

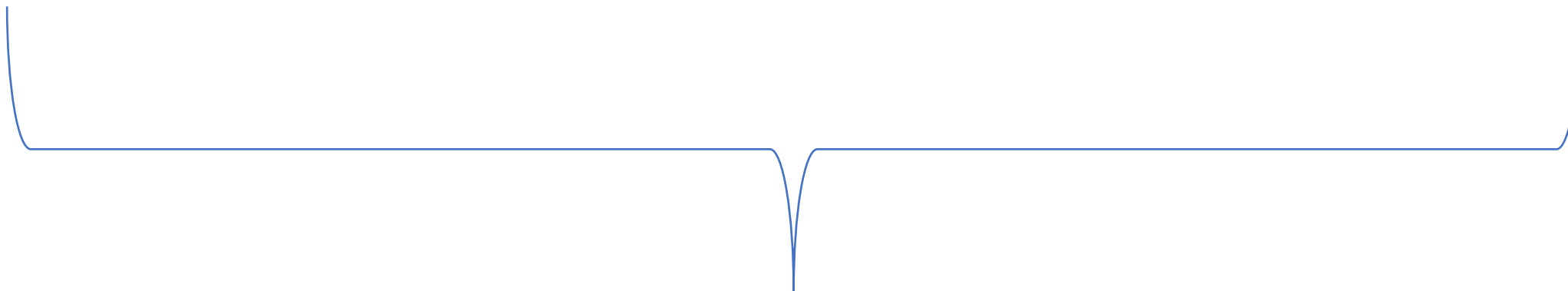
**Università degli Studi di Roma Sapienza  
- Dipartimento di Management**

*Corso di Alta Formazione (CAF) in “Codice degli appalti e dei contratti pubblici”*

**L’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC): compiti e funzioni dopo il nuovo Codice. Gli atti dell’ANAC e la loro natura giuridica. Le Linee guida, le raccomandazioni, i pareri di precontenzioso, ecc.**

# **Le attività dell'ANAC**

(da una lettura sistematica delle norme del nuovo codice)



**Indirizzo e regolazione**

**Vigilanza**

**Segnalazione**

**Irrogazione di sanzioni**

**Precontenzioso e  
gestione del contenzioso**

## Art. 213, commi 2 e 3, c.c.p.

L'attività di indirizzo e di regolazione corrisponde all'adozione di linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri strumenti, definiti dalla legge delega di **regolazione flessibile** (di *soft law*), al fine di garantire la promozione dell'efficienza e il supporto delle stazioni appaltanti.



**In che termini si può parlare di regolazione flessibile?**

## La collocazione delle linee guida ANAC nel sistema delle fonti

Nella concezione tradizionale le linee guida dovrebbero costituire un'espressione propria del **potere di direttiva**, che si declina, a sua volta mediante l'indicazione delle modalità attuative del precetto normativo (raccomandazioni, istruzioni), ma mai per mezzo di regole cogenti e vincolanti.



Le linee guida ANAC non appaiono di certo riconducibili alla *soft law* in senso stretto. Il fenomeno della *soft law* postula l'assenza di vincolatività della regola di cui si tratta, il cui rispetto viene rimesso dall'adesione volontaria, anche per effetto della *moral suasion* dell'autorità che la emana; **le linee guida, invece, sono state pensate e previste, come idonee a costituire diritti e obblighi in capo ai destinatari.**



**Il Consiglio di Stato sulle linee guida ANAC e sul sistema delle fonti**

***Le linee guida del MIT  
(su proposta di ANAC)***

Si tratta di un vero e proprio **atto normativo di natura regolamentare**, considerata, la loro «chiara efficacia innovativa nell'ordinamento, cui si accompagna il **carattere generale ed astratto delle norme** in esso contenute»; si tratta pertanto di un regolamento ministeriale a carattere normativo, da cui discende la necessità di seguire, **per la sua emanazione, l'iter procedurale previsto dall'art. 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988.**

***Le linee guida  
vincolanti dell'ANAC***

Si tratta di atti privi di natura normativa, poiché non in linea con il sistema delle fonti italiane; essi sono **atti di regolazione delle Autorità indipendenti**: non propriamente regolamenti, ma **atti amministrativi generali**.

**Le conseguenze sul piano applicativo:** (i) riconferma la portata generale e vincolante di tali atti; (ii) consente di assicurare tutte le garanzie procedurali e di qualità della regolazione vigenti per le Autorità indipendenti (*quali l'obbligo di sottoporre le delibere di regolazione ad una preventiva fase di "consultazione"; la necessità di munirsi di strumenti di Analisi di impatto della regolazione (AIR) e di verifica ex post dell'impatto regolatorio (VIR)*); (iii) consente la realizzazione di forme di adeguata pubblicità (*la pubblicazione sul sito della stessa Autorità e anche sulla Gazzetta Ufficiale*).

***Le linee guida non  
vincolanti dell'ANAC***

Si tratta di **atti amministrativi generali**; l'amministrazione può disattendere l'osservanza delle linee guida adottando un atto che contenga un'adeguata e puntuale motivazione.

## *La distinzione tra linee guida vincolanti e non vincolanti*

### *Linee guida vincolanti*



Per esempio, cfr. art. 78, sui criteri per nomina componenti delle commissioni aggiudicatrici.

#### **Art. 78, c. 1-bis.**

Con le linee guida di cui al comma 1 sono, altresì, disciplinate le modalità di funzionamento delle commissioni giudicatrici, prevedendo, di norma, sedute pubbliche, nonché sedute riservate per la valutazione delle offerte tecniche e per altri eventuali adempimenti specifici.

### *Linee guida non vincolanti*



Per esempio, cfr. art. 71, sui bandi tipo.

#### **Art. 71.**

Fatto salvo quanto previsto dagli articoli 59, comma 5, secondo periodo, e 63, tutte le procedure di scelta del contraente sono indette mediante bandi di gara. Al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte, successivamente alla adozione da parte dell'ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità agli stessi.

## *La prospettazione del Consiglio di Stato è divisibile?*

*I pareri del Consiglio di Stato*

### ***Criterio soggettivo***

*La natura delle linee guida ANAC come atti amministrativi generali viene desunta dalla natura soggettiva dell'ANAC di Autorità indipendente.*



*La dottrina*

### ***Criterio oggettivo***

*Confutazione della tesi proposta dal Consiglio di Stato: le linee guida ANAC, pur avendo una portata erga omnes, hanno carattere astratto e non concreto; pertanto non possono essere considerati in senso proprio degli atti amministrativi generali.*

*La natura delle linee guida dell'ANAC deve essere desunta dal contenuto oggettivo delle stesse.*



**Se vincolanti,**  
esse sono dei regolamenti amministrativi

**Se non vincolanti,**  
esse sono degli atti amministrativi di indirizzo

*Le linee guida dell'ANAC sono impugnabili?*



**Cfr. art. 1, comma 1, lett. t), legge n. 11 del 2016**, che fa salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa.

**Cfr. altresì gli artt. 204 e 2013 del d.lgs. n. 50 del 2016.**

*I tempi del ricorso*



*L'oggetto del ricorso*



*Solo le linee guida vincolanti o anche le linee guida non vincolanti?*



## *I tempi del ricorso*



L'impugnazione tipicamente dovrà essere rivolta **contro l'atto esecutivo delle linee guida**, entro il termine di decadenza che decorre dalla conoscenza di tale atto, nonché contro la norma regolamentare.

La regola, tuttavia, non è pacifica rispetto alle **linee guida non vincolanti** per cui si pongono **due dubbi**: in primo luogo, se esse siano autonomamente impugnabili (o se si debba impugnare soltanto l'atto esecutivo); in secondo luogo, allorché siano ritenute impugnabili, se il termine di decadenza decorra dalla loro emanazione ovvero dalla conoscenza dell'atto esecutivo. La dottrina tende a dare una risposta affermativa a entrambi i dubbi.

## *L'oggetto del ricorso*

### *Linee guida vincolanti*



Le linee guida vincolanti sono senza alcun dubbio **impugnabili**; in tal senso depone, oltre l'art. 11 della legge delega, la loro natura sostanziale di regolamenti.

### *Linee guida non vincolanti*

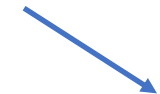


L'impugnabilità delle linee guida *non* vincolanti è discussa; l'art. 11 della legge delega sembrerebbe deporre in tal senso, tuttavia, la loro natura sostanziale di atti di indirizzo amministrativo può sollevare dubbi.

La scienza giuridica maggioritaria, tuttavia, ritiene che **le linee guida, alla stessa stregua delle circolari amministrative:**



...se contengono indicazioni che impongono di motivare l'eventuale disapplicazione delle stesse, **saranno impugnabili**



...se si limitano all'esplicitazione delle del significato della norma primaria (meramente interpretative) **non saranno impugnabili**

## *In che termini le linee guida possono essere sindacate?*

### *Linee guida vincolanti*

La norma del codice indica i contenuti, i criteri e le finalità (art. 83, c. 2)

***Violazione di legge***

La norma del codice indica soltanto l'obiettivo (art. 80, c.13)

***Valutazione della ratio e coerenza logica e funzionale***

La norma del codice delega in bianco (art. 31, c. 5)

***Violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità***

### *Linee guida non vincolanti*

***Violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità***

## L'ATTIVITÀ DI VIGILANZA E CONTROLLO

### **(a) L'attività di vigilanza sui contratti pubblici (art. 213, comma 3, lett. a-b).**

L'ANAC **vigila sui contratti pubblici** nei settori sia ordinari, sia speciali, sui contratti esclusi e sui contratti secretati e **sull'economicità nell'esecuzione dei contratti** affinché non derivi pregiudizio per il pubblico erario.



### **(b) L'attività di vigilanza collaborativa (art. 213, comma 3, lett. h).**

L'ANAC svolge **un'attività di vigilanza collaborativa sulla base di protocolli di intesa con le stazioni richiedenti**, finalizzata a supportare le medesime nella predisposizione degli atti e nell'attività di gestione della procedura di gara.



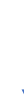
***Per affidamenti di particolare interesse???***

## **Gli strumenti a disposizione dell'ANAC nello svolgimento dell'attività di controllo e vigilanza sui contratti pubblici.**

Tra i vari strumenti si segnala l'**Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture**, composto da una sezione centrale e da sezioni regionali aventi sede presso le regioni e le province autonome (art. 213, c. 9); e il **Casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture**, contenente tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici (art. 213, c. 10).

## **Gli effetti dell'attività di vigilanza e controllo.**

La vigilanza e il controllo, oltre all'irrogazione di sanzioni, può essere funzionale all'attribuzione di punteggi rilevanti per il *rating* e l'assegnazione di premi.



L'ANAC, ai sensi dell'art. 213, c. 7, c.c.p., collabora con l'AGCM per la rilevazione di comportamenti che possano essere valutati ai fini dell'attribuzione del **rating di legalità** delle imprese (di cui all'*5-ter* d.l. n. 1 del 2012).

Il rating di legalità concorre alla determinazione del rating di impresa. Il **rating di impresa** è disciplinato dall'art. 83, c. 10, c.c.p.; la sua gestione è affidata interamente all'ANAC e corrisponde a un sistema di certificazione fondato su criteri di tipo reputazionale.

**(c) L'attività di tenuta e gestione di albi ed elenchi.**

L'autorità gestisce l'elenco delle stazioni appaltanti qualificate (art. 38); l'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici (art. 78); **l'elenco delle stazioni appaltanti che operano tramite affidamenti in house (art. 192)**, l'elenco dei soggetti aggregatori nell'ambito dell'anagrafe unica delle stazioni appaltanti (213, c. 15-16).



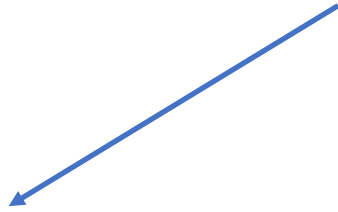
**L'ANAC è competente a verificare la sussistenza delle condizioni per il ricorso all'*in house* e a tenere l'elenco delle amministrazioni che possono ricorrervi.**

## L'ATTIVITÀ DI SEGNALAZIONE

L'ANAC **segnala al Governo e al Parlamento** «**fenomeni particolarmente gravi** di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore» (art. 213, c. 3, let. c); **formula al Governo proposte** in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore (let. d); **predispone e invia al Governo e al Parlamento una relazione annuale** sull'attività svolta sottolineando le disfunzioni riscontrate nell'esercizio della funzione (let. e).

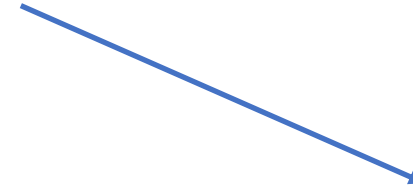
## *Il potere di disporre il commissariamento delle imprese in funzione di anticorruzione*

*Art. 32, d.l. n. 90 del 2014*



**Nei casi in cui l'autorità in cui l'giudiziaria "proceda" per l'accertamento di alcuni delitti contro la p.A.** (concussione, corruzione, istigazione alla corruzione, peculato, induzione indebita, traffico di influenze illecite, turbata libertà degli incanti, turbata libertà del procedimento di scelta del contraente).

La disposizione non fa riferimento ai casi in cui sia pendente un processo penale, ma piuttosto ai **casi in cui sia pendente un semplice procedimento penale.**



**Nei casi in cui si abbia contezza di «rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto, per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture».**



## *Il procedimento di commissariamento si compone di due fasi:*

### **Prima fase**

**L'iniziativa spetta al Presidente dell'ANAC.**



Nei casi in cui l'autorità giudiziaria proceda all'accertamento dei delitti contro la P.A. si pone **il problema della conoscibilità delle indagini da parte del Presidente dell'ANAC.**

### **Seconda fase**

**Il potere decisorio spetta al Prefetto.**

**Il Prefetto può altresì disporre autonomamente il commissariamento** nei casi in cui sia stata emessa un'informativa antimafia interdittiva e sussista «l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità delle funzioni e servizi indifferibili per la tutela dei diritti fondamentali, per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici».

Il Prefetto **valutata la particolare gravità' dei fatti oggetto dell'indagine**, intima all'impresa di provvedere al rinnovo degli organi sociali sostituendo il soggetto coinvolto e ove l'impresa non si adegui nel termine di trenta giorni ovvero nei casi più gravi, provvede nei dieci giorni successivi con decreto alla nomina di uno o più amministratori, in numero comunque non superiore a tre.

## L'ATTIVITÀ SANZIONATORIA

### *Poteri sanzionatori di carattere generale*

L'art. 213, c. 13, attribuisce all'ANAC il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei «**soggetti che rifiutano o omettono, senza giustificato motivo, di fornire informazioni o esibire documenti**» e nei confronti degli operatori che **non ottemperano alla richiesta di comprovare il possesso di requisiti** di partecipazione alla procedura di affidamento o **esibiscono documenti non veritieri.**

### *Poteri sanzionatori di carattere speciale*

L'ANAC irroga sanzioni amministrative altresì in casi individuate da disposizioni specifiche del Codice; tra questi, per esempio, quelli di mancata o tardiva comunicazione (art. 106, c. 8) e di illegittima approvazione (art. 106, c. 14) delle **varianti in corso d'opera**, in cui si rinvia all'applicazione del'art. 213 c.c.p.

# L'ATTIVITÀ DI PRECONTENZIOSO

## *I PARERI FACOLTATIVI DI PRECONTENZIOSO*

L'art. 211, c. 1, prevede la possibilità per l'ANAC di esprimere un parere vincolante, da rendersi entro 30 giorni dalla ricezione della relativa richiesta, stabilendo, che le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito debbano attenersi a ciò che in esso è stabilito.

**«Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50»**

**Istanza presentata singolarmente dalla stazione appaltante o da parte interessata**



**Parere non vincolante**  
*A meno che (i) l'istante abbia comunicato di volersi attenere al parere; (ii) le altre parti, entro dieci giorni dalla comunicazione dell'istanza, comunichino la loro adesione*

**Istanza presentata congiuntamente dalla stazione appaltante e da parte interessata**



**Parere vincolante**  
*Sempre che le parti abbiano comunicato di volersi attenere al contenuto del parere*

# La duplice funzione del parere di precontenzioso

## Istanza avanzata *prima* dell'adozione di un provvedimento



Il parere ANAC assume connotati “interpretativi”, in quanto, in tal caso, l'intervento dell'Autorità si traduce sostanzialmente in un **atto di indirizzo dell'azione amministrativa**, che risolve in via preventiva, nelle more del procedimento, questioni interpretative sorte nel corso della procedura di gara.

## Istanza avanzata *dopo* l'adozione di un provvedimento



Il parere ANAC assume i connotati di “**giudizio**” in quanto l'Autorità pone in essere un'attività squisitamente “giustiziale”. La pronuncia dell'ANAC, pur avendo la forma di parere, rappresenta, nella sostanza, **una decisione amministrativa**, assunta all'esito di un procedimento contenzioso di carattere giustiziale, preordinato a risolvere una questione sorta tra l'Amministrazione e il privato in vista della realizzazione della giustizia nel caso concreto.

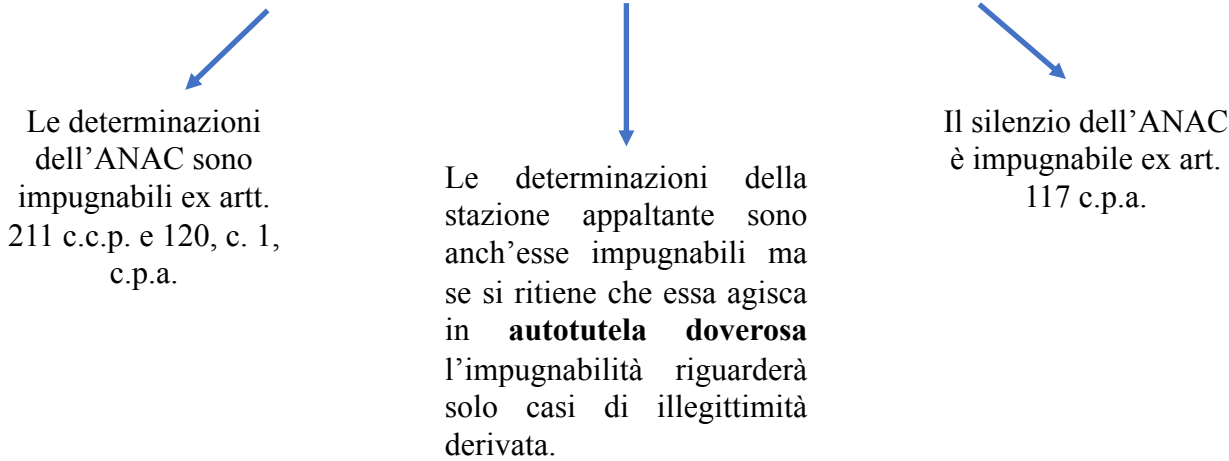
## L'instaurazione del procedimento precontenzioso

### L'instaurazione del procedimento non ha efficacia sospensiva sulla procedura di gara

L'istanza introduttiva reca, tuttavia, l'impegno «a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione fino al rilascio del parere».

### L'emanazione del parere fa sorgere l'obbligo di adeguamento alla pronuncia

Il parere, esso, anche se vincolante, non consente all'ANAC di «adottare atti in luogo della stazione appaltante», né produce effetti costitutivi, modificativi o estintivi sull'eventuale provvedimento oggetto della «questione controversa», ma fa soltanto sorgere, nel caso di accertamento vincolante di un vizio, un **obbligo della stazione appaltante di adeguarsi alla pronuncia dell'ANAC con l'esercizio di poteri di autotutela**.



Le determinazioni dell'ANAC sono impugnabili ex artt. 211 c.c.p. e 120, c. 1, c.p.a.

Le determinazioni della stazione appaltante sono anch'esse impugnabili ma se si ritiene che essa agisca in **autotutela doverosa** l'impugnabilità riguarderà solo casi di illegittimità derivata.

Il silenzio dell'ANAC è impugnabile ex art. 117 c.p.a.

***DALLE RACCOMANDAZIONI VINCOLANTI IN  
FUNZIONE DI AUTOTUTELA...***

L'art. 211, c. 2, attribuiva all'ANAC il potere di raccomandare alla stazione appaltante di annullare in autotutela gli atti illegittimi entro sessanta giorni e, correlativamente, il potere di sanzionare la stazione appaltante che non si fosse adeguata a tale raccomandazione.

**Tale previsione è stata abrogata dal d.lgs. n. 56 del 2017.**

***...ALLA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE IN  
FUNZIONE DI TUTELA***

**Il d.l. n. 50 del 2017 introduce all'art. 211, il comma 1-bis, che attribuisce all'ANAC il potere di impugnare, previo parere motivato che invita l'Amministrazione ad emendare i vizi di legittimità, i provvedimenti amministrativi illegittimi.**


L'ANAC diventa così, come l'AGCM, **titolare di una legittimazione "straordinaria"**, basata non già sulla titolarità di un interesse legittimo e di un interesse concreto ed attuale alla rimozione dell'atto, ma direttamente **sull'interesse pubblico e generale alla legittimità dell'azione pubblica.**

## LA CAMERA ARBITRALE: CENNI

### Art. 210 c.c.p.

1. Presso l'ANAC è istituita la **Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture**, di seguito camera arbitrale.
2. La Camera arbitrale **cura la formazione e la tenuta dell'Albo degli arbitri per i contratti pubblici**, redige il codice deontologico degli arbitri camerale e provvede agli adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale.
3. **Sono organi della Camera arbitrale il Presidente e il consiglio arbitrale.**
4. **Il consiglio arbitrale, composto da cinque membri, è nominato dall'ANAC** fra soggetti dotati di particolare competenza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, al fine di garantire l'indipendenza e l'autonomia dell'istituto, nonché dotati dei requisiti di onorabilità stabiliti dalla medesima Autorità. **Al suo interno, l'ANAC sceglie il Presidente.**

**In conclusione:  
i fattori di proliferazione delle funzioni dell'ANAC**



(I) L'esigenza di innovare l'autorità di vigilanza dei contratti pubblici (AVCP), senza eliminare compiti e risorse preesistenti.

(II) La volontà di rafforzare controlli, interventi e sanzioni in una materia dominata da una diffusa *mala gestio*.

(III) Il forte sviluppo della disciplina dell'anticorruzione e della trasparenza, a sua volta caratterizzata dalla previsione di misure, controlli e sanzioni.



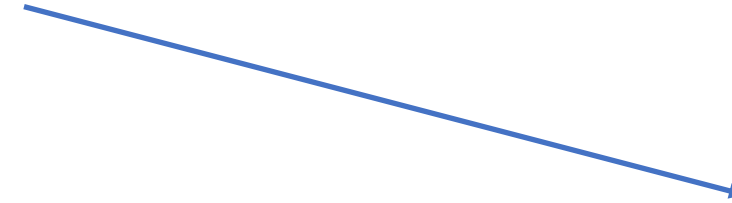
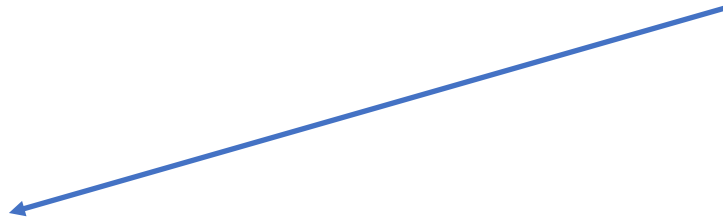
**Le funzioni attribuite ad ANAC sono tra loro compatibili?**



**Le funzioni attribuite ad ANAC sono tra loro compatibili?**



**La commistione di poteri di controllo e sanzionatori in capo alla medesima Autorità contravviene al**



Principio per cui chi controlla l'uso delle risorse pubbliche non dovrebbe avere il potere di limitare la discrezionalità del controllato (chi controlla non dovrebbe indirizzare l'oggetto del controllo).

Principio per cui il controllore non dovrebbe accertare le responsabilità ed emettere sanzioni pecuniarie (le due funzioni dovrebbero spettare a soggetti distinti).