

Numero 01435/2018 e data 31/05/2018 Spedizione



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

## Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 3 maggio 2018

**NUMERO AFFARE 00743/2018**

OGGETTO:

Autorita' nazionale anticorruzione.

Regolamento di definizione della disciplina della partecipazione a procedimenti di regolazione ANAC e di una metodologia di acquisizione e analisi dati rilevanti per AIR e VIR;

**LA COMMISSIONE SPECIALE del 3 maggio 2018**

Vista la nota di trasmissione della relazione prot. n. 0029984 in data 6.4.2018 con la quale l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e uditi i relatori Paolo Giovanni Nicolò Lotti e Luigi Massimiliano Tarantino;

1. Oggetto del presente Parere è il Regolamento per la definizione della disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e di una metodologia di

acquisizione e analisi quali-quantitativa dei dati rilevanti ai fini dell'analisi d'impatto della regolazione (AIR) e della verifica di impatto della regolazione (VIR), elaborato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, predisposto all'esito di una consultazione pubblica svoltasi in modalità aperta che ha visto la partecipazione di una sola associazione di categoria (ANCE).

L'intervento dell'Autorità in esame trova il suo fondamento normativo nell'art. 12 della legge 29 luglio 2003, n. 229, nonché nell'art. 213, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il quale ultimo stabilisce 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"*.

Pertanto, il presente Regolamento è destinato a sostituire il precedente Regolamento 24 ottobre 2013, avente già medesimo oggetto, recante *«Disciplina dell'analisi di impatto della regolazione (AIR) e della verifica di impatto della regolazione (VIR)»*, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 278 del 27 novembre 2013, nonché il Regolamento 8 aprile 2015 recante *«Disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione»* pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 92 del 21 aprile 2015, unificando pertanto, in modo efficace e sistematico tutti gli aspetti riguardanti il potere di regolazione riconosciuto all'Autorità nella sua fase genetica.

In considerazione delle nuove competenze attribuite all'Autorità dal d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50 e, in particolare, del ruolo ricoperto dalla

stessa nell'ambito del nuovo sistema di attuazione delle disposizioni codicistiche demandato anche a strumenti di cd. soft law (cfr., più in specifico, le considerazioni già espresse da questa Sezione Affari Normativi, Comm. Spec., 1° aprile 2016, n. 855 e Comm. Spec., 2 agosto 2016, n. 1767 reso su tre Linee Guida (RUP, OEPV, SIA), è da ritenersi condivisibile l'opportunità, espressa dall'ANAC, di aggiornare le procedure relative alla partecipazione ai procedimenti di adozione degli atti di regolazione dell'Autorità e alla conduzione delle analisi di impatto della regolazione e di verifica di impatto della regolazione, predisponendo un nuovo Regolamento nel quale è riconoscibile il modello ispiratore di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 15 settembre 2017, n. 169, recante *«Disciplina sull'analisi dell'impatto della regolazione, la verifica dell'impatto della regolazione e la consultazione»*, nonché del parere di questa Sezione Affari Normativi n. 1458-2017 in data 19.6.2017 reso sullo stesso D.P.C.M.

2. La Sezione ritiene di poter direttamente passare all'esame delle singole previsioni dell'articolato, atteso che per le considerazioni di carattere generale sull'importanza della qualità della regolazione, dell'unificazione della disciplina in materia e sul ruolo del Consiglio di Stato quale soggetto demandato ad esprimere un parere e anche nei casi in cui questo non sia obbligatorio per legge può rinviarsi quanto già considerato nel citato Parere di questa Sezione Affari Normativi n. 1458-2017 in data 19.6.2017 reso sullo stesso D.P.C.M. 15 settembre 2017, n. 169, e precisandosi fin d'ora che, in relazione alle disposizioni non menzionate, la Sezione non ha osservazioni da formulare.

## SULLO SCHEMA DI REGOLAMENTO

Passando quindi all'esame dello schema di Regolamento all'esame della Commissione Speciale, si osserva che esso consta di 15 articoli. In particolare, l'art. 1 è dedicato a definire l'oggetto della disciplina in questione; l'art. 2 individua gli atti di carattere generale adottati dall'Autorità; l'art. 3 indica quali sono gli atti sottoposti a consultazione; l'art. 4 definisce le modalità di predisposizione del documento di consultazione; l'art. 5 detta l'iter procedimentale della consultazione; l'art. 6 prevede il caso della seconda consultazione; l'art. 7 si occupa di indicare quali siano gli atti sottoposti all'analisi di impatto della regolazione; l'art. 8 specifica gli obiettivi dell'analisi di impatto della regolazione; l'art. 9 di occupa di chiarire la metodologia di analisi; l'art. 10 indica il contenuto della relazione illustrativa e dell'AIR; l'art. 11 detta il contenuto del provvedimento finale; l'art. 12 precisa contenuti e finalità della verifica di impatto della regolazione; l'art. 13 precisa quali sono gli atti sottoposti alla verifica di impatto della regolazione e quale sia il procedimento da seguire; l'art. 14 chiarisce quale possa essere l'esito dell'impatto della regolazione; l'art. 15 detta disposizioni finali.

Un primo rilievo di mero drafting riguarda l'erroneo riferimento normativo contenuto nella premessa dello schema di regolamento al quinto "Visto". In particolare, vi è un refuso nel quinto paragrafo (*"VISTO l'art. 213, comma 2, quarto periodo, del d.lgs. 50/2016, ai sensi del quale 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 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 2011 e dal d.lgs. 50/2016”): il riferimento deve essere inteso alla legge n. 11 del 2016 (“Deleghe al Governo per l’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, 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”).*

Una seconda osservazione di carattere strutturale riguarda la scelta di aver predisposto un regolamento senza partizioni interne. Atteso che l’emanando regolamento andrà a sostituire due distinti regolamenti che si occupano di materie differenti. Si segnala l’opportunità di operare una partizione interna al regolamento, suddividendolo in tre titoli distinti: Titolo I (Partecipazione ai procedimenti di regolazione), che comprende gli articoli 1-6; Titolo II (Analisi di impatto della regolazione(AIR) e Verifica di impatto della regolazione (VIR), che comprende gli articoli 7-14; Titolo III (Disposizioni finali), che comprende l’art. 15.

Come già osservato in relazione ad altri atti anche di natura regolatoria posti in essere dall’Autorità, deve essere sicuramente apprezzata la scelta di sottoporre a consultazione on line “volontaria” lo schema stesso, ancorché a tanto l’Autorità non fosse obbligata (in quanto, non essendo detto Regolamento assimilabile alle Linee guida vincolanti perché non detta regole di condotta per gli

operatori, allo stesso non è applicabile il comma 2 dell'art. 213 del Codice dei contratti).

La consultazione pubblica è infatti astrattamente in grado di fornire all'Autorità ulteriori elementi di conoscenza e di valutazione al fine di rendere effettivamente comprensibile, adeguata ed efficace la normativa latu sensu di integrazione del Codice. Nel caso in esame risulta che alla predetta consultazione abbia risposto una associazione di categoria (Associazione Nazionale Costruttori Edili, inviando alcune motivate proposte di modifica, di cui l'Autorità ha in ogni caso tenuto conto, come emerge dalla relazione di accompagnamento, tanto da accogliere alcune delle osservazioni presentate dall'ANCE.

## SULLA DISCIPLINA AVENTE AD OGGETTO LA PARTECIPAZIONE AI PROCEDIMENTI DI REGOLAZIONE (ARTICOLI 1-6)

### ART. 2 – ATTI DAI CARATTERE GENERALE ADOTTATI DALL'AUTORITÀ

Una notazione di carattere generale riguarda l'utilizzo di una pluralità di formule linguistiche per riferirsi allo stesso oggetto. Così l'art. 2 rubricato: "Atti di carattere generale" contiene al comma 1 il riferimento agli: "atti a carattere generale". Formula che muta ulteriormente nell'art. 3, comma 1, che fa riferimento agli "atti di regolazione di carattere generale", che nel successivo comma 2, divengono "atti a contenuto generale".

La Commissione al riguardo segnala l'opportunità di tenere ferma un'unica formula, al fine di consentire una più agevole lettura e interpretazione del testo, segnalando come la locuzione migliore sia

quella di utilizzare in tutti i casi sopra indicati la locuzione: “atti di carattere generale”.

#### ART. 3 – ATTI SOTTOPOSTI A CONSULTAZIONE

Passando all’analisi dell’art. 3, si segnala l’opportunità di modificare il comma 3, lett. c), utilizzando la seguente formulazione: ““gli atti emanati per l’esigenza di mero adeguamento a modifiche normative sopravvenute””. In questo modo si chiarisce che l’eccezione alla consultazione riguarda solo quegli atti che nel loro contenuto discendono in modo diretto dalla modifica normativa aliunde introdotta, senza alcuna possibilità di valutazione ulteriore in capo all’ANAC.

Si propone di sopprimere l’avverbio “meramente” all’interno della lett. f) del comma 3 dell’art. 3, dal momento che un atto può essere interpretativo o innovativo, sicché l’avverbio “meramente” risulta del tutto inutile.

Il comma 4 dell’art. 3, introduce una norma che riguarda la consultazione preventiva ossia un tipo di consultazione che non ha la finalità di raccogliere valutazioni degli interessati, quanto piuttosto elementi fattuali da utilizzare per le successive valutazioni. Ulteriore riferimento alla consultazione preventiva è contenuto nel successivo art. 5, comma 5. Al fine di facilitare la lettura e l’interpretazione dell’emanando testo regolamentare si propone di riunire le dette disposizioni all’interno di un solo articolo, ad esempio, facendo slittare la numerazione degli articoli, prevedendo un articolo 6 e così facendo scalare l’attuale articolo 6 e tutti gli altri nella numerazione.

#### ART. 4 – PREDISPOSIZIONE DEL DOCUMENTO DI CONSULTAZIONE

L'art. 4, comma 4, facoltizza l'ANAC a disporre l'audizione di soggetti portatori di interessi. Questa previsione consente ai detti soggetti di partecipare già in fase di predisposizione del documento di consultazione con l'ANAC e ciò rappresenta indubbiamente un'importante occasione, che può consentire una partecipazione maggiormente qualificata a favore di un novero ristretto di portatori di interesse, individuati dall'ANAC. Tanto premesso al fine di perimetrare al meglio la detta fattispecie, in particolare i casi nei quali l'Autorità può offrire una simile possibilità non a tutti, ma solo ad alcuni dei soggetti interessati, e di rendere più trasparente una siffatta decisione si propone di riformulare l'incipit del primo periodo della norma in questione nei seguenti termini: "In caso di atti che abbiano un grande impatto sul mercato oppure che riguardino questioni caratterizzate da notevole complessità o novità"

#### ART. 6 – SECONDA CONSULTAZIONE

Venendo all'art. 6, si propongono tre modifiche: a) all'art. 6 comma 1 e comma 2 si propone di sostituire la locuzione: "può procedere" con quella "procede". In entrambi i casi, infatti, l'Autorità si trova di fronte a situazioni che rendono in ogni caso opportuno procedere ad una seconda consultazione. Nel caso del comma 1 dell'art. 6 la prima consultazione non ha consentito di acquisire tutte le informazioni necessarie, evidenziando, quindi, un deficit istruttorio, che deve essere integrato, avviando una seconda consultazione. Nel caso, invece, del comma 2 dell'art. 6, l'istruttoria ha fatto emergere la necessità di addivenire soluzioni non previste nel documento di consultazione o che se ne discostano notevolmente. Anche in questo caso si deve procedere ad una seconda consultazione sia pure

limitata agli elementi di novità introdotti; b) in relazione al comma 3 dell'art. 6, si propone di eliminare l'aggettivo "regolamentare" contenuto nel primo rigo, in modo tale da evitare di indurre a ritenere che la seconda consultazione possa avere ad oggetto solo atti di natura regolamentare; c) quanto al comma 4 dell'art. 6, si propone di utilizzare la stessa disciplina già prevista per la prima consultazione, sicuramente più completa e chiara. Obiettivo facilmente raggiungibile, utilizzando lo stesso testo predisposto per il comma 2 dell'art. 5.

#### SULL'ANALISI DI IMPATTO DELLA REGOLAZIONE(AIR) E LA VERIFICA DI IMPATTO DELLA REGOLAZIONE (ARTT. 7-14)

##### ART. 7.1 — ATTI ASSOGGETTATI ALL'ANALISI DI IMPATTO DELLA REGOLAZIONE (AIR)

La norma è formulata nei seguenti termini: *7.1 Quando gli atti regolatori riguardano questioni di particolare rilevanza per il mercato o producono effetti su un numero elevato di destinatari, e sempre che sussista un ampio potere discrezionale dell'Autorità per la ponderazione degli interessi coinvolti.*

L'ampiezza semantica e la generalità della categoria delle *questioni di particolare rilevanza per il mercato o producono effetti su un numero elevato di destinatari*, entro cui il regolamento circoscrive l'operatività della disciplina in esame, rende evidente la necessità che l'Autorità ricorra ad un'adeguata motivazione per illustrare le ragioni per le quali ritiene la questione di particolare rilevanza, consentendo un controllo sull'esercizio del suo potere valutativo, senza dubbio di notevole ampiezza.

Per altro verso, la locuzione sempre che sussista un ampio potere discrezionale può essere, da un lato, foriera di dubbi interpretativi in ordine alla latitudine della discrezionalità necessaria per rendere operativo il presente regolamento e, quindi, rendere arbitrario l'apprezzamento della relativa soglia.

Si suggerisce, pertanto, di riformulare la prima parte dell'art. 7.1 in esame, nei seguenti termini: *7.1 Quando gli atti regolatori riguardano questioni di particolare rilevanza per il mercato, debitamente motivata, o producono effetti su un numero elevato di destinatari, gli stessi sono sottoposti (...).*

#### ART. 8 — OBIETTIVI DELL'ANALISI DI IMPATTO DELLA REGOLAZIONE

Nell'art. 8.1, lett. a) si stabilisce che l'Analisi di impatto della regolazione è finalizzata a valutare gli effetti dell'intervento regolatorio sul mercato e che tale attività presuppone l'analisi del quadro normativo di riferimento vigente e l'individuazione, laddove possibile *delle criticità della normativa attuale che si intendono risolvere.*

Poiché si ritiene che non sia di pertinenza dell'ANAC, bensì del legislatore individuare le criticità della normativa attuale che si intendono risolvere, appare opportuna una formulazione della norma in termini più sfumati, mettendo in risalto che l'ANAC interviene, opportunamente, individuando le criticità dell'*applicazione* normativa attuale che si intendono risolvere.

Nell'art. 8.1, lett. e) ci si riferisce alle *“opzioni di soluzione alternative, selezionate in considerazione della (...) concordanza: minimizzazione dei trade-off presenti tra diversi obiettivi o diversi risultati attesi.*

Deve essere rammentato che secondo la Circolare della Presidenza del Consiglio sei Ministri 2 maggio 2001, n. 1/1.1.26/10888/9.92 (*Guida alla redazione dei testi normativi*) è opportuno che vengano utilizzati negli atti regolatori solo i termini stranieri entrati nell'uso della lingua italiana e privi di sinonimi in tale lingua.

Il termine *trade off*, pur riconosciuto nel linguaggio specialistico, non può ritenersi un vocabolo di uso corrente e, come tale, se ne suggerisce la sostituzione con il suo sinonimo (*scostamento*).

#### ART. 9 - METODOLOGIA DI ANALISI

L'art. 9.2. stabilisce che *l'analisi, di regola, non riguarda l'intervento nel suo complesso, ma si concentra sulle disposizioni ritenute particolarmente rilevanti perché incidono in modo significativo sul mercato.*

L'utilizzo della locuzione avverbiale *particolarmente* si presta ad una lettura lessicale foriera di ambiguità interpretative, poiché non risulta sufficientemente chiaro se ci si riferisca ad un caso particolare, ovvero se si vuole indicare un'ipotesi di considerevole importanza, ovvero ancora, come pare evincersi dalla ratio del testo, se si vuole riconnettere la valutazione al caso concreto (particolare, quindi, inteso in tal senso).

Poiché, ai sensi della già citata Circolare della Presidenza del Consiglio sei Ministri 2 maggio 2001, n. 1/1.1.26/10888/9.92 (*Guida alla redazione dei testi normativi*) è necessario evitare ogni possibile ambiguità normativa, si suggerisce di sostituire l'avverbio *particolarmente*, con la locuzione *nel caso concreto*.

#### ART. 13 — ATTI SOTTOPOSTI ALLA VERIFICA DI IMPATTO DELLA REGOLAZIONE E RELATIVO PROCEDIMENTO

L'art. 13.3, lett. c) dispone che la verifica di impatto della regolazione si articola nelle seguenti fasi: (...) *valutazione dell'efficienza delle misure intraprese, con individuazione delle best e delle worst practice.*

Sul punto, valgono le medesime considerazioni espresse con riguardo all'art. 8.1, lett. e).

E' pur vero che l'espressione *best practice* è ormai invalsa anche nell'uso corrente; in questo caso, tale locuzione dovrebbe essere corredata da una definizione, in base alla già citata Circolare della Presidenza del Consiglio sei Ministri 2 maggio 2001.

Tuttavia, poiché si ritiene che l'espressione correlata *worst practice* non sia penetrata nel linguaggio corrente, e nemmeno in quello specialistico, peraltro, si suggerisce l'adozione del sinonimo in italiano *migliori e peggiori prassi.*

P.Q.M.

Nelle esposte considerazioni è il parere favorevole, con osservazioni, della  
Sezione.

GLI ESTENSORI

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Luigi Massimiliano  
Tarantino

IL  
PRESIDENTE  
Claudio  
Zucchelli

IL SEGRETARIO

Cesare Scimia