promosso la questione di legittimità costituzionale, in via principale, tra l'altro dell'art. 35 del citato decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, che ha introdotto l'art. 21-bis alla Legge 10 ottobre 1990, n. 287. La Regione ha rilevato che *“il citato art. 35 conferisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il potere di intervenire con un parere motivato, entro sessanta giorni, su tutti gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica, statale, regionale o locale, che ritenga emanati in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato. La disposizione impugnata, prevede, poi, che, se la pubblica amministrazione non si conforma entro i sessanta giorni successivi, l'Autorità può presentare, per il tramite dell'Avvocatura dello Stato, ricorso giurisdizionale entro i successivi trenta giorni”*.

Secondo la ricorrente, tale previsione normativa sottopone gli atti regolamentari e amministrativi regionali a un nuovo e generalizzato controllo di legittimità, su iniziativa di un'autorità statale, per certi aspetti analogo al controllo che era previsto dal previgente art. 125, primo comma, Cost., norma poi abrogata con la legge costituzionale n. 3 del 2001. Per tale ragione, secondo la Regione Veneto, la disposizione denunciata eccederebbe i limiti ricavabili dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 64 del 2005, secondo cui *“È vero che, con il nuovo titolo V della Costituzione, i controlli di legittimità sugli atti amministrativi degli enti locali debbono ritenersi espunti dal nostro ordinamento, a seguito dell'abrogazione del primo comma dell'art. 125 e dell'art. 130 della Costituzione, ma questo non esclude la persistente legittimità, da un lato, dei cosiddetti controlli interni e, dall'altro, dell'attività di controllo esercitata dalla Corte dei conti, legittimità già riconosciuta da una molteplicità di decisioni della Corte Costituzionale sulla base di norme costituzionali diverse da quelle abrogate”*. Sotto altro profilo, sottolineava la Regione, con l'attribu-

zione all’Autorità di una generale legittimazione processuale attiva a impugnare gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi pubblica amministrazione che, a suo parere, violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato, la disposizione, modificando la legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato), verrebbe a configurare, come è già stato affermato da una parte della dottrina, una surrettizia introduzione della figura del pubblico ministero nel processo amministrativo, contrastante con la sua natura strutturale di giurisdizione soggettiva. Ciò posto, la Regione ha precisato come, sulla base di questo profilo, risulterebbe una violazione dell’art. 113, primo comma della Costituzione italiana, in base al quale la condizione per agire davanti al giudice amministrativo è data dalla titolarità di una posizione giuridica sostanziale e dalla lesione della stessa a opera del potere amministrativo. Tralasciando il fatto che la Regione non avesse indicato gli atti amministrativi regionali sottoposti al paventato “nuovo e generalizzato controllo di legittimità”, la Corte, ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell’articolo 35 del d.l. n. 201 del 2011 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 214 del 2011, chiarendo diversi aspetti. Principalmente, la Suprema Corte ha spiegato che “la norma – integrando i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all’Autorità garante dagli artt. 21 e seguenti della legge n. 287 del 1990 – prevede un potere di iniziativa finalizzato a contribuire a una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato (art. 21, comma 1, della legge citata) e, comunque, certamente non generalizzato, perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi “che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato” (norma censurata, comma 1). Esso si esterna in una prima fase a carattere consultivo (parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate) e in una seconda (eventuale) fase di impugnativa in sede giurisdizio-

nale, qualora la pubblica amministrazione non si conformi al parere stesso. La detta disposizione, dunque, ha un perimetro ben individuato (quello, per l'appunto, della concorrenza), compreso in una materia appartenente alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, secondo comma, lettera e, Cost.), concernente anche la potestà regolamentare, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, primo periodo, Cost.

Attraverso una interpretazione letterale dell'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990 emerge una unica funzione dell'Autorità Garante, collegata alle due disposizioni previste dallo stesso art. 21-bis: il comma 1 e il comma 2! Tali disposizioni sono rivolte alla tutela di uno specifico interesse; ma se da un lato (Cfr. art. 21-bis, 1 comma della Legge n. 287/1990), siamo di fronte a uno speciale interesse pubblico generale della tutela della concorrenza e del mercato che definisce l'intervento dell'Autorità Garante, in virtù della peculiare *legitimitatio ad causam* attribuita dal legislatore⁵, dall'altro lato, l'art. 21-bis, 2 comma della legge n. 287/1990 scandaglia il potere di controllo dell'Autorità sull'effettiva libertà della concorrenza e del mercato, attraverso una procedimentalizzazione dell'azione amministrativa e fino ad arrivare al giudizio, per tutti quegli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti ammi-

⁵ Interessante sul punto la ricostruzione effettuata dal Consiglio di Stato, con la sentenza della V Sezione (tra le prime prodotte), del 30 aprile 2014 n. 2246: *“È coerente con il bene giuridico protetto dalla norma (la libertà di concorrenza e il corretto funzionamento del mercato) e con le finalità che con esse si intende perseguire (la crescita e lo sviluppo economico) la previsione che l'accertamento della violazione delle norme in questione e il loro ripristino, per un verso, trascenda l'interesse specifico del singolo operatore del mercato e sia pertanto sottratto alla libera disponibilità dell'interessato (il che giustifica la disposizione nella parte in cui ammette sostanzialmente una legittimazione ad agire concorrente, dell'Autorità e dei singoli interessati, quanto ai provvedimenti lesivi del predetto bene giuridico), e, per altro verso, la tutela debba avviarsi per quanto possibile immediatamente, in tal modo dovendo essere intesa la legittimazione ad agire dell'Autorità nei confronti dei regolamenti e dei provvedimenti generali (atti che, secondo i principi generali, in quanto in genere non immediatamente lesivi, possono essere impugnati solo unitamente ai provvedimenti di cui costituiscono applicazione)”*.

nistrativi ritenuti violativi delle norme a tutela della concorrenza e del mercato⁶.

Pertanto, il bene giuridico da tutelare è sempre lo stesso ed è riconducibile alla libertà della concorrenza e del mercato. In tale ricostruzione, sebbene l'angolo di visuale dell'Autorità, proposto dal comma 1 (*L'AGCM "è (direttamente) legittimata ad agire in giudizio (...), parrebbe differente rispetto alle previsioni di cui al comma 2 – là dove (Cfr. T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II, con la sentenza del 6 maggio 2013 n. 4451) l'azione avviata dall'Autorità (che ritiene l'atto amministrativo violativo delle norme a tutela della concorrenza e del mercato) viene considerata come una unica fase amministrativa che "non costituisce una mera eventuali-*

⁶ In tal caso, il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza del 30 aprile 2014 n. 2246, precisa che *"Secondo l'intenzione del legislatore, così come si ricava dall'esame della norma, il fondamentale e innovativo ruolo attribuito all'Autorità circa il controllo sull'effettivo ed efficace dispiegarsi della libertà della concorrenza e del mercato impone che il potere di agire in giudizio contro gli atti lesivi di tali principi sia preceduto da una fase pre – contenziosa, caratterizzata dall'emissione, da parte dell'Autorità, di un parere motivato rivolto alla pubblica amministrazione, parere in cui ragionevolmente sono segnalate le violazioni riscontrate e sono indicano i rimedi per eliminarli e ripristinare il corretto funzionamento della concorrenza e del mercato. La funzione del predetto parere motivato è in realtà duplice: esso mira innanzitutto a sollecitare la pubblica amministrazione a rivedere le proprie determinazioni e a conformarsi agli indirizzi dell'Autorità, attraverso uno speciale esercizio del potere di autotutela giustificato proprio dalla particolare rilevanza dell'interesse pubblico in gioco, in tal modo auspicando che la tutela di quest'ultimo sia assicurata innanzitutto all'interno della stessa pubblica amministrazione e restando pertanto il ricorso all'autorità giudiziaria amministrativa l'extrema ratio (non essendo stata d'altra parte dotata l'Autorità di poteri coercitivi nei confronti dell'amministrazione pubblica che non intenda conformarsi al predetto parere motivato); d'altro canto, la fase pre – contenziosa e il relativo parere, in coerenza con i principi comunitari, sono stati ragionevolmente concepiti anche come significativo strumento di deflazione del contenzioso, potendo ammettersi che il legislatore guardi con disfavore le situazioni in cui due soggetti pubblici si rivolgano direttamente (ed esclusivamente) al giudice per la tutela di un interesse pubblico".*

tà, ma è l'espressione dell'ordinario modus procedendi dell'Autorità, in particolare là dove non sia stata dotata di poteri di enforcement ovvero di poteri consultivi tipizzati” – d'alto canto l'obiettivo della norma, letta in maniera unitaria, è il medesimo e riguarda la tutela della concorrenza e del mercato. Lo stesso Consiglio di Stato, con la sentenza della V Sezione (tra le prime prodotte), del 30 aprile 2014 n. 2246, ha chiarito che *“il legislatore, dopo aver fissato al primo comma il principio della legittimazione straordinaria dell'Autorità ad agire nei confronti degli atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti violativi delle norme a tutela della concorrenza e a tutela del mercato, abbia poi, al secondo comma, stabilito le modalità di concreto esercizio di tale legittimazione straordinaria, con ciò volendo evitare che una norma, astrattamente concepita quale (ulteriore) strumento per la ripresa e lo sviluppo economico, potesse dar luogo in concreto a nuove e diverse situazioni di confusione e contraddittorietà dell'azione amministrativa”*.

2. LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE IN GIUDIZIO DELL'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

Disegnare un quadro sulla legittimazione “speciale” di Anac nel sistema della tutela giurisdizionale in materia di controversie sui contratti pubblici, deve necessariamente tener conto dell'evoluzione normativa e in particolare delle disposizioni vigenti prima del correttivo introdotto con il D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56. “In particolare, l'art. 211 (del Codice dei Contratti pubblici) regola (va) i due distinti procedimenti genericamente qualificati dal legislatore come riferibili ambedue alla materia del “precontenzioso”, svolti davanti all'Autorità di vigilanza. La stessa disposizione, poi, statui (va) la proponibilità del ricorso giurisdizionale avverso entrambe le determinazioni conclusive del precontenzioso (i pareri e le raccomandazioni vincolanti dell'Autorità), “ai sensi

dell'art. 120 del C.P.A.», precisando con chiarezza la loro sottoposizione al rito speciale, anche in assenza della connessione con una domanda riguardante le procedure di affidamento⁷. Tale disciplina è stata disegnata al fine di attuare le tre direttive del 2014 in materia di Contratti Pubblici. Esse, se da un lato non intervengono regolando il contenzioso⁸ o la tutela preventiva dinanzi ad Anac, dall'altro lato promuovono il fine ultimo insito nella tutela giurisdizionale e nella soluzione precontenziosa delle controversie. In tal senso, il rinvio operato dal *Considerando n. 122* della Direttiva 2014/24/UE alla Direttiva n. 89/66/CEE rappresenta un importante tassello proposto – in materia – dall'Unione Europea, e ciò si deduce dal tenore del testo: “*La direttiva prevede che determinate procedure di ricorso siano accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione del Diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto. La presente direttiva non dovrebbe pregiudicare tali procedure di ricorso.*” Si combina l'esigenza di assicurare una attuazione concreta delle Direttive del 2014 (2014/23UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE) salvaguardando il diritto alla tutela giurisdizionale ma anche la possibile soluzione precontenziosa⁹.

⁷ M. LIPARI, *Il nuovo precontenzioso Anac. I pareri e le raccomandazioni vincolanti ex art. 211 del nuovo Codice*, Dike Giuridica Editrice, 2017, pag. 4.

⁸ In proposito, è opportuno ricordare come l'art. 117, secondo comma della Costituzione italiana preveda una potestà esclusiva dello Stato in tema di giurisdizione e norme processuali, ordinamento civile e penale e giustizia amministrativa. Tuttavia, tale potestà deve essere esercitata dallo Stato, anche nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Sul tema, si propone un richiamo all'art. 267 del Trattato sull'Unione Europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea che prevede una competenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sull'interpretazione dei trattati e sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.

⁹ Sul punto, è importante ricordare quanto definito dall'art. 2, par. 9 della Direttiva 2007/66/UE “che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per

“Nel testo introdotto dal D. lgs. n. 50 del 2016, l’art. 211 contempla (va), nei suoi due comma, due distinti strumenti: l’uno, tuttora in vigore, cui si riferisce la rubrica dell’art. 211, è il “*parere di precontenzioso*”, destinato a intervenire nella fase a evidenza pubblica per risolvere questioni insorte durante la gara, con finalità deflative del contenzioso, anche grazie alla portata vincolante del *parere* verso le parti che abbiano previamente acconsentito ad attenersi a quanto da esso stabilito; l’altro, abrogato e sostituito con l’iniziativa officiosa di cui si dirà, era quello della *raccomandazione*, consistente in un invito rivolto d’ufficio dall’Autorità alla stazione appaltante affinché rimuovesse in autotutela eventuali vizi di legittimità verificatisi nella fase di gara e gli effetti eventualmente derivati dagli atti illegittimi, entro un termine massimo di sessanta giorni.

Questo secondo strumento, malgrado la qualificazione normativa di “*raccomandazione*”, consiste (va) in un atto sostanzialmente autoritativo, definito espressamente con l’ossimoro di “*raccomandazione vincolante*”, fonte di autentici obblighi per la stazione appaltante, di possibili sanzioni per il dirigente responsabile e di conseguenze negative (sul sistema reputazionale) per l’amministrazione, pur senza effetti diretti e immediati sulle procedura di gara, malgrado l’“*invito*” all’autotutela dell’Autorità non consentisse alla stazione appaltante ulteriori valutazioni in merito alla sussistenza del vizio riscontrato e alla praticabilità della rimozione dell’atto o degli effetti dell’atto.

quanto riguarda il miglioramento dell’efficacia delle procedure di ricorso in materia d’aggiudicazione degli appalti pubblici”, che, con riferimento agli organi a cui fare riferimento per un ricorso per garantire il rispetto del diritto sostanziale dei contratti pubblici, prevede: “*Se gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari, le loro decisioni sono sempre motivate per iscritto. In questo caso inoltre devono essere adottate disposizioni mediante cui ogni misura presunta illegittima presa dall’organo di ricorso competente oppure ogni presunta infrazione nell’esercizio dei poteri che gli sono conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell’articolo 234 del trattato e che sia indipendente dall’amministrazione aggiudicatrice e dall’organo di ricorso*”.

BIBLIOGRAFIA.

- AMATO G., *Autorità semi-indipendenti e Autorità di garanzia*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1997.
- BENETAZZO C., *I nuovi poteri “regolatori” e di precontenzioso dell’Anac nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in *Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, www.federalismi.it, 2018.
- CAPONIGRO R., *L’actio finium regundorum tra l’Autorità antitrust e le altre Autorità indipendenti*, Relazione al Convegno Nazionale di Studi “Le Autorità amministrative indipendenti. Realtà attuali e prospettive future”, svolto a Napoli, presso il TAR Campania, il 22 marzo 2013.
- CHELI E., *Le autorità amministrative indipendenti e le prospettive di una loro riforma*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno 13, Torino, 2003.
- CINTIOLI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni Anac, L’Amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il Codice dei contratti e la Riforma Madia P. L. Portaluri (a cura di)*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.
- CINTIOLI F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990)*, in www.giustamm.it.
- CLARICH M., *Commento all’art. 29 del Codice del processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 15 luglio 2010.
- DELL’AVERSANA F., *L’actio finium regundorum tra le Autorità Amministrative Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette: la posizione del Consiglio di Stato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

- DURANTE N., *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi*, in www.giustamm.it, 29 aprile 2015.
- GIOVAGNOLI R., *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, Relazione al convegno tenutosi presso l'Università degli studi di Milano il 27 settembre 2012, in www.giustamm.it.
- LIPARI M., *Il nuovo precontenzioso Anac. I pareri e le raccomandazioni vincolanti ex art. 211 del nuovo Codice*, Dike Giuridica Editrice.
- LIPARI M., *Il pre-contenzioso*, Convegno di studi dell'8 luglio 2016 "Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici", in www.giustamm.it, 11 ottobre 2016.
- PATRONI GRIFFI F., *Una breve riflessione sull'interesse legittimo*, in www.giustamm.it, 27 agosto 2018.
- PORTALURI P.L., *Lupus lupi non homo. Diritto umano per l'ethos degli "animali"*, in www.giustamm.it, 21 aprile 2018.
- SANDULLI M. S., *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in giustistia-amministrativa.it, Roma, 2013.
- SANDULLI M. S., *Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011*, in www.giustamm.it, www.federalismi.it e in *Foro amm. TAR*, 2011.
- SCOCA F. G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria.*, Torino, Giappichelli Editore, 2017.

Giurisprudenza

- Cons. St., Sez. VI 15 maggio 2017, n. 2294.
- Cass. Penale n. 11576 del 11 maggio 2018.
- Cass. Sez. u., 17 febbraio 2017, n. 4229.
- Cass., Sez. u., 25 settembre 2017, n. 22254.
- Cons. St. sez. V, 9 marzo 2015 n. 1171.

- Cons. St., Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 11, in *Federalismi* e in *Forum di Quaderni costituzionali*.
- Cons. St., Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 12, in *Federalismi* e in *Forum di Quaderni costituzionali*.
- Cons. St., Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 13, in *Federalismi* e in *Forum di Quaderni costituzionali*.
- Cons. St., Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 14, in *Federalismi* e in *Forum di Quaderni costituzionali*.
- Cons. St., Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 15, in *Federalismi* e in *Forum di Quaderni costituzionali*.
- Cons. St., Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 16, in *Federalismi* e in *Forum di Quaderni costituzionali*.
- Cons. St., Adunanza Speciale del 29 maggio 2018, n. 1632.
- Cons. St., Sez V, del 30 aprile 2014 n. 2246.
- Cons. St., sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192.
- Cons. St., Sez. IV, del 28 gennaio 2016, n. 323.
- Cons. St., sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299.
- Cons. St., Sez. V, 25 luglio 2018, n. 4529.
- Cons. St., sez. V, 30 aprile 2014 n. 2246.
- Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2007 n. 2245.
- Cons. St., Sezione affari normativi – Commissione Speciale n. 1119 del 26 aprile 2018.
- Cons. St., sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192.
- Cons. St., Sez. V, 18 gennaio 2016, n. 122.
- Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 11382/16.
- T.A.R. Lazio, Sez. I ter, 12 dicembre 2006, n. 14212.
- T.A.R. Veneto, Sez. III, 16 febbraio 2017, n. 171.
- T.A.R. Lazio, Sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1119.
- Tar Lazio, sez. I, 14 ottobre 2016, n. 10309.