

Numero 01632/2018 e data 26/06/2018 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 29 maggio 2018

NUMERO AFFARE 00863/2018

OGGETTO:

Autorità nazionale anticorruzione

modifica del regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso
ai sensi dell'art. 211 del d.lgs 18 aprile 2016, n. 50

LA COMMISSIONE SPECIALE del 29 maggio 2018

Vista la nota di trasmissione della relazione prot. n. 6067 in data 02 maggio 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 Consiglieri relatori Claudio Contessa e Giulia Ferrari

Premesso e considerato:

1. La richiesta di parere

Con relazione del 2 maggio 2018, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac) ha chiesto il parere sullo schema di Regolamento recante modifica del Regolamento del 5 ottobre 2016 per il rilascio dei pareri di precontenzioso ai sensi dell'articolo 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in considerazione del carattere di novità delle modifiche introdotte alla disciplina attualmente in vigore, nonché del significativo impatto che i correttivi produrranno sul procedimento per il rilascio di tali pareri.

Nella relazione di accompagnamento alla richiesta di parere l'Anac ha chiarito che le modifiche e integrazioni al Regolamento del 5 ottobre 2016 si sono rese necessarie, alla luce di quanto emerso nei circa diciotto mesi di operatività, al fine di garantire una maggiore tempestività, adeguatezza e, conseguentemente, efficacia dei pareri resi ai sensi del comma 1 del citato articolo 211 del Codice dei contratti pubblici.

Correttamente l'Anac non ha richiamato, a motivazione della decisione di intervenire sul Regolamento dell'ottobre 2016, la modifica, introdotta dal primo correttivo al Codice dei contratti, approvato con decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, del comma 1 dell'articolo 211, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, essendosi limitata a prevedere che il parere fosse espresso dall'Autorità "*previo contraddittorio*" con le parti. Il contraddittorio, infatti, era stato già previsto dall'Anac nel Regolamento del 2016 (in particolare, dall'articolo 7, comma 2, secondo cui le parti possono trasmettere entro cinque giorni dalla comunicazione dell'Ufficio memorie e documenti e dal comma 3 dello stesso articolo 7, secondo cui l'Ufficio valuta la necessità di procedere all'audizione delle parti interessate)

Preliminarmente la Commissione speciale rileva che, unitamente alla relazione, non sono stati trasmessi né la Valutazione dell'impatto di regolazione – VIR (sulla cui necessità sembra sufficiente rinviare al parere espresso dalla Sezione atti normativi, 19 giugno 2017, n. 1458 sullo schema di d.P.C.M. recante la nuova disciplina regolamentare dell'Analisi dell'impatto della regolamentazione, della Verifica dell'impatto della regolamentazione e della consultazione sugli atti normativi delle amministrazioni statali), indispensabile per predisporre, su una base istruttoria adeguata e 'quantitativamente informata', i più efficaci interventi integrativi e correttivi. In altri termini, l'analisi *ex post* (compiuta tramite la VIR) degli effetti dell'intervento iniziale deve trasfondersi, dopo una fase di prima attuazione adeguata, nella costruzione di interventi integrativi e correttivi mirati.

La Commissione rileva che mancano altresì dati dai quali desumere il flusso delle richieste di parere, quali, solo a titolo di esempio, la tipologia dei richiedenti e dei pareri (*id est*, quanti vincolanti e quanti non vincolanti), l'esito degli stessi e il numero delle sanzioni applicate ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del Regolamento del 5 ottobre 2016.

In più punti, del resto, la Relazione illustrativa allo schema di Regolamento in esame sottolinea che le modifiche proposte conseguono all'esperienza applicativa dei primi mesi di vigenza del testo, senza tuttavia allegare puntuali dati quantitativi a supporto delle proposte modifiche (basti qui richiamare: *i*) quanto riferito a pag. 1 in relazione all'art. 3, ove si rappresenta che “*spesso*” è risultato difficile per l'Autorità individuare i soggetti controinteressati sulla

base di quanto esposto dai richiedenti il parere, *ii*) quanto riferito a pag. 2 in relazione all'art. 6, ove si rappresenta che “[*un*] numero consistente di istanze pervenute” concerne la fase esecutiva). Sicché l'asserita acquisita esperienza operativa rimane, in questi termini, patrimonio esclusivamente dell'ANAC, non contribuendo a rendere il presente parere più precisamente informato.

La necessità di acquisire tale documentazione appare evidente ove si consideri che lo schema di Regolamento sottoposto al parere di questa Commissione si è reso necessario proprio per migliorare la procedura di precontenzioso alla luce dell'esperienza di circa diciotto mesi, e dunque sulla base dei dati e del monitoraggio effettuato dalla stessa Autorità.

Ritiene pertanto necessario questo Consiglio, sospendere l'espressione completa del parere in attesa che l'Autorità faccia conoscere i dati statistici dell'attività di precontenzioso sin qui espletata.

Quanto al contenuto delle modifiche introdotte, l'Autorità rappresenta che gli interventi proposti mirano:

- a) a rendere più chiare le ipotesi di archiviazione della richiesta di parere ed evitare così l'inoltro di un numero considerevole di istanze, molte delle quali non possono essere definite nel merito (in particolare, l'articolo 9);
- b) ad introdurre una diversa disciplina del parere reso in forma semplificata (che verrebbe ridenominato “*parere in forma breve*”), modificando la procedura per la sua adozione, ove ricorrano due condizioni, una di natura formale (valore complessivo dell'appalto) e

una di merito (questione giuridica di pacifica soluzione) (in particolare, l'articolo 10);

c) a codificare e uniformare le prassi applicative sviluppatesi con il rilascio dei pareri e con la gestione quotidiana delle pratiche all'interno del perimetro procedimentale tracciato dal Regolamento del 5 ottobre 2016.

Il Regolamento del 5 ottobre 2016 – che aveva sostituito i Regolamenti già approvati ai sensi dell'articolo 6, comma 6, lett. n), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 – contiene una disciplina compiuta sulla procedura di rilascio dei pareri di precontenzioso ai sensi dell'articolo 211, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Esso consta di 14 articoli che disciplinano: l'oggetto della disciplina (articolo 1); l'individuazione dei soggetti che possono richiedere il parere (articolo 2); le modalità di presentazione dell'istanza da parte della sola stazione appaltante o di una parte interessata, con conseguente parere non vincolate, salvo che l'istante abbia manifestato l'intenzione di attenervisi e l'altra parte vi aderisca entro dieci giorni (articolo 3) o dell'istanza congiunta, con conseguente parere vincolate (articolo 4); l'ordine di trattazione delle istanze (articolo 5); l'individuazione dei casi in cui le stesse sono inammissibili o improcedibili (articolo 6); l'istruttoria per decidere sulle istanze (articolo 7); la decisione delle stesse, con il rilascio del parere (articolo 8) o a loro archiviazione (articolo 9); la redazione del parere non vincolante in forma semplificata (articolo 10); l'istanza di riesame di una questione già definita con parere precontenzioso (articolo 11); la comunicazione e la pubblicità del parere reso (articolo 12); le comunicazione all'Anac sulla volontà dei destinatari

del parere di attenersi o no (articolo 13); l'entrata in vigore del Regolamento (articolo 14).

Lo schema di Regolamento sottoposto all'esame di questa Commissione modifica gli articoli 3 (Modalità di presentazione dell'istanza singola); 4 (Modalità di presentazione dell'istanza congiunta); 6 (Inammissibilità e improcedibilità delle istanze); 10 (parere in forma semplificata – in seguito: “in forma breve”) e 13 (Adeguamento al parere) del Regolamento del 5 ottobre 2016.

Sullo schema di Regolamento, che è stato approvato il 5 ottobre 2016, il Consiglio di Stato aveva reso, in Commissione speciale, il parere n. 1920 del 14 settembre 2016, che aveva chiarito come alle Autorità indipendenti in generale, e a quelle di regolazione in particolare, il potere regolamentare spetta quale corollario delle attribuzioni loro riconosciute dalla legge e che esso è strettamente connesso all'elemento di indipendenza che le connota, traducendosi nel riconoscimento del potere di esercitare direttamente i compiti di regolamentazione e controllo dei settori alla cui salvaguardia sono preposte.

Per quanto concerne la tipologia di regolamenti che le Autorità indipendenti sono legittimate ad adottare, il richiamato parere ha chiarito che la disamina può prendere come punto di riferimento il catalogo previsto dall'articolo 17, della legge 23 agosto 1988, n. 400, potendo dunque adottare regolamenti di esecuzione, di attuazione e di organizzazione, anche a prescindere da un'esplicita autorizzazione di legge.

Il parere n. 1920 del 2016 aveva quindi concluso – con argomentazioni utili anche ad inquadrare lo schema di Regolamento in esame – che il Regolamento sul precontenzioso può considerarsi

“di organizzazione”, essendo volto a disciplinare lo svolgimento della funzione precontenziosa definita dalla fonte primaria, benché per taluni aspetti contenga precetti attuativi del dettato legislativo.

Per stabilire la differenza con le Linee guida vincolanti adottate dalla stessa Anac e confermare la natura di Regolamento di organizzazione del Regolamento sul precontenzioso, il parere n. 1920 aveva chiarito che quest’ultimo detta norme di azione per la Pubblica amministrazione e non già regole di condotta per gli operatori ed è, dunque, essenzialmente rivolto all’interno, anche se con inevitabili ricadute sui terzi, mentre le Linee guida vincolanti sono rivolte all’esterno.

2. Osservazioni di carattere generale.

Come si è detto, lo schema di regolamento sottoposto a parere modifica solo alcuni (articoli 3; 4; 6; 10; 13) dei 14 articoli del Regolamento del 5 ottobre 2016. Ciò nonostante, l’Anac, applicando una prassi costante, non adotterà una delibera che andrà ad incidere solo sui cinque articoli modificati, ma sostituirà intero articolato.

La Commissione speciale – seguendo un criterio già utilizzato in occasione della redazione del parere reso su altri provvedimenti (Primo correttivo al Codice dei contratti pubblici, regolamenti e linee guida Anac) – non si soffermerà soltanto sulle modifiche apportate con lo schema di Regolamento correttivo, ma esaminerà anche le disposizioni del regolamento del 2016 per le quali lo schema non propone modifiche (v. sul punto il parere della Commissione speciale n. 782 del 30 marzo 2017).

Verrà, pertanto, dedicata particolare attenzione anche alle questioni, già segnalate con il primo parere (14 settembre 2016, n. 1920) che si

ritengono ancora meritevoli di considerazione, nonché a quelle che sono emerse nella pratica successivamente alla pubblicazione del Regolamento del 5 ottobre 2016 ed infine a quelle strettamente consequenziali alle modifiche introdotte.

La Commissione dà un giudizio di massima positivo alle modifiche introdotte al Regolamento del 5 ottobre 2016, perché volte a garantire una maggiore tempestività, adeguatezza e, conseguentemente, efficacia dei pareri resi.

Preliminarmente la Commissione osserva che in diversi articoli si fa riferimento all'Ufficio dell'Autorità, senza specificare a quale si intende riferirsi. Si suggerisce, quindi, per tratteggiare in modo puntuale le competenze, di indicare sempre la denominazione dell'Ufficio.

Ancora in termini generali, la Commissione suggerisce di coordinare l'istituto del precontenzioso con l'esercizio della legittimazione speciale introdotta dai commi 1-*bis* e 1-*ter* dello stesso articolo 211, alla luce di quanto già previsto nello schema di Regolamento attuativo della previsione di cui al comma 1 quater (articolo 13), che ha disposto la sospensione dei procedimenti di precontenzioso preordinati all'emissione di pareri non vincolanti a decorrere dalla notifica del ricorso (articolo 3) o dall'emanazione del parere motivato (articolo 6) per tutta la durata del procedimento. Invece, nel caso di precontenzioso preordinato all'emissione di un parere vincolante, è previsto che non si dia luogo alla proposizione del ricorso da parte dell'Anac o all'emissione del parere motivato che anticipa l'eventuale ricorso.

La Commissione condivide le misure introdotte all'articolo 3, finalizzate a consentire la massima partecipazione di tutti i soggetti

interessati, che l'Anac potrebbe non riuscire ad individuare, con conseguente obbligo dell'istante di non limitarsi a comunicare la presentazione della richiesta di parere, dovendo – pena l'improcedibilità della stessa richiesta – allegare alla comunicazione, da inviare a “*tutti i soggetti interessati alla soluzione della questione controversa*”, il modulo A allegato al Regolamento del 5 ottobre 2016 (contenente le informazioni identificative della gara, dei soggetti coinvolti e i vizi riscontrati nella procedura, in relazione ai quali si chiede il parere), sebbene senza la relativa documentazione che va, invece, trasmessa all'Anac unitamente all'istanza.

Analoga, condivisibile previsione è stata introdotta nel comma 2 dell'articolo 4, che attiene alla richiesta congiunta di parere della stazione appaltante e di una o più altre parti interessate.

La Commissione condivide, inoltre, la necessità di prevedere l'invio della comunicazione con il modulo A come condizione di procedibilità della richiesta di parere, salvo garantire la possibilità alla parte istante di integrare la comunicazione che risulti incompleta entro un termine perentorio (5 giorni).

3. Osservazioni sull'articolato.

In via generale si osserva che, essendo lo schema sottoposto al parere della Commissione un testo che modifica un precedente Regolamento, appare necessario, per ragioni di certezza giuridica, rendere di immediata evidenza quali siano in concreto le parti del testo modificate, se del caso utilizzando appositi accorgimenti grafici. Al riguardo (e a titolo collaborativo) si segnala che il testo qui fatto pervenire come “Allegato 3” reca, sì, con apposite evidenziazioni grafiche le modifiche proposte, ma contiene proposte di modifica

che, in numerosi casi, non coincidono con quelle di cui all'Allegato 2 (che è il testo tenuto in considerazione dalla Commissione speciale ai fini dell'espressione del presente parere). Prima della definitiva adozione del parere, le modifiche da evidenziare andrebbero dunque attentamente riscontrate.

Il parere reso da questa Commissione si limiterà a trattare soltanto le norme dello schema su cui appaiono allo stato opportuni rilievi; su tutti gli altri articoli il Collegio si riserva di pronunciarsi in via finale soltanto dopo aver ricevuto le informazioni supplementari richieste all'Autorità.

Epigrafe

Il parere sullo schema di Regolamento sul precontenzioso n. 1920 del 14 settembre 2016 è reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, specificazione che sembra opportuno aggiungere.

Articolo 2

L'articolo 2, non modificato dall'Anac con lo schema di Regolamento trasmesso per il parere del Consiglio di Stato, individua i soggetti che possono richiedere il parere all'Anac.

La Commissione suggerisce di sostituire il comma 1, la cui formulazione rappresenta una non necessaria riformulazione della normativa primaria, prevedendo: *“1. I soggetti di cui all'articolo 211, comma 1, primo periodo, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, possono rivolgere all'Autorità istanza di parere per la formulazione di una soluzione delle questioni controverse insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture”*.

Già nel parere n. 14 settembre 2016, n. 1920, il Consiglio aveva manifestato perplessità sulla disposizione in esame, consigliando di espungerla.

In effetti, il dettato dell'art. 211, co. 1 del codice è piuttosto chiaro nell'individuare i soggetti attivamente legittimati alla richiesta del parere di precontenzioso.

Ed infatti, da un punto di vista letterale, li definisce “parti”, dall'altro introduce la norma in un contesto sicuramente attinente a un rapporto amministrativo destinato a sfociare, nei suoi esatti elementi costitutivi, potenzialmente, in contenzioso giudiziario.

Sotto il primo profilo, il termine “parte” assume, nel linguaggio giuridico, il ben preciso significato indicante un soggetto che è titolare di una posizione giuridica soggettiva dalla quale scaturiscono, in un rapporto giuridico specifico, interessi propri distinti da quelli degli altri soggetti, *ad infringendum* o *ad adiuvandum* non rileva, che discendono comunque dall'assetto di interessi che il procedimento, prima amministrativo e poi giurisdizionale, tende a realizzare.

La stessa norma è chiara nell'usare l'endiadi “*la stazione appaltante o una o più delle altre parti*”. L'endiadi, senza ombra di dubbio, intende indicare un insieme di soggetti legittimati accumulati dalla sola ma discriminante posizione di parteci al medesimo procedimento amministrativo, i quali altri non sono se non la stazione e i concorrenti.

Corroborata la tesi il secondo periodo dello stesso comma 1, là dove si circoscrive la materia di precontenzioso alle sole questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, alle quali non possono essere interessati che esclusivamente i soggetti su citati.

Come anche sostiene la tesi la previsione della vincolatività su consenso delle parti, istituto il quale, all'evidenza, non potrebbe mai applicarsi a soggetti estranei alla procedura amministrativa in questione.

Viceversa, la disposizione in esame introdurrebbe, senza alcuna legittimazione di una norma primaria, una sorta di azione popolare esclusa, secondo i principi, nel nostro ordinamento salvo ove espressamente prevista dalla legge.

Ne consegue che gli enti esponenziali di interessi collettivi o diffusi, o comunque altri soggetti non identificabili come "parti" del procedimento amministrativo di evidenza pubblica in senso stretto, in quanto non destinatari degli effetti giuridici del procedimento amministrativo di scelta del contraente e di stipulazione del contratto, né portatori in esso di un interesse qualificato in tale ambito, non possono essere considerati legittimati attivi alla richiesta di parere. Ed infatti, la questione precontenziosa eventualmente oggetto della richiesta non riguarda altro, e non può riguardare che, la correttezza e legittimità della procedura ad evidenza pubblica, di cui tali soggetti non sono partecipi.

Sotto il secondo profilo, lo stesso *nomen* dell'istituto previsto dal citato art. 211 (pareri di precontenzioso) rende evidente la *ratio* e la finalità della norma. La procedura è destinata a fungere, quasi quale ADR, da strumento deflativo del contenzioso e ad esso guarda e di esso si pone quale antecedente logico escludente. Pertanto le posizioni giuridiche soggettive prospettate nella procedura di precontenzioso non possono essere che le medesime prospettabili in un eventuale giudizio, e in questo, per altro, non potranno che

prospettarsi interessi e domande attinenti esclusivamente alla procedura ad evidenza pubblica.

Né sembra alla Sezione, che in questa sede possa essere data attuazione, mediante il riconoscimento di una legittimazione attiva a favore del *quisque de populo*, al considerando 122 della direttiva 2014/24/UE, relativo agli strumenti posti a disposizione di i cittadini, soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso.

Il citato considerando non impone, anzi espressamente esclude, infatti, la necessità di una procedura contenziosa posta a disposizione di tali soggetti per garantire *“un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto.”* Ma prevede solo l'obbligo per lo stato membro di prevedere la *“possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all'autorità o alla struttura competente”*.

Tali strumenti di segnalazione, già previsti nel nostro ordinamento anche con riferimento all'ANAC, hanno come contenuto non la prospettazione di una tesi o di una domanda di parte od una richiesta di pronuncia paragiurisdizionale, ma solo la funzione di portare a conoscenza di una autorità la presenza di eventuali illegittimità nella procedura perché assume le conseguenti iniziative. Come, per altro, risulta con tutta evidenza dalla comparazione dei testi originali della direttiva, ove sono usate le espressioni seguenti: *“to indicate possible violations”*, *“de signaler d'éventuelles violations”*, *“mögliche Verstöße ... anzuzeigen”*, tutte con il medesimo significato di mera segnalazione o denuncia.

Non è quindi questa la sede, in mancanza di norma primaria, per recepire compiutamente il detto considerando, ammesso che ve ne sia ulteriore bisogno.

Nel parere n. 1920 del 14 settembre 2016, la Commissione aveva già manifestato perplessità sulla disposizione in esame consigliando di espungerla. Poiché l'Anac ha ritenuto, viceversa, di mantenerla, è opportuno che sul punto, in occasione dell'adempimento istruttorio sopra richiesto, l'Autorità faccia pervenire le sue autorevoli considerazioni in merito.

Articolo 8

L'articolo 8, non modificato dall'Anac con lo schema di Regolamento trasmesso per il parere del Consiglio di Stato, disciplina sia la sospensione feriale dei termini durante il mese di agosto sia la sospensione dei termini procedurali al fine di acquisire, qualora necessario, ulteriore documentazione.

La Commissione ribadisce quanto già osservato nel parere n. 1920 del 14, e cioè che la previsione, contenuta nel comma 2, relativa alla sospensione feriale dei termini di emissione dei pareri dall'1 al 31 agosto di ogni anno è priva di base legale, atteso che tale sospensione riguarda solo i termini processuali e non può quindi essere estesa, in mancanza di una norma che lo preveda, ai procedimenti amministrativi (quale è quello del parere precontenzioso).

La Commissione ravvisa altresì l'opportunità di aggiungere, al comma 3, un termine di durata della sospensione disposta dal Consiglio per acquisire la documentazione integrativa ed effettuare un supplemento istruttorio, e ciò al fine di non vanificare i tempi

ristretti previsti per la chiusura della fase precontenziosa dinanzi all'Autorità.

Articolo 13

L'articolo 13, non modificato dall'Anac con lo schema di Regolamento trasmesso per il parere del Consiglio di Stato, dispone per gli istanti l'obbligo di comunicare all'Autorità, entro 35 giorni dalla ricezione del parere, l'avvenuta acquiescenza ovvero le proprie determinazioni conseguenti al parere. Nel caso di mancata comunicazione gli atti sono trasmessi all'Ufficio competente all'applicazione delle sanzioni, ai sensi dell'articolo 213, comma 13, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

All'articolo 13, comma 1, si suggerisce di sostituire le parole “*rilasci parere*” con le parole “*adotti un parere*”.

Articolo 14

L'articolo 14, non modificato dall'Anac con lo schema di Regolamento trasmesso per il parere del Consiglio di Stato, individua l'entrata in vigore del Regolamento.

La Commissione osserva che l'entrata in vigore del Regolamento deve essere prevista dopo 15 giorni dalla sua pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, non potendo un Regolamento diminuire il periodo di *vacatio legis*. Infatti l'art. 10 delle preleggi, con norma pertanto avente valore primario, prevede che: “*Le leggi e i regolamenti divengono obbligatori nel decimoquinto giorno successivo a quello della loro pubblicazione salvo che sia altrimenti disposto*”. L'eccezione può essere disposta esclusivamente dalla norma primaria che autorizza l'esercizio del potere regolamentare.

La Commissione suggerisce altresì di introdurre un comma 2, che disciplini la fase transitoria, specificando a quali procedimenti di precontenzioso si applicano le nuove disposizioni regolamentari.

Poiché nel parere 14 settembre 2016, n. 1920, il Consiglio aveva formulato alcune osservazioni e suggerimenti, che l'Anac ha ritenuto di non seguire anche nel proporre le attuali modifiche, appare opportuno sospendere l'emissione del presente parere, oltre che in attesa degli adempimenti richiesti in motivazione, anche perché l'Anac faccia conoscere in sede di tale adempimento il suo autorevole avviso sulle osservazioni di questo Consiglio non recepite, di cui si è dato conto in motivazione.

P.Q.M.

Sospende l'emissione del parere nell'attesa dell'adempimento di quanto richiesto.

GLI ESTENSORI
Claudio Contessa, Giulia Ferrari

IL PRESIDENTE
Claudio Zucchelli

IL SEGRETARIO

Cesare Scimia