amministrativ@mente

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale
Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 11-12/2016

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, , Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe, Fabrizio Cerioni.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Il parere del consiglio di stato sui provvedimenti ANAC

di Vincenzo Cocozza[1]

Sommario

1. – I pareri del Consiglio di Stato del 2 agosto 2016 e del 14 settembre 2016. – 2. – L'effetto fondativo conformativo del potere in tali pareri. – 3. – La configurazione del controllo svolto.

[1] Professore di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

1. – I pareri del Consiglio di Stato del 2 agosto 2016 e del 14 settembre 2016

C'è un processo in atto che va osservato con la dovuta attenzione perché espressivo di una linea di tendenza attuativa della Costituzione relativamente al ruolo consultivo del Consiglio di Stato.

Se non vi è dubbio che i pareri del Consiglio di Stato sempre di più svolgono un ruolo conformativo dei processi di riforma della P.A., e di sollecitazione per una trasformazione della pubblica amministrazione, è significativo che essi si siano estesi a settori che si poteva ritenere ne fossero esclusi.

Non soltanto ciò sta accadendo, ma, c'è da aggiungere, sta consentendo al Consiglio di Stato di fissare ruoli e funzioni anche in assenza di specifica previsione normativa.

Due recenti pareri resi nell'agosto e nel settembre del 2016 ne rappresentano una testimonianza interessante. Entrambi intervengono su atti sottoposti alla fase consultiva dall'ANAC, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, senza che vi sia, come è noto, alcuna disciplina che la preveda.

Nel primo (2 agosto 2016, n. 1767), sono state valutate dal Consiglio di Stato le linee guida approvate dall'ANAC relativamente al responsabile unico del procedimento, all'offerta economicamente più vantaggiosa e ai servizi attinenti all'Architettura e all'Ingegneria.

Nel secondo (14 settembre 2016, n. 1920), è stato esaminato lo schema di regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso, ai sensi dell'art. 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 "Nuovo Codice degli Appalti".

Come è noto, si tratta di atti, le linee guida ed il regolamento, previsti dal d.lgs. 50/2016.

Le prime dall'art. 31, comma 5, e dall'art. 213, comma 2.

Il secondo dall'art. 211.

Presentano entrambi la peculiarità, con differente *nomen iuris*, di consentire all'ANAC di sostituire con essi la precedente disciplina da regolamento.

Per le linee guida, il nuovo Codice del 2016 ha così previsto tre tipi di provvedimenti attuativi:

a) quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'Autorità nazionale anticorruzione, previo parere delle competenti commissioni parlamentari;

b) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes*, e in particolare le linee guida;

c) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante.

Il d.P.R. n. 207 del 2010 continuerà a trovare applicazione fino all'entrata in vigore di queste nuove modalità esecutive (art. 216).

Per il regolamento attinente al rilascio dei pareri di precontenzioso, si è trattato di disciplinare quanto disposto dall'art. 211 del d.lgs. 50/2016, alla stregua del quale le parti (stazione appaltante o una o più delle altre parti) possono chiedere all'ANAC di esprimersi relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara. E ciò entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere reso è vincolante per le parti che vi abbiano preventivamente consentito.

Si tratta, comunque, di un atto amministrativo impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. Con la conseguenza, però, che, in caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo.

È ancora previsto che l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, possa rilevare eventuali vizi di legittimità in uno degli atti della procedura di gara. In tal caso, può invitare mediante atto di raccomandazione, la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere gli even-

tuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000, posta a carico del dirigente responsabile. È previsto anche che la sanzione incida sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 38 del presente codice.
Anche la raccomandazione, come atto amministrativo, è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo.
Sono, dunque, provvedimenti differenti, quelli dell'ANAC, di incerta natura che, però, come detto, sostituiscono una precedente disciplina da regolamento. E per i quali non è contemplata la sottoposizione al parere del Consiglio di Stato.
Quest'ultimo elemento è segnalato subito, in avvio dei pareri del Consiglio di Stato.
Nel primo, dell'agosto 2016, si sottolinea il particolare rilievo della richiesta avanzata dall'ANAC, perché, pur non essendo il parere obbligatorio, si coglie nel comportamento dell'Autorità una logica di fattiva cooperazione istituzionale. E questo fattore rappresenta un ulteriore tassello di un ruolo della funzione consultiva in trasformazione.
E - va notato - questo elemento viene valorizzato dal Consiglio di Stato ponendo in evidenza che, pur a fronte di tre linee guida di diversa natura, si è preferito fornire un parere unitario. Anzi, proprio per tale particolarità, è stata costituita una Commissione speciale per integrare la Sezione consultiva per gli atti normativi.
Sul punto, il Consiglio di Stato ha modo di sottolineare come il suo intervento esprima, in tal maniera, la complementarietà fissata in Costituzione delle funzioni consultive con quelle giurisdizionali.
Nel secondo parere, del settembre 2016, l'approccio è analogo perché viene, anche in questo caso, evidenziato che non vi sono precedenti di parere sui regolamenti in questione e che, pertanto, la Commissione esaminerà le implicazioni sul piano costituzionale, amministrativo-procedimentale e giurisdizionale.
Ne derivano due pareri che, riferiti anche ai contenuti degli atti analizzati, sono soprattutto di impianto generale e di sistema.
Ed è, soprattutto, quest'ultimo elemento che sembra meritevole di interesse.

2. L'effetto fondativo conformativo del potere in tali pareri

Si possono, così, cogliere effetti immediati ed alcune conseguenze di tali effetti.
Innanzitutto, dalla pronuncia del Consiglio di Stato vi è un effetto fondativo e delimitativo del potere dell'Autorità. In tal senso, le linee guida vengono inquadrate come atti amministrativi generali, con quanto ne consegue in termini di rispetto della regola procedimentale fissata per il provvedimento amministrativo.
E, con particolare riguardo a quelle vincolanti, c'è una sorta di catalogo dei requisiti ai quali corrispondere.
In tale direzione:
È necessaria una sistematica "consultazione", che costituisce ormai una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al *decision making process* dei soggetti interessati e che ha anche l'ulteriore funzione di fornire ulteriori elementi istruttori/motivazionali rilevanti per la definizione finale dell'intervento regolatorio». Sempre in coerenza con la natura e le finalità dei provvedimenti in esame, è necessaria una attenta analisi di impatto della regolazione (AIR).
Vi è, poi, la necessità che, alla fase di adozione delle linee guida, segua una attenta verifica *ex*

post dell'impatto della regolazione (VIR), ai fini di un eventuale adattamento del contenuto delle linee guida alle esigenze emerse nella fase di concreta ed effettiva applicazione. Ed è necessario impedire, nel medio-lungo periodo, la proliferazione di linee guida, con fenomeni di *regulatory inflation* che possono essere evitati raccogliendo in modo sistematico le indicazioni modificative, integrative o correttive che (necessariamente) seguiranno nel periodo successivo a questa fase di prima applicazione del codice.

L'effetto fondativo-conformativo è ancora più evidente nella seconda ipotesi, quando le valutazioni del Consiglio di Stato hanno dovuto, prima di ogni cosa, inquadrare il potere esercitato dall'ANAC e la sua identificazione.

La norma legislativa dell'art. 211, come si è ricordato, prevede, nel comma 1, un parere dell'Autorità per questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, che può essere anche di carattere vincolante. Il secondo comma prevede, poi, possibili atti di raccomandazione della stessa Autorità con effetti qualora la stazione appaltante non si adegui ad essi. Non è stabilito che vi sia al riguardo un intervento regolamentare dell'Autorità.

Per tal ragione, la Commissione speciale procede ad una indagine sul fondamento di un tale potere. Ribadisce, così che «*Alle Autorità indipendenti in generale ed a quelle di regolazione in particolare il potere regolamentare spetta quale corollario delle attribuzioni loro riconosciute dalla legge, strettamente connesso all'elemento di indipendenza che le connota, esso traducendosi nel riconoscimento del potere di esercitare direttamente i compiti di regolamentazione e controllo dei settori alla cui salvaguardia sono preposte*».

A seguire il percorso argomentativo della Commissione speciale, però, non è difficile scorgere le difficoltà di esatto inquadramento.

Al di là del problema, che con frequenza si propone, sulla qualificazione di atto normativo o meno (il Consiglio di Stato accede a tale visione del provvedimento in questione), vi è da fissare la distanza di tale atto rispetto alle linee guida vincolanti. E il Consiglio di Stato non può non esprimere la problematicità di una distinzione, nel momento in cui ribadisce che il regolamento presenta una rilevante analogia con le linee guida, dal momento che disciplina un atto – il parere precontenzioso – assimilabile ad una sorta di direttiva del caso concreto alle parti in lite. Anche perché di raccomandazione parla espressamente il comma 2 dell'art. 211, con riguardo all'ipotesi dell'invito all'esercizio dell'autotutela.

Vi è anche l'ulteriore problema della qualificazione che porta il Consiglio di Stato ad inserire il regolamento tra quelli di organizzazione, ma con incertezze da segnalare. Così quando si riconosce che vi possono essere «*inevitabili ricadute su terzi*».

Ed anche quando si valutano le previsioni, nel regolamento contenute, di cause di inammissibilità della richiesta. Da un lato, perché alcune cause di inammissibilità e improcedibilità sono prive di base legale. In particolare, così, l'atto regolamentare finisce per ampliare, in modo improprio, quanto stabilisce la legge. Così non può essere consentito fissare una inammissibilità dell'istanza in assenza di "controversia insorta tra le parti" , perché è sufficiente che sia insorta una questione. Alla stessa maniera, non si può fissare una inammissibilità dell'istanza quando sia intervenuta la stipula del contratto, perché l'ANAC esprime parere relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara. Con la conseguenza che la stipulazione contrattuale non è limite, essendo ben possibile che la questione si ponga dopo tale momento, pur riguardando la fase di gara. Anzi, questa è l'ipotesi più problematica e che ben può verificarsi in una pluralità di situazioni. Né si può limitare la procedura, trasferendo in cause di inammissibilità la richiesta se inferiore ad una certa soglia.

Ancora, e sullo stesso piano logico, non può esservi una limitazione al diritto di tutela precontenziosa, tradotta in improcedibilità quando la procedura è esclusa per la "esistenza o sopravvenienza di un ricorso giurisdizionale avente contenuto analogo, che le parti hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità". Il riferimento al contenuto "analogo" è piuttosto generico, appare opportuno chiarirlo. Il rigore formulativo si impone perché sono in gioco diritti e l'utilizzo di formule vaghe, quale è " contenuto analogo ", va evitato.
In definitiva, da un lato, vi è una tendenza espansiva della regolazione che viene contemperata dall'intervento consultivo. Nello stesso tempo si utilizzano categorie di inquadramento del potere (in questo caso regolamento di organizzazione) che lasciano non pochi dubbi. Tanto che lo stesso Consiglio di Stato deve ammettere «*Non può tacersi, peraltro, che una norma sull'inammissibilità e l'improcedibilità è al limite con il potere regolamentare di organizzazione*».
Non è sbagliato, ritengo, affermare che il Consiglio di Stato, a fronte delle tante difficoltà, ha offerto un contributo determinante di legittimazione e di definizione delle funzioni.

3. La configurazione del controllo svolto.

Questi elementi trovano, poi, una qualche corrispondenza con le stesse modalità del controllo svolto ai fini del parere. Questo dato ha un riscontro interessante sia nel primo che nel secondo parere.
Quando fronteggia le linee guida, la Commissione speciale, chiarito che le verifiche in sede consultiva non possono costituire giammai un «*cappello preventivo di legittimità*», precisa che i rilievi da essa svolti riguarderanno, ovviamente, il rispetto del parametro legislativo ovvero gli spazi di regolazione non autorizzati dalla fonte primaria. Ma, aggiunge, e questo dato è interessante, riguardano anche la ragionevolezza per cogliere il rispetto dei principi generali regolanti l'azione amministrativa. Cioè un parametro duttile, sviluppato dalla giurisprudenza costituzionale, che ha molti punti di contatto con il modo in cui la discrezionalità è stata utilizzata.
Nel secondo parere, poi, specifica meglio questo concetto quando nota che, per il sindacato sostanziale, vi è l'assenza di parametri rigidi. Questo determina che vi è una minore delimitazione degli spazi di intervento del regolatore e ciò si riflette sulle figure di illegittimità. Non più tanto la violazione di legge, quanto una crescente valorizzazione dell'eccesso di potere.
Anche in questo caso, l'eccesso di potere viene utilizzato tenendo conto della particolare natura (più di regolazione che amministrativa) dell'atto oggetto di sindacato. Nel contempo, essa è il modo per valutare il rispetto da parte dei regolatori dei principi della coerenza, proporzionalità, ragionevolezza, logicità, adeguatezza della regola imposta agli operatori di settore.
Si conferma, in tal maniera, che il controllo di ragionevolezza, in senso ampio, sta assumendo sempre più i caratteri di un metodo di giudizio del giudice amministrativo con tutte le problematiche che un siffatto modo di procedere comporta per distinguere legittimità e merito.
Volendo, a questo punto, trarre qualche elemento ricostruttivo, si può ritenere che vi sono molti aspetti importanti da evidenziare nelle due decisioni della Commissione speciale che, nella veste del parere, hanno contenuti ben più ampi e coinvolgenti.
Il fattore cooperativo fra istituzioni, giustamente segnalato dal Consiglio di Stato, è, ovviamente, da guardare con grande favore soprattutto nell'ottica di una verifica di legittimità dell'azione di qualsivoglia autorità, anche indipendente.
Rimane, forse, il problema di una possibile incidenza sulla specificità dei ruoli.

La ragion d'essere dell'autorità indipendente, per le caratteristiche dei settori di intervento, che fonda anche i suoi poteri, deve, in tal modo, trovare il più equilibrato modo di raccordo con un controllo che si estende alle soluzioni di carattere più squisitamente tecnico.
Tale autorità riceve, per un verso, un limite dal parere dell'organo di consulenza. Per altro, attraverso esso, trova fondamento più solido al suo intervento sia in termini di inquadramento, sia in quelli degli ambiti di estensione.
Il Consiglio di Stato, d'altra parte, può arricchire il suo contributo conformativo con l'attività di consulenza, estendendo la sua opera anche in settori che non vi sarebbero obbligatoriamente ricompresi.
Ovviamente, il tutto si deve accompagnare con l'effettività delle prescrizioni e, quindi, con il recepimento delle indicazioni ricevute perché, davvero, la cooperazione, posta a base dell'evoluzione, sia conseguita.