

28 FEBBRAIO 2018

I nuovi poteri “regolatori” e di
precontenzioso dell’ANAC nel sistema
europeo delle Autorità indipendenti

di **Cristiana Benetazzo**
Ricercatrice di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Padova

I nuovi poteri “regolatori” e di precontenzioso dell’ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti *

di Cristiana Benetazzo

Ricercatrice di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Padova

Sommario: **Parte prima: Le Autorità indipendenti nel contesto europeo.** – **1.** Premessa: i nuovi poteri dell’ANAC in materia di contratti pubblici nel sistema complessivo delle Autorità indipendenti. – **2.** L’esperienza americana delle *Independent Regulatory Commissions*. Le peculiarità del modello: il cumulo di poteri di autorizzazione; di *rulemaking* e di *adjudication* – quasi *judicial*. – **3.** L’influenza del modello statunitense nello sviluppo delle Autorità indipendenti in Europa: la creazione di particolari figure di raccordo tra Autorità nazionali di regolamentazione e Istituzioni europee, caratterizzate da una più o meno accentuata indipendenza dall’esecutivo U.E. – **4.1.** Le altre esperienze europee. L’ampia diffusione del modello delle *autorités administratives indépendantes* in Francia e la consolidata tradizione delle Autorità con funzioni quasi giudiziali in Gran Bretagna. Il fondamento costituzionale delle Autorità indipendenti in Portogallo. – **4.2.** (Segue) La riconducibilità di tali enti nell’ordinamento spagnolo alle formule organizzative di derivazione anglosassone; la previsione dell’autonomia ed indipendenza dal Governo nella *ley* 40/2015. – **4.3.** (Segue) Il sistema tedesco. Analisi della natura, delle caratteristiche e del procedimento avanti alla *Vergabekammer*. Rinvio al successivo § 13.2. – **5.** La mancanza di una disciplina organica delle Autorità amministrative indipendenti in Italia e l’impulso del fenomeno ad opera dell’art. 2, comma 4, l. n. 59 del 1997. I vantaggi comparativi della regolazione indipendente rispetto ai modelli tradizionali: la neutralità in senso “sostanziale” intesa come produzione di regole unitaria e coerente nell’ordinamento nazionale e sempre integrata nell’ordinamento europeo attraverso procedimenti di consultazione e di «*notice and comments*»; la c.d. *expertise* tecnica; l’attribuzione del potere di nomina dei componenti delle *authorities* ad organi *super partes* o a maggioranze necessariamente *bipartisan*. – **6.1.** I dubbi circa l’esatto inquadramento costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti; la prevalenza, in Italia, della tesi che ne nega la natura giurisdizionale o quasi – *judicial*. – **6.2.** L’istituzione delle Autorità indipendenti come iniziale “espediente” di fuga dalla realtà politica nel difficile contesto storico degli anni Novanta. L’intento effettivo di rafforzamento di garanzie e strumenti d’intervento da parte di pubblici poteri in materie particolarmente “sensibili” (mercati finanziari, concorrenza, telecomunicazioni, ecc.). – **Parte seconda: L’ANAC e i problemi applicativi.** – **7.** Dall’Alto Commissario per la lotta alla corruzione all’ANAC (“passando” per SAET e CIVIT): origine ed evoluzione dell’istituto. – **8.1.** Le più recenti riforme. Il commissariamento dell’impresa aggiudicataria e il procedimento per l’applicazione della misura. – **8.2.** Le incertezze applicative legate alla nozione «fatti gravi ed accertati». – **8.3.** L’applicazione delle norme sul commissariamento in relazione agli appalti per l’EXPO 2015. La diffidenza della dottrina e della giurisprudenza rispetto all’utilizzo di strumenti emergenziali. La sentenza del Tar Milano, 9 luglio 2014, n. 1802. – **9.1.** I nuovi e più incisivi poteri attribuiti all’ANAC dal Codice dei contratti pubblici: la vigilanza “collaborativa” e il controllo. – **9.2.** Le linee guida non vincolanti e gli altri strumenti di “regolazione flessibile”: l’improprio riferimento al concetto di *soft regulation* e la loro difficile collocazione nel quadro delle fonti del diritto. Le linee guida vincolanti e la loro riconducibilità agli “atti di regolazione”. Argomenti a sostegno delle potestà normative dell’Autorità: l. 28 dicembre 2005, n. 262; l’istituzionalizzazione dell’A.I.R. – **9.3.** La posizione del Consiglio di Stato: la giustificazione dell’esercizio di poteri regolatori nelle estese garanzie partecipative. Il riconoscimento del potere regolamentare

* Articolo sottoposto a referaggio.

dell'ANAC con riferimento al rilascio di pareri di «precontenzioso» ex art. 211, comma 1, del Codice dei contratti pubblici e la loro impugnabilità. – **10.** Il nuovo sistema del precontenzioso dinanzi all'ANAC: i pareri «vincolanti» (art. 211, comma 1, d.lgs. n. 50/2016). La particolare disciplina del «Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50». La portata meramente “interpretativa” e non vincolante dell'istanza singola. L'efficacia vincolante dell'istanza presentata congiuntamente dalla stazione appaltante e da una o più parti interessate ed avente ad oggetto la legittimità di un provvedimento amministrativo già adottato: sua equiparazione ad una decisione amministrativa assunta all'esito di un procedimento amministrativo di carattere giustiziale. – **11.** La raccomandazione “vincolante” e la sua funzione complementare rispetto al parere di precontenzioso. L'abrogazione del comma 2 ad opera del decreto correttivo e la nuova legittimazione processuale dell'ANAC ex comma 1-*bis* introdotto dal d.l. 24 aprile 2017, n. 50 (conv. in l. 21 giugno 2017, n. 96). I dubbi circa l'effettiva funzionalità ed efficacia del nuovo istituto; la sua riconducibilità sia alla vigilanza che ai mezzi deflattivi del contenzioso e la sua complementarietà con il parere di precontenzioso nei casi in cui la questione sottoposta all'Autorità riguardi atti viziati da «gravi violazioni». – **12.1.** Gli effetti conseguenti all'instaurazione di un procedimento precontenzioso: l'impegno «a non porre in essere atti pregiudizievoli [...] fino al rilascio del parere»; l'obbligo di adeguamento della stazione appaltante; l'esclusione di effetti caducatori. – **12.2.** (Segue) Il regime di impugnazione degli atti di precontenzioso e i problemi applicativi: la forma del rito; l'ambito e limiti dell'autotutela; i rimedi esperibili avverso l'inerzia dell'ANAC e della stazione appaltante. – **13.1.** Conclusioni. I tratti di atipicità dell'ANAC ed il delicato ruolo di sintesi tipicamente politica tra i diversi interessi pubblici potenzialmente confliggenti; l'attribuzione di poteri autonomi al Presidente ed il profilo emergenziale della figura in un ambito proprio dell'ordinamento giudiziario. Il ruolo di “tutore” del diritto U.E. in materia di appalti pubblici e la “copertura” eurounitaria. – **13.2.** (Segue) La “distanza” tra l'istituto del precontenzioso innanzi all'ANAC ed il ricorso alla *Vergabekammer*: la differente natura e collocazione del rimedio nel sistema di tutele predisposto da ciascun ordinamento; il carattere “para-giurisdizionale” delle pronunce della Camera degli appalti tedesca e quello meramente amministrativo delle decisioni dell'ANAC. – **13.3.** (Segue) I problemi irrisolti: il profilo “anomalo” dell'ANAC e la sua collocazione istituzionale; la compatibilità dei poteri normativi dell'Autorità con i principi di legalità e di gerarchia delle fonti; il rischio di una commistione tra la c.d. attività di *adjudication* e quella di *rulemaking* (in specie, con riferimento al c.d. sistema del *rating* d'impresa). I presupposti per un efficace intervento correttivo: il necessario rafforzamento delle garanzie partecipative per tutti i procedimenti di competenza dell'ANAC; i limiti dell'attuale regolamento e l'auspicata introduzione di forme e metodi di consultazione preventiva su schemi di atti di regolazione completi; il ruolo di “supplenza” del sindacato giurisdizionale e la necessità di sviluppare una cultura “tecnica” ed “amministrativa” delle regole sui contratti pubblici.

PARTE PRIMA: LE AUTORITÀ INDIPENDENTI NEL CONTESTO EUROPEO

1. Premessa: i nuovi poteri dell'ANAC in materia di contratti pubblici nel sistema complessivo delle Autorità indipendenti.

Il presente studio intende fare il punto su un aspetto cruciale della più recente esperienza delle Autorità indipendenti ovvero i vasti e più incisivi poteri attribuiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) dal nuovo Codice dei contratti pubblici. Si tratta di un tema che corre parallelo ad altri, già ampiamente indagati, ma sempre attuali, concernenti lo spazio acquisito o perduto dalle Autorità indipendenti in virtù del sindacato giurisdizionale¹.

¹ Su cui v., *infra*, il § 6.1.

I dubbi interpretativi legati ai nuovi poteri dell'ANAC appaiono testimoniati dalla ricorrente emersione, nel dibattito italiano, del tema della “costituzionalizzazione” ovvero della necessità di dotare di una copertura costituzionale queste Autorità onde legittimarne l'esercizio di poteri che la Carta riserva ad altri soggetti². In effetti, quello della legittimazione delle Autorità indipendenti costituisce un tema che, nel dibattito scientifico, rimane ancora, per molti aspetti, aperto, nonostante esse abbiano da tempo trovato una collocazione ed un ruolo che appare ormai difficile rimettere in discussione³.

In particolare, due norme del Codice dei contratti pubblici attribuiscono all'ANAC poteri amplissimi, su più livelli⁴; da quello normativo a quello di intervento diretto nella singola procedura a garanzia della legittimità degli atti, con possibilità di vincolare l'Amministrazione a un certo comportamento e irrogare sanzioni amministrative direttamente al funzionario: poteri che «tutti insieme in un unico soggetto, non si erano mai visti nel nostro ordinamento»⁵.

Allo stato attuale, in mancanza di un riconoscimento a livello costituzionale della possibilità di istituire organi che derogano al principio della responsabilità⁶ ministeriale, tende a farsi spazio l'opinione che alcune delle Autorità indipendenti godano di una copertura “euro-unitaria”, di per sé sufficiente a giustificare la loro legittimazione: come rilevato da autorevole dottrina, «è l'incidenza comunitaria la

² Sulle varie questioni sottese alla “collocazione” costituzionale delle Autorità indipendenti, v., a titolo esemplificativo, E. CARDI, *La Consob come istituzione comunitaria*, in F. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti. Il mercato dei valori mobiliari*, Milano, 1993, 99 ss.; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, 10 ss.; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; M. PASSARO, *Autorità o amministrazioni indipendenti? L'ambito semantico e l'identità concettuale*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali. Atti del Convegno di Sorrento 30 maggio 1997*, Padova, 1999, 187 ss.; U. DE SIERVO, *Le diversità fra le varie autorità*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali. Atti del Convegno di Sorrento 30 maggio 1997*, cit., 69 ss.; M. SAVINO, *L'indagine conoscitiva del Parlamento*, in F.A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna, 2001, 122 ss.; M. CUNIBERTI, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Riv. dir. cost.*, 2002, 15; F. MERUSI, *Le Autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in F.A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, cit., 21; E. CHELI, *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 11*, Torino, 2000, 130; ID., *Le autorità amministrative indipendenti e le prospettive di una loro riforma*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 13*, Torino, 2003, 78 ss.; A. RIVIEZZO, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2005, 321 ss.

³ F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno* (relazione tenuta al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, “L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali”, Catania, 14-15 ottobre 2005, in www.associazionedeicostituzionalisti.it).

⁴ Ci si riferisce agli artt. 211 e 213 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

⁵ S. BIGOLARO, *L'intervento/2. Concentrazione di poteri sugli appalti: l'Anticorruzione deve adeguarsi*, in www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com.

⁶ Sul concetto teoretico generale di “responsabilità”, cfr. H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica* (1979), trad. it., Torino, 1990, a cura di P.P. Portinaro, 115 ss. Sulla distinzione tra responsabilità politica e giuridica si veda, in particolare, G.U. RESCIGNO, *Responsabilità (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, 1343, che, ponendo in evidenza come da uno schema generale di «responsabilità» si dipanino svolgimenti differenziati, che portano alla definizione dei contorni delle responsabilità «morale», «politica» e «giuridica», precisa che alla seconda rispetto all'ultima manca «il collegamento predeterminato dalle norme tra un certo (nominato e specifico) fatto e una certa (nominata e specifica) conseguenza».

chiave per entrare nella problematica attuale delle Autorità amministrative indipendenti»⁷. In questa prospettiva si è giunti ad affermare che, trovando le Autorità indipendenti già nel diritto U.E. una adeguata copertura, il loro riconoscimento a livello costituzionale sarebbe un fatto non innovativo e neppure necessario⁸. Non è tuttavia chiaro se ed entro quali limiti il diritto europeo “imponga” o comunque “giustifichi” l’affidamento di certi settori “sensibili” (come quelli della concorrenza tra le imprese, dei mercati finanziari, della *privacy*, delle comunicazioni e dell’energia) ad Autorità estranee al circuito della rappresentanza parlamentare⁹.

Scopo del presente scritto è, dunque, quello di “mettere a fuoco” i nuovi poteri regolatori e di precontenzioso attribuiti all’ANAC che, al momento, non appaiono del tutto definiti, e, al contempo, le conseguenze che ne possono discendere, anche nella prospettiva delle riforme che si prospettano al riguardo. Il tema, abbracciando il sistema complessivo delle Autorità indipendenti, impone alcune considerazioni di carattere generale, suscettibili di approfondimenti con riguardo alla specifica esperienza dell’ANAC.

Per fare emergere le peculiarità dell’ANAC appare, quindi, necessario muovere dall’analisi del fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti nel suo complesso, considerandone i più recenti sviluppi anche al di fuori della materia degli appalti pubblici, che presenta rilevanti aspetti problematici.

2. L’esperienza americana delle *Independent Regulatory Commissions*. Le peculiarità del modello: il cumulo di poteri di autorizzazione; di *rulemaking* e di *adjudication* – quasi *judicial*.

Con il termine “Autorità indipendenti” si è soliti indicare una serie di poteri pubblici, caratterizzati da uno specifico grado di indipendenza dal potere politico, dall’esercizio di funzioni “neutrali” in diversi settori dell’ordinamento (principalmente economici) e da un elevato livello di competenze tecniche¹⁰.

⁷ Cfr. F. MERUSI, *Le Autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in F.A. GRASSINI (a cura di), *L’indipendenza delle autorità*, Bologna, 2001, 21. Non dissimile il punto di vista di E. CARDI, *La Consob come istituzione comunitaria*, in F. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti. Il mercato dei valori mobiliari*, Milano, 1993, 99 ss. Su un piano più generale cfr. S. BATTINI, G. VESPERINI, *L’indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale*, in M. D’ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l’economia*, Bologna, 2010, 61 ss.; D. IELO, *La nozione comunitaria di autorità indipendente*, in *Amministrare*, 2004, 287 ss.

⁸ Cfr. F. MERUSI, *Le Autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, cit., 27.

⁹ Lo stesso interrogativo si pone F. DONATI, *op. cit.*, 3-4.

¹⁰ La letteratura in materia di autorità amministrative indipendenti è vastissima. Per inquadramento generale del tema, possono qui ricordarsi, *ex multis*, C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim.dir. pubbl.*, 1988, 549 ss.; G. VESPERINI, *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banc.*, 1990, I, 415 ss.; R. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 1995, 629 ss.; M. D’ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. Amm.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995, 1 ss.; S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna 1996, 217 ss.; M. CLARICH, *L’attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, *ivi*, 149 ss.; ID., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C.

Nondimeno, una definizione unitaria del fenomeno delle Autorità indipendenti non è semplice, in quanto non si è in presenza di organismi creati dal legislatore in esecuzione di un disegno prestabilito o aderendo ad una logica istituzionale complessiva, ma di Autorità istituite in base a contingenti esigenze di indipendenza e neutralità in alcuni specifici settori e in assenza di una disciplina comune, oltre che di un diretto riferimento costituzionale¹¹.

Più precisamente, il fenomeno delle Autorità indipendenti affonda le proprie radici nell'esperienza americana delle *Independent Regulatory Commissions*¹², che iniziò svilupparsi con l'istituzione, nel 1887, della

FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole – Le autorità indipendenti*, cit., 55 ss.; L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alle autorità indipendenti*, *ivi*, 60 ss.; F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle c.d. autorità amministrative indipendenti*, in *Pol. dir.*, 1997, 639 ss.; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle amministrazioni indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le amministrazioni indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997 vol. I, 145 ss.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. Cost.)*, in *Enc. giur.*, 1997, IV, 1 ss.; G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 739 ss.; F. MERUSI, *Eguaglianza e legalità nelle autorità amministrative indipendenti*, in Atti del Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti su *Eguaglianza e legalità nei sistemi giuridici contemporanei*, Trieste 17-19 dicembre 1998, 11 ss. del testo dattiloscritto; ID., *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna 2000, 42 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Autorità indipendenti: c'è bisogno di una riforma?*, in "ISEA", Roma, 2001; L. IEVA, *Autorità indipendenti, tecnica e neutralità del potere*, in *Foro amm.*, 2001, 30 71 ss.; G.P. CIRILLO, *Appunti per una ricerca sulla natura giuridica delle autorità amministrative indipendenti*, in *Cons. Stato*, 2002, II, 71 ss.; M. CUNIBERTI, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, cit., 2002, 3 ss.; ID., *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007; M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, I, Milano 2006, 588 ss.; F. DONATI, *op. cit.*, 1 ss.; D. BORSELLINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, Padova, 2006; A. CLARIZIA, *Autorità indipendenti e ordinamento comunitario. Il sistema antitrust dopo il regolamento 1/2003*, in www.giustamm.it, n. 9/2006; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della repubblica – Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; F. MERUSI - M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2006; G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in *Il diritto*, vol. II, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, 255 ss.; ID., *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 229 ss.; M. POTO, *Autorità amministrative indipendenti*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2008, aggiorn. I, 54 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009; ID., voce *Autorità Amministrative Indipendenti (Dir. Amm.)*, in *Treccani.it*, 2015 ID., *Autorità indipendenti di regolazione di mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in www.giustamm.it, n. 5/2016; ID., *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, *ivi*, n. 6/2016; M. PIERRI, *Autorità indipendenti e dinamiche democratiche*, Padova, 2009; G. ROMAGNOLI, *Il reclamo dinanzi alle authorities e l'azione giudiziale*, in *Assicurazioni*, 2009, I, 23 ss.; S. BATTINI, G. VESPERINI, *L'indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale*, cit., 61 ss.; G. DELLA CANANEA, *Complementarietà e competizione tra le autorità indipendenti*, in www.federalismi.it, n. 22/2010 e in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010; B. CARAVITA DI TORITTO, *Le autorità indipendenti attraverso il prisma delle loro relazioni annuali*, in www.federalismi.it, n. 16/2010; G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010; F. LUCIANI (a cura di), *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, 2011.

¹¹ Cfr., in tal senso, R. CHIEPPA, *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. Sc. Sup. econ e fin.*, 2005, 1 ss.; A. MASSERA, "Autonomia" e "Indipendenza" nell'amministrazione dello Stato italiano, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, 1988, III, 449 ss.; nonché, più recentemente, A. LEONARDI, M.F. SPERANZA, *Sull'indipendenza delle autorità amministrative*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2011, 39 ss.

¹² Sulla genesi e sui caratteri del modello statunitense cfr. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., 53 ss.; C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, 2005, 163 ss., ed *ivi* richiami di dottrina. Sulle funzioni delle *authorities*, anche alla luce di un utile raffronto tra disciplina italiana e modello americano, cfr. M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. Amm.)*, cit., 1 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, cit., 70 ss.; S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti*, Milano, 1999, 38 ss., secondo

Commerce Regulatory Commission, avente la funzione di disciplinare l'azione delle compagnie ferroviarie e dirimere il conflitto tra interessi che si era aperto negli Stati Uniti in seguito allo sviluppo delle strade ferrate. In particolare, la Commissione, denominata «*the poor man's court*», svolgeva le funzioni di regolazione pubblica delle tariffe e di protezione dei diritti dei soggetti meno forti (agricoltori e piccoli commercianti) contro gli abusi monopolistici delle compagnie¹³.

Successivamente, il fenomeno delle *Independent agencies* si è moltiplicato, dando vita ad una proliferazione di soggetti situati al di fuori dei poteri tradizionali e presenti in quasi tutti i campi, economici e sociali, dell'attività amministrativa¹⁴. L'istituzione di commissioni indipendenti ha, quindi, consentito l'introduzione negli Stati Uniti di forme di intervento pubblico nell'economia sganciate dalle ingerenze dell'esecutivo federale: ciò spiega, in buona parte, la fortuna di questo modello, che, da una parte, appariva maggiormente in linea con la tradizione della libertà di impresa radicata in quel paese e, dall'altro, introduceva una sorta di contrappeso all'espansione dei poteri della federazione nei confronti delle prerogative degli Stati membri¹⁵.

Nell'esperienza statunitense il concetto di *regulation* viene, infatti, inteso come attribuzione di poteri normativi, amministrativi e giustiziali ad una Autorità separata dal complesso dell'organizzazione amministrativa e incaricata di svolgere le sue funzioni in un singolo settore¹⁶. Il che garantisce una estrema flessibilità, soprattutto nei settori nuovi, ma, al contempo, attribuisce alle *agencies* un rilevante cumulo di poteri: a funzioni più tipicamente amministrative (di autorizzazione e di vigilanza) si accompagnano quelle

cui si tratterebbe di organismi “autosufficienti” nell'ambito generale dell'ordinamento; R. GAROFOLI, *Procedimento, accesso ed autorità indipendenti*, Milano, 2003, 35 ss., che parla di natura “multifunzionale” delle Autorità indipendenti. Una pluralità di funzioni ed una “peculiarità” delle attribuzioni di tali soggetti è individuata anche da F. CARINGELLA, *Il controllo giurisdizionale su atti e comportamenti dell'Autorità antitrust*, in AA. VV., *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle Autorità indipendenti*, VII colloquio italo-spagnolo, Milano, 2009, 159 ss., il quale parla di “misteriosa” identità delle *authorities*.

¹³ Sull'esperienza degli Stati Uniti, cfr. F.G. GOODNOW, *Principles of the administrative law of the United States*, New York – London, 1905; R.E. CUSHMAN, *The independent regulatory commissions*, New York – London, 1941; R.L. RABIN, *Federal regulation in historical perspective*, in *Stanford Law Review*, 1986, 1189 ss.

¹⁴ L'idea della *regulation* è stata, con il passare del tempo, applicata a molti dei settori tipici di intervento dello Stato sociale: i conflitti collettivi di lavoro, la protezione contro le discriminazioni di sesso o di razza, la tutela dell'ambiente; come ricordato da R. CHIEPPA, *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, 2.

¹⁵ In questo senso espressamente, F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. un. eur.*, 2006, 10. P. CARETTI, *Introduzione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2005, XI.

¹⁶ Secondo R. CHIEPPA, *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, cit., 1 ss., «le agenzie indipendenti nascono per assicurare il *keeping out of politics*, un riparo efficace dall'arbitrio della maggioranza e della politica in genere, dalle corruzioni e dalle frodi, grazie ad un intervento pubblico “neutralizzato”, che consente un processo decisionale fondato sull'esperienza tecnica e sulla neutralità». Sul punto v., altresì, M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. Cost.)*, cit., 1997; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. Amm.)*, cit., 1 ss.

di normazione secondaria (quasi – legislative; il c.d. *rulemaking*) e di soluzione delle controversie e di decisione (*adjudication* – quasi *judicial*), secondo alcuni¹⁷. La peculiarità del modello statunitense sta proprio nella delega di poteri sostanzialmente normativi: le funzioni vengono esercitate senza il limite di stretti vincoli legislativi preesistenti, ma sulla base di parametri di equilibrio.

Se l'esperienza tecnica e l'indipendenza dal Governo e dai gruppi economici restano i tratti distintivi principali delle *agencies*, è tuttavia innegabile che tali tratti hanno assunto connotati diversi a seconda dei differenti periodi storici, in cui si sono alternate le preoccupazioni di limitare gli ampi poteri riconosciuti alle Autorità attraverso le menzionate regole procedurali e il controllo giurisdizionale o di evitare che le stesse agenzie potessero venire “catturate” e deviate rispetto al perseguimento del pubblico interesse a causa dell'influenza su di esse esercitata dalle imprese sottoposte a regolazione e dai poteri forti che tali imprese rappresentano¹⁸.

¹⁷ Si veda, in argomento, la *Presentazione* del Presidente dell'AGCOM, A.M. CARDANI, alla Relazione annuale 2013, in www.agcom.it, 17, secondo cui «l'attività di risoluzione delle controversie [...] tende a configurarsi come l'esplicitazione ex post della funzione di regolazione del mercato (così detta *regulation by litigation*), tipica degli organismi di garanzia nei settori di pubblica utilità». Non dissimile il punto di vista di A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), cit., Bologna, 1996, 108, che, con specifico riferimento alla funzione giustiziale dell'AGCOM, afferma che essa può essere considerata, ad un tempo, «una forma di regolazione diretta dei singoli rapporti intersoggettivi» e «una forma più ampia di regolazione indiretta di un intero settore, attraverso la scelta di modalità e criteri di risoluzione dei conflitti che all'interno dello stesso settore si verificano». In senso analogo, si vedano M. CLARICH, E. CAMILLI, *Poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, cit., 121 ss. Più in generale, sul potere normativo delle autorità indipendenti possono ricordarsi, senza pretesa di completezza: P. BILANCIA, *Attività normativa delle Autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti*, cit., 148 ss.; M.A. CABIDDU, D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in «*Amministrare*», 2000; P. LAZZARA, *La potestà regolamentare della Condizione Nazionale per le società e la Borsa in materia di intermediazione finanziaria*, in *Foro amm.*, 2000; F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, X aggiorn., Roma, 2001; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002; S. SANTOLI, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti* (nota a Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2987), in *Giur. Cost.*, 2003, 1785 ss.; G. DE MINICO, *Regole, comando e consenso*, Torino, 2004; F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it; V. DOMENICHELLI, *Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1 ss.; P. CARETTI (a cura di), *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, Torino, 2005; F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 45 ss.; S. MARZUCCHI, *Regolamenti delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007; ID., *Il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti report annuale - 2013 – Italia*, in www.ius-publicum.com; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, 2007, 107 ss.; N. MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., 87 ss.

¹⁸ A tale proposito va ricordato che, al fine di evitare che l'esercizio di tali ampi poteri si potesse tramutare in arbitrio, l'approvazione dell'*Administrative Procedure Act* nel 1946 impose alle *agencies* il rispetto di una serie di regole procedurali, dirette alla tutela delle garanzie delle imprese soggette a tali poteri e al rispetto del contraddittorio. All'introduzione di regole procedurali si accompagna anche un più intenso sindacato giurisdizionale sugli atti delle *agencies* (su cui v. R. CHIEPPA, *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, cit., 2).

Nell'alternarsi di tali contingenze storiche, è parimente innegabile che le “agenzie indipendenti” rappresentino un assetto ormai consolidato nel tessuto istituzionale degli Stati Uniti.

3. L'influenza del modello statunitense nello sviluppo delle Autorità indipendenti in Europa: la creazione di particolari figure di raccordo tra Autorità nazionali di regolamentazione e Istituzioni europee, caratterizzate da una più o meno accentuata indipendenza dall'esecutivo U.E.

Al modello statunitense, che ha una tradizione più che secolare, si sono ispirate le assai più recenti esperienze europee, a partire da quella francese.

L'influenza del modello d'oltreoceano è particolarmente evidente per le Autorità di regolazione dei mercati, per le quali può parlarsi non solo del consolidamento dell'indipendenza, ma anche della formazione di un modello amministrativo innovativo¹⁹. Tuttavia, a differenza dell'esperienza americana, in cui le Autorità indipendenti nascono per assoggettare a regolamentazione mercati in precedenza sottratti a forme di intervento pubblico, nell'Europa continentale il loro sviluppo è strettamente collegato ad un arretramento dell'intervento pubblico nell'economia²⁰. D'altro canto, il modello americano avrebbe trovato difficoltà ad attecchire in paesi caratterizzati da un impianto politico e costituzionale profondamente differente, in quanto imperniato sul principio della necessaria riconducibilità dell'azione amministrativa al Governo²¹.

Le Autorità indipendenti sono uno degli strumenti caratteristici dello Stato regolatore; la loro affermazione in Europa è quindi strettamente legata al processo comunitario di liberalizzazione e di creazione di mercati concorrenziali nei vari settori in cui prima era radicato il paradigma dello Stato imprenditore²². Nonostante la diversità del processo storico che ha condotto alla creazione delle Autorità indipendenti, si è realizzata così una confluenza tra l'esperienza statunitense e quella europea²³: «è il diritto

¹⁹ In argomento cfr. G. DELLA CANANEA, *L'organizzazione amministrativa della Comunità europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1993, 1105 ss.; M.P. CHITI, *L'organizzazione amministrativa*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 1997, parte generale, 167 ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999; C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 651 ss.; E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003;

²⁰ Cfr. U. CERASOLI, *Autorità amministrative indipendenti nel diritto europeo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2008, Aggiornamento I, 62 ss.

²¹ In questo senso F. DONATI, *op. cit.*, 10, il quale aggiunge che «L'affermazione delle autorità indipendenti, intese come organi chiamati ad esercitare una funzione sostanzialmente arbitraria in settori nei quali occorre garantire il rispetto delle regole di concorrenza e dei diritti di libertà, trovava inoltre formidabili resistenze in quei paesi ancora incentrati su modelli dirigistici caratterizzati da un penetrante controllo da parte dello Stato sull'economia e sulla società».

²² Cfr. F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento VI, Milano, 2002, 164.

²³ Cfr. M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir.cost.)*, cit., 3.

comunitario, aprendo l'Europa alle regole del mercato e della concorrenza, che ha favorito l'innesto dell'esperienza americana nei paesi dell'Europa continentale»²⁴.

Non è questa la sede per analizzare compiutamente lo sviluppo delle Autorità indipendenti nell'organizzazione amministrativa dell'U.E.²⁵ Del resto, un confronto tra l'esperienza euro-unitaria e quella nazionale – oltre ad esulare dai limiti della presente trattazione – non risulterebbe di alcuna utilità, stanti le enormi differenze, sul piano politico ed istituzionale, tra il sistema amministrativo interno e quello dell'U.E., avente un ambito sovranazionale.

Senza entrare troppo nel dettaglio, ma in prospettiva di sintesi, è tuttavia opportuno ricordare che, anche a livello euro-unitario, sono emerse una serie di figure organizzative caratterizzate da una più o meno accentuata indipendenza rispetto all'esecutivo dell'U.E., ovvero alla Commissione.

La genesi, l'organizzazione e le funzioni attribuite a queste figure riflettono peraltro la peculiarità stessa del sistema U.E.

Ciò è avvenuto, innanzitutto, con la disciplina relativa all'unione monetaria europea²⁶, che ha istituito il sistema europeo delle banche centrali (SEBC) composto dalla Banca centrale europea (BCE) e dalle Banche centrali nazionali²⁷, configurate dal Trattato CE come Autorità indipendenti²⁸.

Il legislatore dell'U.E. ha poi promosso anche in altri settori l'instaurazione di rapporti di collaborazione e coordinamento tra Autorità nazionali ed europee.

Il regolamento n. 1/2003/CE²⁹, ad esempio, ha configurato le Autorità nazionali preposte alla tutela della concorrenza come strumenti operativi della Commissione nell'attuazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE. Nel quadro di questa cooperazione, la Commissione può richiedere alle Autorità nazionali di svolgere le verifiche ritenute necessarie; ciascuna Autorità nazionale può procedere ad accertamenti sul

²⁴ Così F. DONATI, *op. cit.*, 11. Sull'idea che le autorità indipendenti si sarebbero affermate nei paesi a costituzione rigida per effetto di procedure "costituzionalmente surrettizie", spinte dal cambiamento del modello economico originariamente presupposto dalle costituzioni, cfr. F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, cit., 164; G. GUARINO, *Le autorità indipendenti nel sistema giuridico*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali*. Atti del Convegno di Sorrento 30 maggio 1997, Padova 1999, 37. Ciò conferma l'impossibilità delle costituzioni nazionali di "imbrigliare" o comunque di condizionare lo sviluppo di un mercato che ormai ha assunto una dimensione che trascende i confini degli Stati: in argomento cfr. M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss.

²⁵ In argomento cfr. M.P. CHITI, *L'organizzazione amministrativa*, cit., 167 ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit.; E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, cit.; G. DELLA CANANEA, *L'organizzazione amministrativa della Comunità europea*, cit., 1105 ss.; C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, cit., 651 ss.

²⁶ In argomento, cfr. O. ROSELLI, *Profili costituzionali dell'integrazione monetaria europea*, in O. ROSELLI (a cura di), *Europa e banche centrali*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, Napoli, 2004, 11 ss.

²⁷ V. Part. 107 del Trattato CE.

²⁸ V. Part. 108 del Trattato CE.

²⁹ Su cui v., ad es., A. CLARIZIA, *Autorità indipendenti e ordinamento comunitario. Il sistema antitrust dopo il regolamento 1/2003*, cit., spec. §§ 1-2.

proprio territorio per conto di altre Autorità³⁰. Si realizzano, in tal modo, nuove forme procedurali nel quadro di una sempre maggiore integrazione comunitaria delle Autorità nazionali della concorrenza³¹.

A consolidare questo assetto, è intervenuta, nel 2011, l'istituzione del sistema europeo di vigilanza finanziaria (in inglese, *European System of Financial Supervisors*: SEVIF), che contempla tutti i poteri necessari a sventare il c.d. “rischio sistemico”³².

Anche nel campo delle comunicazioni elettroniche³³, la Direttiva quadro 2002/21/CE impone agli Stati membri di garantire l'indipendenza e la neutralità delle Autorità nazionali di regolamentazione³⁴ e prevede, anche in questo caso, una rete di Autorità indipendenti nazionali³⁵. Ed è in tale settore che sono state previste le forme più avanzate di collaborazione e coordinamento tra le Autorità degli Stati membri e quelle euro-unitarie: la direttiva quadro ha, infatti, previsto tre livelli di cooperazione, destinati a “confluire” all'interno di particolari organismi a composizione “mista”, formati cioè da rappresentanti della Commissione e delle Autorità nazionali di regolamentazione, ai quali viene affidato non soltanto il compito di promuovere la coerente e coordinata applicazione del diritto U.E., ma anche importanti funzioni di consulenza nei confronti della Commissione medesima³⁶.

³⁰ Un'attività di collaborazione e coordinamento tra la Commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza è prevista anche dal regolamento n. 139/2004/CE relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (cfr. in particolare l'articolo 19 del regolamento cit.).

³¹ Cfr., al riguardo, l'ampia analisi di L.F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005, spec. 357 ss. Va, inoltre, ricordato che i governi tedesco e italiano, in vista della conferenza intergovernativa per la revisione del Trattato di Maastrich, proposero l'istituzione di un'autorità europea della concorrenza o quanto meno di abilitare il Consiglio a provvedere in tal senso. Sul dibattito in materia si veda il saggio intitolato *Otto voci sulla proposta di un'autorità indipendente per l'antitrust europeo*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1997, 509 ss. (con interventi di A. TIZZANO, G. AMATO, D. WOLF, P. AUTERI, E. M. MILANESI, G. ROCCA, E. GENTILE); in argomento cfr., altresì, F. CAPELLI, *Osservazioni sulla proposta tedesca di istituire un organo autonomo competente in materia di concorrenza all'interno della Comunità europea*, in *Dir. com. e degli sc. int.*, 1996, 213 ss; M. DE VITA, L. DI VIA, *Brevi note sulla gestione della politica comunitaria della concorrenza*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1996, 35 ss.

³² A tal fine sono state istituite tre nuove autorità europee di vigilanza sul mercato bancario, sul mercato assicurativo e pensionistico, nonché sul mercato dei valori mobiliari (rispettivamente EBA, EIOPA e ESMA), l'opera delle quali è coordinata dal Centro europeo per il rischio sistemico (ESRB).

³³ Su cui v., ad es., M. RENNA, *Mercato delle comunicazioni e autorità indipendenti*, in AA.VV., *Le normative per il mercato multimediale*, Milano, 1996, 33-44 e 133-135; F. DENOZZA, *L'applicazione delle regole di concorrenza nel campo delle telecomunicazioni*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino, 2003, 97 ss.

³⁴ Art. 3.

³⁵ Artt. 8 e 15.

³⁶ Tra questi rientra l'*European Regulatory Group* (ERG) che, secondo le indicazioni contenute nella citata direttiva quadro, svolge una importante funzione di coordinamento tra le autorità nazionali di regolamentazione e la Commissione. A tale riguardo, l'ERG ha, ad es., elaborato in cooperazione con la Commissione ed approvato un documento (“*ERG common position on the approach to Appropriate remedies in the new regulatory framework*”, 1 aprile 2004) con cui si dettano delle linee guida circa i criteri da seguire per la selezione e l'imposizione degli obblighi specifici di regolamentazione alle imprese aventi significativo potere di mercato. Tali linee direttrici, pur non avendo carattere vincolante, dovranno essere tenute «nel massimo conto» dalle Autorità nazionali. Tra gli organi a composizione mista, si possono poi ricordare il Comitato per le comunicazioni (articoli 21 e 22 della direttiva quadro), composto dai rappresentanti degli Stati membri e presieduto da un rappresentante della Commissione,

Sempre nel quadro della cooperazione tra le Autorità nazionali di regolamentazione, altre Autorità indipendenti (come l’Autorità per l’energia elettrica e il gas³⁷ e l’Autorità per la protezione dei dati personali³⁸) fanno parte di “reti” europee all’interno delle quali operano forme di coordinamento volte a garantire uno scambio di esperienze e un indirizzo uniforme in sede di attuazione della disciplina comunitaria: il che rafforza la loro indipendenza³⁹, anche laddove essa non risulta pienamente garantita a livello normativo⁴⁰.

Inoltre, la creazione di canali di collegamento con gli organi dell’Unione e le altre Autorità nazionali di settore consente loro di evidenziare, a livello europeo, specifiche esigenze nazionali e, al contempo, di farsi promotori e garanti della realizzazione, sul piano nazionale, delle istanze unitarie maturate in sede euro-unitaria. Il diritto U.E. non si limita, quindi, a definire il quadro normativo di riferimento entro il quale debbono operare le autorità indipendenti nazionali, ma ha cominciato ad occuparsi anche dei loro profili organizzativi e di funzionamento, rompendo così la tradizione dell’ente autarchico comunitario⁴¹.

che svolge una funzione consultiva nei confronti di questa e il Comitato spettro radio, organo consultivo della Commissione in materia di “spettro radio”, istituito sulla base dell’art. 3 della decisione n. 676/2002/CE. Infine, sempre nel campo delle comunicazioni elettroniche, la direttiva quadro in materia prevede – seppure con finalità parzialmente diverse – forme di collaborazione e coordinamento tra i vari soggetti interessati allorché si tratti di assumere decisioni in sede internazionale in merito all’assegnazione delle frequenze, delle numerazioni e dei domini *internet* (art. 10, comma 5, direttiva 2001/21/CE), ovvero qualora si debba procedere all’analisi dei mercati ritenuti dalla Commissione aventi i caratteri della “transnazionalità” (art. 16, comma 5, direttiva 2002/21/CE), nonché nel caso in cui tra parti stabilite in Stati membri diversi sorga una controversia transnazionale in merito all’ambito di applicazione della normativa comunitaria di settore per la quale risultino competenti le Autorità nazionali di regolamentazione di almeno due Stati diversi (art. 21, direttiva 2002/21/CE).

³⁷ Su cui v. G. DE VERGOTTINI, *L’autorità di regolazione dei servizi pubblici*, in *Rass. giur. energ. elettr.*, 1996, 288 ss.; N. PAOLANTONIO, *La giustizia innanzi all’Autorità per l’energia elettrica e il gas*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato. La tutela delle situazioni soggettive nell’amministrazione giustiziale*, vol. II, Napoli, 2011, 179 ss. nonché F. LIGUORI, *La giustizia innanzi all’AEEG*, *ivi*, 167 ss.

³⁸ Sul punto v. A. SIMONCINI, *Autorità indipendenti e “costruzione” dell’ordinamento giuridico: il caso del garante per la protezione dei dati personali*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 851 ss. M.C. GRISOLIA, *Alcune considerazioni sul potere normativo del garante per la protezione dei dati personali dalla l. n. 675/1996 al “codice in materia di protezione dei dati personali”*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, cit., 167 ss.

³⁹ In questo senso espressamente F. DONATI, *op. cit.*, 22, secondo cui «Il collegamento con la Comunità e con le altre Autorità di regolazione contribuisce tuttavia ad affrancare le Autorità preposte alla regolazione dei servizi di pubblica utilità dagli indirizzi settoriali del Governo».

⁴⁰ L’articolo 1, comma 1, della l. 14 novembre 1995, n. 481, ad esempio, nell’attribuire alle Autorità di regolazione il compito di promozione della concorrenza, dell’efficienza della qualità e degli interessi dei consumatori nel settore dei servizi di pubblica utilità, impone ad esse di tenere conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo.

⁴¹ Considerazioni in parte simili valgono per le agenzie, che hanno avuto notevole sviluppo nel sistema U.E.: cfr. C. FRANCHINI, *I principi dell’organizzazione amministrativa comunitaria*, cit., 668, che contesta la riconduzione delle agenzie al modello delle Autorità indipendenti operata invece da G. MAJONE, *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, Paris, 1996. Contro la possibilità di assimilare le agenzie alle Autorità indipendenti cfr., altresì, e C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione “indipendente” del mercato*, Bari, 2005, 200; E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2002, 461 ss.

Ne è derivato, com'è noto, un sistema «reticolare» caratterizzato da una stretta compenetrazione tra livello nazionale e livello comunitario, all'interno del quale gli organi nazionali e comunitari collaborano tra loro sulla base di nuovi schemi procedurali che presuppongono e accentuano la compenetrazione tra gli ordinamenti nazionali e quello europeo⁴². Un esempio emblematico di questo sistema organizzativo “misto”, è rappresentato proprio dalle Autorità amministrative indipendenti. Da questo punto di vista, prendendo a prestito le parole di un noto costituzionalista, le autorità indipendenti si presentano come «frammenti di un disegno costituzionale europeo ancora allo stato nascente»⁴³.

4.1. Le altre esperienze europee. L'ampia diffusione del modello delle *autorités administratives indépendantes* in Francia e la consolidata tradizione delle Autorità con funzioni quasi giudiziali in Gran Bretagna. Il fondamento costituzionale delle Autorità indipendenti in Portogallo.

In questo nuovo assetto, occorre allora guardare alle Autorità indipendenti, più che per misurarne la distanza dai modelli tradizionali, per verificarne i caratteri propri e distintivi e per riflettere sulle ragioni della loro diffusione negli ordinamenti nazionali.

In particolare, comparando le diverse esperienze europee si può facilmente constatare l'ampia circolazione del modello ed il suo recepimento da parte di numerosi ordinamenti⁴⁴.

Come già anticipato, in Europa, il fenomeno ha radici più giovani rispetto all'esperienza americana e si è iniziato a manifestare negli anni settanta, quando in Francia vi è stata l'istituzione di diverse *autorités administratives indépendantes*, nate - come negli USA - per finalità di protezione di diritti ed interessi rispetto ai c.d. poteri forti, anche se con caratteristiche diverse⁴⁵.

⁴² V., *ex multis*, R. DEHOUSSE, *Regolazione attraverso reti nella Comunità europea: il ruolo delle Agenzie europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, 629 ss.; F. PIZZETTI, *Sistema comunitario e amministrazioni nazionali*, in *Annuario 1999. La Costituzione europea*. Atti del XIV Convegno annuale. Perugia 7-8-9 ottobre 1999, Padova, 2000, 189 ss.; E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, cit., spec. 91 ss.; G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, vol. II, Milano, 2003, 1877 ss.; S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Quaderno n. 1, Milano, 2004, 31 ss.

⁴³ Così E. CHELI, *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, cit., 139.

⁴⁴ È quanto constatato anche da G. CORDINI, *Prefazione*, in V. PEPE e L. COLELLA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti nella comparazione giuridica. Esperienze europee ed extraeuropee*, Napoli, 2011, 6.

⁴⁵ La nascita delle Autorità amministrative indipendenti in Francia costituisce manifestazione espressa della volontà del legislatore che ha ufficialmente utilizzato la denominazione “Autorità amministrativa indipendente” per qualificare la *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (1978), al momento della sua istituzione (art. 8, l. 6 gennaio 1978, relativa all'informatica, alle banche dati e alle libertà). Fra le principali Autorità istituite si possono menzionare, inoltre: la *Commission des operation de borse* (1978) per la vigilanza sui mercati mobiliari e la protezione degli investitori; il *Conseil de la concurrence* (1978) con funzioni *antitrust*; il *Conseil superieur de l'audiovisuel* (1989) per la garanzia degli utenti dei mezzi di comunicazione di massa. Suscita, invece, dubbi, il riconoscimento di tale qualifica ad altri organismi, le cui competenze rientrano apparentemente nella funzione consultiva; questo vale, ad es., per: la Commissione sulle infrazioni fiscali (l. 29 dicembre 1977); la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi (l. 17 luglio 1978); la Commissione per la sicurezza dei consumatori (l. 21 luglio 1983); il Comitato nazionale di valutazione delle università (art. 25, l. 10 luglio 1989, di orientamento dell'educazione); la Commissione

In Gran Bretagna, a fronte di una più consolidata esperienza di Autorità, aventi un ruolo sostitutivo rispetto al giudice, dopo l'istituzione degli *administrative tribunals* con funzioni quasi-giudiziali, si sono poi sviluppate Autorità, cui è stata affidata la titolarità anche di potestà amministrative e normative (di *delegated legislation*), come, ad es., la *Monopolies and mergers commission* (1965) con funzioni *antitrust* e la *Independent broadcasting authority* (1972) per la regolazione del settore radiotelevisivo⁴⁶.

Degne di nota, in questa breve rassegna delle principali esperienze europee, sono anche i modelli adottati da Portogallo e Spagna.

In Portogallo, come in altri Stati, l'istituzione delle prime Autorità amministrative indipendenti è avvenuta per via legislativa, senza cornice costituzionale, in proporzione e a seconda delle necessità, avendo, quindi, alla base ragioni di natura prevalentemente politica e congiunturale⁴⁷.

Nondimeno, per evitare qualsiasi dubbio costituzionale, l'art. 267, par. 3, della Costituzione della Repubblica portoghese ha stabilito che «la legge possa istituire enti amministrativi indipendenti»⁴⁸. Nello specifico, la Costituzione non indica il fondamento per l'istituzione di una Autorità amministrativa indipendente, ma una parte della dottrina ne difende l'esistenza in ragione di una base materiale che giustifica la creazione di ogni Autorità, in settori che richiedono un'attività amministrativa svolta da strutture non sottoposte ai poteri gerarchici o di controllo da parte del Governo o di un'Autorità da

nazionale di controllo delle intercettazioni di sicurezza (art. 13, l. 10 luglio 1991, relativa al segreto della corrispondenza trasmessa attraverso le telecomunicazioni); la Commissione consultiva sul segreto della difesa nazionale (art. 1, l. 8 luglio 1998); il Consiglio per la prevenzione e la lotta contro il *doping* (art. 14, l. 23 marzo 1999, relativa alla protezione della salute degli sportivi); la Commissione nazionale di deontologia della sicurezza (art. 1, l. 6 giugno 2000) o, ancora, la Commissione nazionale del dibattito pubblico (art. 49, l. 27 febbraio 2002). Per una più completa rassegna delle Autorità amministrative in Francia, cfr. JEAN LOUIS AUTIN, *Le Autorità Amministrative Indipendenti in Francia*, in V. PEPE e L. COLELLA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti nella comparazione giuridica. Esperienze europee ed extraeuropee*, cit., 67 ss. In argomento cfr. anche M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. Cost.)*, cit., 3, la quale evidenzia che la dottrina francese ha tentato di giustificare l'esistenza di Autorità sottratte a vincoli gerarchici verso il Governo con l'individuazione di un nuovo modello di Amministrazione fondato sulla persuasione anziché sull'autoritarità: tale modello viene abbinato alla teoria dei c.d. *secteur sensibles* (ambiti di vita sociale nei quali lo Stato potrebbe intervenire solo in forma *soft* e neutrale all'unico scopo di proteggere il cittadino dalle minacce sia del potere pubblico che di quello privato).

⁴⁶ In Gran Bretagna, dopo l'istituzione delle prime amministrazioni indipendenti rientranti nella categoria degli *administrative tribunals* con funzioni quasi-giudiziali, sono sorte, in seguito, Autorità dotate di poteri amministrativi e, al contempo, normativi, come, ad es., la *Monopolies and mergers commission* (1965) con funzioni *antitrust* e la *Independent broadcasting authority* (1972) per la regolazione del settore radiotelevisivo. Su tali aspetti cfr. R. CHIEPPA, *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, cit., 3.

⁴⁷ A.C. DE OLIVEIRA, *Le Autorità amministrative Indipendenti in Portogallo*, in *Le Autorità amministrative indipendenti nella comparazione giuridica – Esperienze europee ed extraeuropee*, in V. PEPE e L. COLELLA (a cura di), *op. cit.*, 95 ss.

⁴⁸ Il testo parla di «enti» ma esiste pure nella lingua portoghese il termine «autorità» che assume quasi il medesimo significato: cfr., sul punto, A.C. DE OLIVEIRA, *Le Autorità Amministrative Indipendenti in Portogallo*, cit., 96-97.

quest'ultimo dipendente⁴⁹. Esistono, inoltre, alcune Autorità indipendenti la cui istituzione è stata oggetto di una espressa previsione costituzionale⁵⁰.

4.2. (Segue) La riconducibilità di tali enti nell'ordinamento spagnolo alle formule organizzative di derivazione anglosassone; la previsione dell'autonomia ed indipendenza dal Governo nella Ley 40/2015.

In Spagna, a differenza che in Portogallo, nessuna Autorità amministrativa indipendente gode di uno statuto costituzionale; ciò che ha determinato considerevoli problemi interpretativi ed un notevole contenzioso⁵¹.

Tuttavia, l'intervento più dirompente è venuto da una pronuncia del 2005 del Tribunale Supremo, sia pure sulla linea di un consolidato orientamento dottrinale⁵². In particolare, la decisione citata, esaminando il problema della natura giuridica delle Autorità indipendenti, ha dichiarato che la comparsa di tali enti nell'ordinamento spagnolo è riconducibile ad una formula organizzativa di derivazione anglosassone, citando, ad *exemplum*, il Consiglio di Sicurezza Nucleare, la Banca di Spagna, Commissione Nazionale del Mercato dei Valori, l'Agenzia per la protezione dei dati, la Commissione Nazionale dell'Energia e la Commissione del Mercato delle Telecomunicazioni. Secondo il Tribunale Supremo, le Autorità amministrative indipendenti (indicate anche con la sigla AAI) sono organismi che si caratterizzano per un'autonomia ed un'indipendenza desumibile dalla previsione del divieto, per il Governo, di dare ordini o istruzioni ai responsabili di tali enti e modificare discrezionalmente il mandato del personale direttivo.

⁴⁹ A.C. DE OLIVEIRA, *op. cit.*, 95.

⁵⁰ Basti pensare all'Ente Regolatore per la Comunicazione Sociale (*Entidade Reguladora para a Comunicação Social – ERC*), prevista dall'art. 39, par. 1, della Costituzione, incaricata di garantire il diritto all'informazione e alla libertà di stampa; oppure alla Commissione Nazionale di Protezione dei Dati (*Comissão Nacional de Protecção de Dados – CNPD*), contemplata dall'art. 35, par. 2, della Costituzione, avente il compito di tutelare i diritti fondamentali dei cittadini da eventuali danni derivanti dall'utilizzo dei mezzi informatici. Può essere, infine, ricordata la Commissione Nazionale delle Elezioni (*Comissão Nacional de Eleições – CNE*) per la quale è possibile individuare una base materiale legittima per la sua creazione (benchè la sua istituzione non sia avvenuta formalmente attraverso una previsione costituzionale specifica), nell'art. 113, par. 3, capoverso c, ove si stabilisce che le campagne elettorali vengano disciplinate da enti pubblici imparziali.

⁵¹ Cfr., ad es., la sentenza del Tribunale Supremo, sez. III, 27 novembre 2006, n. 7504 (reperibile in www.poderjudicial.es), in merito al ricorso del contenzioso amministrativo n. 53/2005 presentato dalla Comunità autonoma di Madrid, relativamente a istruzioni contenute nel decreto reale 30 dicembre 2004, n. 2397, in base al quale era stato accordato il cambiamento della sede della Commissione del Mercato delle Telecomunicazioni di Madrid e Barcellona. Al riguardo, la decisione citata ha espressamente qualificato questa Commissione, che in ogni caso, fa parte delle Amministrazioni indipendenti, quale «organismo a carattere molto speciale».

⁵² Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS, *Las administraciones independientes*, Madrid, 1994. GASPAR. ARIÑO; ID., *Las administraciones independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos*, in *La administración pública española*, Madrid, 2002; J.M DE LA CUÉTARA; L. LÓPEZ DE CASTRO, *Principios de derecho público económico*, Granada, 1999; G. FERNÁNDEZ ROJAS, *Las administraciones independientes de regulación y supervisión en España*, in *Universitas*, n. 109, 2005, 419-460.

In particolare, si deve alla *Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público*, la creazione delle figura delle AAI come enti di diritto pubblico con personalità giuridica propria, cui sono attribuite funzioni di regolamentazione o vigilanza di carattere esterno su settori economici o determinate attività, la cui esecuzione richiede indipendenza funzionale o una speciale autonomia rispetto all'Amministrazione generale dello Stato⁵³.

Dal punto di vista normativo, questi organismi restano fuori dalla regolazione prevista per gli enti pubblici dalla legge organica sull'organizzazione e sul funzionamento dell'Amministrazione generale dello Stato (LOFAGE) che razionalizza il complesso delle strutture integrate denominato «Amministrazione strumentale». Nello specifico, la suddetta legge esamina le «Amministrazioni indipendenti» nella Disposizione Addizionale Decima⁵⁴, mostrando l'intenzione del legislatore di escludere tali figure dall'organizzazione dell'Amministrazione generale, dotandole di «indipendenza funzionale» e di una «certa autonomia rispetto all'amministrazione generale dello Stato». Tuttavia, come rilevato anche da altri⁵⁵, l'elenco previsto dalla citata Disposizione Addizionale⁵⁶ non appare soddisfacente, essenzialmente per due ordini di ragioni: 1) da un lato tale elenco risulta incompleto perché non include alcuni organismi, come, ad es., la Banca di Spagna, che viene ricompresa dalla dottrina nel novero delle «Amministrazioni indipendenti»; b) dall'altro, esso include esplicitamente altri organismi, come l'Istituto di Credito Ufficiale o il Consorzio della zona speciale delle isole Canarie, che, per ragioni strutturali ed organizzative, non possono essere ricompresi nelle «Amministrazioni indipendenti»⁵⁷.

⁵³ Più precisamente, il fenomeno delle Amministrazioni indipendenti in Spagna ricomprende:

- a) organismi creati per il compimento di servizi di interesse generale o di settori pubblici rilevanti, aventi bisogno di autonomia ed indipendenza rispetto al potere politico (*RTVE, Agenzia per la protezione dei Dati e Università pubbliche*);
- b) agenzie regolatrici (*Banca di Spagna, Commissione Nazionale del Mercato dei Valori, Commissione Nazionale dell'Energia e Commissione del Mercato delle Telecomunicazioni*).

⁵⁴ Sotto la rubrica «il regime giuridico di alcuni organismi pubblici».

⁵⁵ V. J. DE LA CRUZ FERRER, *op. cit.*, 73 ss.

⁵⁶ Gli enti pubblici inclusi nel suddetto elenco sono: la Commissione Nazionale del Mercato dei Valori; il Consiglio di Sicurezza Nucleare; l'RTVE; le Università dello Stato non trasferite alle Comunità Autonome; l'Agenzia per la Protezione dei Dati; l'Istituto Spagnolo del Commercio Estero (ICEX); il Consorzio della Zona Speciale delle Isole Canarie; la Commissione Nazionale per l'Energia; la Commissione del Mercato delle Telecomunicazioni. Su tale elenco v. J. DE LA CRUZ FERRER, *op. cit.*, 75.

⁵⁷ Per cercare di sopperire a questi problemi, in Spagna è attualmente all'esame del Governo un disegno di legge che prevede la creazione di quattro nuove AAI che saranno responsabili della difesa della concorrenza e della supervisione in campo economico e finanziario; ciò comporterà l'estinzione dell'attuale Commissione nazionale dei mercati e della concorrenza (CNMC) e la sua suddivisione in AAI di concorrenza e AAI di supervisione e regolamento dei mercati, a cui si aggiungeranno l'AAI delle assicurazioni e dei piani pensionistici e l'AAI per la protezione degli utenti dei servizi finanziari e degli investitori finanziari, che sarà sottoposto a consultazione pubblica.

4.3. (Segue) Il sistema tedesco. Analisi della natura, delle caratteristiche e del procedimento avanti alla *Vergabekammer*. Rinvio al successivo § 13.2.

Pur nell'ambito di una disciplina generale delle Autorità indipendenti che non si discosta molto dalle altre esperienze europee, fin qui esaminate, in Germania il legislatore ha attuato le previsioni delle direttive mettendo "in campo" un interessante istituto, la *Vergabekammer* ("Camera degli appalti"), che presenta significative analogie con l'ANAC, come meglio si dirà *infra*⁵⁸. Appare, pertanto, utile esaminarne le caratteristiche generali in questa prima parte del lavoro, dedicata al "sistema" europeo delle Autorità indipendenti, rapportandole, in un secondo momento, a quelle dell'ANAC; e ciò nel tentativo di trarre dalla comparazione analogie e differenze dei poteri decisori riconosciuti a ciascuna delle due Autorità e dei "processi deliberativi" che ne precedono l'emanazione.

Per quanto attiene alla natura e alle caratteristiche della *Vergabekammer*, si tratta, in estrema sintesi, di un organo di ricorso non giurisdizionale specializzato, competente a giudicare in prima istanza con riferimento alle controversie relative ai contratti cc.dd. "sopra-soglia", in linea con le indicazioni di provenienza europea⁵⁹.

⁵⁸ V. il § 13.2.

⁵⁹ La possibilità che i rimedi alla violazione delle direttive sostanziali fosse affidata a un organo non giurisdizionale, già contemplata dalle direttive 89/665/CEE e 93/13/CEE, è stata ulteriormente ribadita dalla direttiva 2007/66/CE. Nondimeno, se da lato, quest'ultima direttiva, conduceva gli Stati membri ad affidare ad un solo «organo di ricorso» l'esame congiunto delle domande volte ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione e la dichiarazione di inefficacia del contratto concluso dalla stazione appaltante con il concorrente prescelto in esito ad una procedura illegittima, in quanto connesse fra di loro in ragione del comune bene della vita perseguito (*id est* l'aggiudicazione dell'appalto), dall'altro, essa non puntualizzava le caratteristiche del predetto «organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice», limitandosi a facoltizzare gli Stati membri a conferire all'organo stesso «un'ampia discrezionalità al fine di tenere conto di tutti i fattori rilevanti» (art. 2-*sexies*, comma 2, direttiva 2007/66/CE). Come osservato in altra sede (C. BENETAZZO, *Contratti della P.A. e annullamento dell'aggiudicazione*, Padova, 2012, 388-389), probabilmente, il legislatore comunitario, quando ha fatto riferimento all'«organo di ricorso» (quale titolare della cognizione in ordine alla sorte del contratto e della correlata potestà sanzionatoria), intendeva aprire la strada ad una pluralità di soluzioni. In questa prospettiva, all'indomani del recepimento della più volte citata direttiva 2007/66/CE (modificativa delle c.d. direttive ricorsi 89/665/CE e 93/13/CE), anche in Italia, parte della dottrina non ha mancato di rilevare che il legislatore ben avrebbe potuto affidare alle nostrane Autorità amministrative indipendenti un ruolo, sia pure aggiuntivo, nel panorama dei rimedi contro la violazione del diritto dei contratti pubblici, specialmente alla luce della novità rappresentata dalle «sanzioni alternative» introdotte dalla stessa direttiva n. 66, cit. La medesima dottrina evidenziò tuttavia che l'attribuzione all'allora AVCP del ruolo di «organo di ricorso», avrebbe potuto condurre a conseguenze discutibili «principalmente, la difficile coesistenza nell'ambito della stessa Autorità di funzioni quasi-giudiziali e di altra natura; il duplicarsi della tutela, articolata in quasi-giudiziale e giurisdizionale, con paradossali rischi per la sua effettività (costi ingenti, tempi di giudizio fortemente aumentati, possibilità di contrasti interpretativi, una complessa incertezza giuridica)» e ciò proprio in un momento storico in cui varie riforme del processo amministrativo, pensate eminentemente per i contratti pubblici e per le materie contermini, si dimostravano efficaci per i tempi di giudizio, per le maggiori opportunità nell'istruzione dei ricorsi e per l'incisività delle decisioni: in questo senso M.P. CHITI, *Le misteriose "sanzioni alternative" nella direttiva ricorsi appalti ed i limiti dell'ingerenza dell'Unione europea nel diritto processuale*, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, in G. GRECO (a cura di), Milano, 2010, 168. L'Autore poneva, peraltro, in evidenza una circostanza contingente di non poco rilievo: la coincidenza temporale tra il recepimento della direttiva 2007/66/CE e la coeva delega per il nuovo codice del processo amministrativo (L. 18

Ai sensi dell'art. 157 GWB gli organi in parola sono indipendenti e sottoposti soltanto alla legge. La relativa autonomia non ha però rango costituzionale, non trattandosi di organi propriamente giurisdizionali. Come si avrà modo di illustrare *infra*⁶⁰, le *Vergabekammern* sono tuttavia “giudici” secondo il diritto europeo e sono quindi legittimate a effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE⁶¹. Sul piano organizzativo, la *Vergabekammer* federale ha sede nell'Ufficio federale centrale, mentre le *Vergabekammern* dei singoli Land sono istituite presso le autorità amministrative regionali. Dinanzi ad esse non vige l'obbligo del patrocinio legale.

Passando ad esaminare il procedimento di riesame dinanzi alla Camera degli appalti, va, in primo luogo, sottolineato che esso ha carattere semi-giurisdizionale, ponendosi a metà strada tra un procedimento e un giudizio amministrativo.

Quanto all'avvio del procedimento, nel sistema tedesco vige la regola della previa istanza alla stazione appaltante quale condizione di ammissibilità del ricorso alla Camera degli appalti⁶²: occorre, cioè, una previa istanza di riesame - i cui requisiti di formali sono piuttosto blandi⁶³ - da formulare entro dieci giorni dalla ricezione delle informazioni sull'intervenuta aggiudicazione⁶⁴. Nel caso di mancato adeguamento

giugno 2009, n. 69, art. 44, rubricato “*Delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo*”). La prossima sistemazione, per la prima volta in modo organico, della giustizia amministrativa in un unico testo normativo aveva condotto naturalmente il legislatore a propendere per una soluzione esclusivamente giurisdizionale anche in materia di contratti pubblici. Dissimile il punto di vista di P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in www.giustamm.it, n. 3/2011, secondo cui «La direttiva comunitaria, del resto, non imponeva la scelta di attribuire questi poteri al giudice, bastando all'uopo un'Autorità indipendente», proprio come la *Vergabekammer*, nell'ambito dell'ordinamento tedesco. Ancora, secondo altri, il recepimento della direttiva 2007/66/CE avrebbe potuto costituire l'occasione per ripensare lo stesso istituto dei ricorsi amministrativi, se il legislatore nazionale non avesse individuato l'organo di ricorso nel giudice amministrativo (cfr., in questo senso, F. CINTIOLI, relazione tenuta nel corso del Seminario “*L'attuazione della nuova direttiva ricorsi*”, organizzato dal Dipartimento di Studi Giuridici “Angelo Sraffa” dell'Università Bocconi di Milano e dalla Scuola di specializzazione per le professioni legali delle Università Bocconi e di Pavia, tenutosi il 20 maggio 2010 presso l'Università Bocconi, in www.giustamm.it, n. 7/2010).

⁶⁰ Si veda il § 13.2.

⁶¹ V., in argomento, U. STELKENS, *Administrative Appeals in Germany*, in D.C. DRAGOS, B. NEAMTU (eds.) *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Berlin-Heidelberg, 2014; M. BURGI, *EU Procurement Rules*, cit., 111; F. APERIO BELLA, *Gli “organi di ricorso” in materia di affidamento di contratti pubblici nell'ordinamento italiano e tedesco: poteri decisori differenziati tra parere di precontenzioso ANAC e pronunce delle Vergabekammern*, in www.diritto-amministrativo.org, 10.

⁶² L'istituto è considerato espressivo del principio di buona fede, poiché offre all'Autorità la possibilità di rivedere in sede di autotutela la propria decisione, scongiurando procedure di ricorso inutili. La denuncia funge al contempo da “filtro” rispetto all'accesso alla Camera degli appalti e da “door-opener” per l'accesso a tale ultimo rimedio: cfr. M. BURGI, *EU Procurement Rules – A Report about the German Remedies System*, in *Ius Publicum*, I, 2012, 113.

⁶³ La denuncia può essere formulata anche oralmente, ma è necessario che l'istante contesti una violazione di un proprio diritto soggettivo, esponendo le ragioni di fatto e di diritto da cui emerge l'illegittimità del comportamento della stazione appaltante (C. FRAENKEL HAEBERLE, F. APERIO BELLA, *Gli “organi di ricorso” sull'affidamento di contratti pubblici tra diritto UE e pratiche nazionali: la Vergabekammer e il parere precontenzioso ANAC*, in *Dir. e soc.*, 2017, 268 ss.).

⁶⁴ Cfr. art. 134 GWB. Si noti che fino al 2016 la normativa tedesca si limitava a prevedere, in termini affatto generici, che l'istanza di riesame alla stazione appaltante dovesse essere presentata «senza indebito ritardo». Tale previsione aveva generato non poche problematiche con riferimento alla garanzia dell'effettività della tutela e certezza del

spontaneo da parte della stazione appaltante, il ricorrente può adire la Camera degli appalti⁶⁵, documentando di avere effettuato la prescritta denuncia, entro 15 giorni alla comunicazione della stazione appaltante di non volersi attenere all'istanza⁶⁶.

Una volta ricevuto il ricorso (se ricevuto prima della stipula del contratto), la Camera opera un vaglio preliminare sulla non manifesta inammissibilità o infondatezza dello stesso, che, una volta superato, consente di attivare la sospensione automatica dell'aggiudicazione attraverso una comunicazione alla stazione appaltante⁶⁷; fatta salva la possibilità per la Camera di autorizzare eccezionalmente l'aggiudicazione con due settimane di preavviso, se l'interesse della collettività a un celere svolgimento dell'appalto prevale su quello del concorrente non aggiudicatario⁶⁸.

Durante la fase istruttoria, la Camera degli appalti è dotata di poteri inquisitori simili a quelli del giudice amministrativo tedesco e deve ricercare *ex officio* i fatti⁶⁹.

Quanto al contraddittorio, le parti - il cui comportamento, similmente a quanto avviene nel sistema italiano, deve essere ispirato a logiche di lealtà e probità - possono visionare gli atti della procedura, depositati presso la stessa sede della Camera degli appalti⁷⁰; mentre il contraddittorio orale si svolge in un'unica udienza che può non avere luogo se c'è l'accordo tra le parti o se, a seguito di un vaglio preliminare⁷¹, la Camera ritenga manifestamente inammissibile o infondata l'istanza⁷².

diritto. In particolare, la tempestività della previa istanza di riesame, che, come si vedrà, rappresenta specifica una condizione di ammissibilità della proposizione dello strumento propriamente rimediale del ricorso alla Camera degli appalti, veniva valutata in modo non univoco dalla giurisprudenza; sicché, mentre talune Corti ritenevano integrato il requisito di tempestività a fronte di istanze presentate tra una e due settimane dalla conoscenza del provvedimento lesivo (da valutare caso per caso a seconda della complessità dei vizi), altre lo ritenevano integrato solo a fronte di istanze di riesame presentate in un termine che varia da 1 a 5 giorni (M. BURGI, *op. cit.*, 115). La questione non era di poco conto, in quanto la proposizione di una previa denuncia non tempestiva preclude, come detto, l'ammissibilità del ricorso alla Camera degli appalti. L'originaria formulazione della disposizione relativa al termine per proporre la previa istanza di riesame è stata, quindi, ritenuta dalla Corte di Giustizia non conforme alla direttiva 89/665/CE come modificata dalla direttiva 2007/66/CE, poiché contraria al principio della certezza del diritto; motivo per cui il legislatore tedesco nel 2016 ha introdotto un termine di 10 giorni di calendario per l'esperimento di questo rimedio. Per ulteriori approfondimenti al riguardo cfr. F. APERIO BELLA, *Gli "organi di ricorso" in materia di affidamento di contratti pubblici nell'ordinamento italiano e tedesco: poteri decisori differenziati tra parere di precontenzioso ANAC e pronunce delle Vergabekammern*, cit., 9.

⁶⁵ Art. 168, comma 3, GWB.

⁶⁶ Art. 160, comma 3, n. 4, GWB.

⁶⁷ La proposizione del ricorso alla Camera degli appalti ha dunque effetto sospensivo automatico (art. 169, comma 1, GWB) e l'aggiudicazione disposta in violazione di tale sospensione è nulla per inosservanza di un divieto legislativamente previsto.

⁶⁸ Art. 169, comma 2, GWB.

⁶⁹ Per una descrizione della procedura inquisitoria in chiave comparata, cfr. M.P. SINGH, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Verlag Berlin Heidelberg, 2001, 223.

⁷⁰ V. artt. 163 e 165 GWB.

⁷¹ Art. 163, comma 2, GWB.

⁷² Art. 166, comma 1, GWB.

La decisione della *Vergabekammer*, da assumersi nel rispetto di tempi particolarmente stringenti⁷³, ha la forma di un atto amministrativo ed è suscettibile di esecuzione coattiva secondo le leggi della Federazione e dei *Länder* in materia⁷⁴. Tuttavia, pur avendo la veste formale di atto amministrativo, essa non può essere impugnata innanzi alle autorità amministrative ma è soggetta a un'azione giurisdizionale denominata «appello immediato» (*sofortige Beschwerde*)⁷⁵, aperta alle stesse parti del procedimento innanzi alla Camera degli appalti e di competenza di una sezione specializzata della Corte di appello (*Vergabesenat*)⁷⁶. Sebbene la competenza a decidere in seconda istanza sulle decisioni della Camera degli appalti sia stata assegnata al giudice ordinario, la procedura è stata modellata sul paradigma del giudizio dinanzi al giudice amministrativo. Ciò si desume, anzitutto, dai possibili contenuti della decisione della Camera degli appalti: invero, la Camera è esclusivamente preposta al riesame dei vizi inerenti alla procedura di appalto e all'eventuale annullamento dell'atto lesivo, mentre il risarcimento del danno deve essere richiesto innanzi al giudice ordinario di primo grado⁷⁷. Inoltre, analogamente a quanto stabilito per le *Vergabekammer*, anche dinanzi al *Vergabesenat* è disciplinato un rito apposito, che ricalca quello in uso dinanzi al tribunale amministrativo, con ampi poteri inquisitori del giudice e udienza di trattazione⁷⁸.

⁷³ La decisione deve, infatti, intervenire entro 5 settimane, prorogabili di sole due settimane in casi eccezionali e su accordo delle parti. Il rispetto del termine è garantito da un meccanismo di silenzio “devolutivo”: decorso inutilmente il termine l'istanza si considera respinta e l'istante può rivolgersi direttamente alla Corte d'Appello: art. 167 GWB.

⁷⁴ Art. 168, comma 3, GWB.

⁷⁵ Art. 171 GWB.

⁷⁶ Soltanto in ipotesi eccezionali tale decisione può essere impugnata dinanzi alla Corte federale (BGH) ex art. 179, comma 2, GWB. Da un punto di vista organizzativo, occorre, inoltre, rilevare che presso tutti i *Länder* è istituito almeno un *Vergabesenat*, a cui vengono anche assegnate le cause in cui la Corte di appello decide in secondo grado nei giudizi risarcitori in materia di appalti oppure in caso di appalti sotto la soglia euro-unitaria.

⁷⁷ Va ricordato che i due rimedi sono autonomi ovvero non si applica il principio della pregiudizialità amministrativa (l'azione risarcitoria dinanzi al tribunale civile da parte del concorrente non aggiudicatario non presuppone dunque il previo ricorso dinanzi alla *Vergabekammer*). Merita, inoltre aggiungere che, ai sensi dell'art. 180 GWB, è, altresì, previsto un diritto di risarcimento a vantaggio della stazione appaltante nel caso in cui il ricorso instaurato dinanzi alla *Vergabekammer* o al *Vergabesenat* risulti abusivo (per ciò che attivato allo scopo di inceppare la procedura di appalto o di danneggiare un concorrente), oppure in caso di richiesta a fini parimenti dilatori e ostruzionistici di misure cautelari. Sul c.d. “ricorso risarcitorio”, come disciplinato dalla legge contro le restrizioni della concorrenza, possono vedersi F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Padova, 2007, 31 e passim; C. FRANKEL HAEBERLE, *Stabilità e contendibilità del provvedimento nell'ordinamento tedesco tra tutela costitutiva e risarcitoria*, in G. FALCON, D. DE PRETIS (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento nella prospettiva comparata*, Padova, 2011, 131 ss.; C. FRAENKEL HAEBERLE, F. APERIO BELLA, *Gli “organi di ricorso” sull'affidamento di contratti pubblici tra diritto UE e pratiche nazionali: la Vergabekammer e il parere precontenzioso ANAC*, cit., 284.

⁷⁸ Più nel dettaglio, il ricorso in appello, motivato, deve essere proposto entro due settimane ed è, inoltre, richiesto il patrocinio di un avvocato. Tale “ricorso immediato” di appello ha effetto sospensivo rispetto alla decisione della *Vergabekammer*. Tale effetto decade per il ricorrente risultato soccombente dinanzi alla *Vergabekammer* due settimane dopo la scadenza del termine per proporre ricorso a meno che il *Vergabesenat*, su istanza del ricorrente stesso, non prolunghi l'effetto sospensivo fino alla propria decisione (v. artt. 173-178 GWB).

Per completare il quadro, va infine, ricordato che al descritto unico grado di appello si può aggiungere eccezionalmente la “*Divergenzvorlage*” (remissione per divergenza giurisprudenziale) alla Corte federale, organo a cui spetta una generale funzione nomofilattica nel caso in cui la Corte d’appello intenda discostarsi dalla giurisprudenza di un’altra Corte d’appello o della Corte federale⁷⁹.

5. La mancanza di una disciplina organica delle Autorità amministrative indipendenti in Italia e l’impulso del fenomeno ad opera dell’art. 2, comma 4, l. n. 59 del 1997. I vantaggi comparativi della regolazione indipendente rispetto ai modelli tradizionali: la neutralità in senso “sostanziale” intesa come produzione di regole unitaria e coerente nell’ordinamento nazionale e sempre integrata nell’ordinamento europeo attraverso procedimenti di consultazione e di «*notice and comment*»; la c.d. *expertise* tecnica; l’attribuzione del potere di nomina dei componenti delle *authorities* ad organi *super partes* o a maggioranze necessariamente *bipartisan*.

Anche in Italia il fenomeno delle Autorità indipendenti è emerso negli ultimi decenni, benché con ritardo rispetto ad altri paesi europei.

Sebbene la Banca d’Italia venga considerata da molti una vera e propria autorità indipendente soprattutto in relazione alle funzioni svolte per la tutela del risparmio, l’inizio del dibattito sul fenomeno in esame si è avuto in Italia con l’istituzione della CONSOB⁸⁰, cui è stata attribuita la funzione di vigilanza sui mercati mobiliari, di protezione degli investitori e di garanzia della trasparenza informativa del mercato e della correttezza degli operatori⁸¹. Soprattutto nel corso degli anni Novanta il fenomeno ha avuto maggiore impulso: le crescenti critiche alla corruzione del potere politico hanno, infatti, spinto il legislatore a individuare come soluzione la creazione di autorità indipendenti⁸²; ed anche il processo di privatizzazione

⁷⁹ Art. 179, comma 2, GWB.

⁸⁰ Con la l. 7 giugno 1974, n. 216.

⁸¹ Su cui v., *ex multis*, S. CASSESE, *I poteri della CONSOB per l’informazione del mercato*, in *Bancaria*, 1986, 78 e D. SICLARI, *Sanzioni amministrative della Consob e individuazione dei termini: alla ricerca di un giusto equilibrio tra principio di ragionevolezza, discrezionalità organizzativa delle autorità indipendenti e certezza dei tempi del procedimento*, in *Giur. it.*, 2005, 865 ss.

⁸² Le politiche pubbliche intervenute nel ventennio successivo ai fatti di Tangentopoli e alle correlate richieste giudiziarie al fine di contenere e contrastare il dilagare del fenomeno corruttivo non sono, tuttavia, state in grado di ridurre significativamente tale fenomeno patologico, divenuto ormai una vera e propria «ordinaria emergenza»: in questi termini B. NERI, in F. DI LASCIO e B. NERI, *I poteri di vigilanza dell’Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 454. Per un approfondimento di carattere storico sul tema, cfr. M. D’ALBERTI, R. FINOCCHI (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994; A. VANNUCCI, *Il mercato della corruzione*, Milano, 1997; S. CASSESE, *Ipotesi sulla storia della corruzione in Italia*, in G. MELIS (a cura di), *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell’Italia Contemporanea*, Napoli, 1999, 179 ss.

dei servizi pubblici è stato accompagnato dall'affidamento di funzioni di regolazione ad Autorità di settore⁸³.

A fronte della istituzione delle menzionate Autorità indipendenti⁸⁴, è, però, mancata una disciplina organica del fenomeno, che, sul piano legislativo, ha avuto comunque un riconoscimento – sia pure solo indiretto – ad opera dell'art. 2, comma 4, della l. 15 marzo 1997, n. 59, che ha escluso dal conferimento di funzioni e compiti dallo Stato alle Regioni e agli enti locali «i compiti di regolazione e controllo già attribuiti con legge statale ad apposite autorità indipendenti»; nonché con l'art. 4 della l. 21 luglio 2000, n. 205⁸⁵, oggi trasfuso nell'art. 119, comma 1, lett. b), a norma del quale anche le controversie aventi ad oggetto «i provvedimenti adottati da Autorità amministrative indipendenti, con esclusione di quelli relativi al rapporto di servizio con i propri dipendenti» sono state incluse tra quelle assoggettate al rito speciale “accelerato” previsto dalla medesima disposizione.

Guardando all'esperienza italiana – ma non solo – emergono alcune caratteristiche comuni alle Autorità indipendenti, che possono spiegare, almeno in parte, i “vantaggi comparativi”, per così dire, che l'istituzionalizzazione della regolazione indipendente presenta rispetto ai modelli amministrativi tradizionali.

Un primo dato comune può essere colto facendo riferimento ai requisiti della neutralità e dell'indipendenza di queste Autorità rispetto ai tradizionali poteri, a prescindere dallo specifico inquadramento costituzionale o solo legale del singolo istituto⁸⁶.

Il concetto di neutralità è inteso come indifferenza rispetto agli interessi in gioco e va distinto da quello di imparzialità⁸⁷, comune all'intera Amministrazione e relativo all'esigenza di comportarsi nei confronti

⁸³ Sono così stati istituiti: il Garante per la radiodiffusione e l'editoria (l. 6 agosto 1990, n. 223), poi sostituito dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (l. 31 luglio 1997, n. 249); l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, c.d. Autorità *antitrust* (su cui v. la l. 10 ottobre 1990 n. 287, che attribuisce all'AGCM funzioni *antitrust*, in materia di pubblicità ingannevole ed ora anche in tema di conflitto di interessi, competenza attribuita ai sensi della l. 20 luglio 2004 n. 215); l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (l. n. 481/1995); il Garante per la protezione dei dati personali (l. 31 dicembre 1996 n. 675 e, successivamente, d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196); l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (cfr. l'art. 4, l. 11 febbraio 1994, n. 109 e succ. modifiche, che attribuiva all'Autorità compiti di vigilanza e di segnalazione in ordine alla corretta applicazione della normativa in tema di lavori pubblici), poi “incorporata” nell'ANAC (v. la l. 6 novembre 2012, n. 190, su cui *infra*, § 7).

⁸⁴ In dottrina sussistono, invece, dubbi sulla qualificazione come Autorità indipendenti dell'ISVAP (Istituto di vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo), a causa della dipendenza di esso dalle direttive ministeriali e dagli indirizzi del CIPE; della Commissione di garanzia sull'attuazione della legge sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali; della Commissione di vigilanza sui fondi pensione; del Garante del contribuente (art. 13, l. 27 luglio 2000, n. 212) e dei difensori civici. Su tali incertezze operative cfr. R. CHIEPPA, *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, cit., 3.

⁸⁵ Che aveva modificato sul punto l'art. 23 *bis* della L. Tar.

⁸⁶ Nello stesso senso G. CORDINI, *Prefazione*, in V. PEPE e L. COLELLA, (a cura di), *op. cit.*, 6-7.

⁸⁷ La distinzione tra neutralità ed imparzialità e la neutralità come requisito proprio delle autorità indipendenti costituiscono concetti efficacemente delineati da V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, II, 368.

di tutti i soggetti destinatari dell'azione amministrativa senza discriminazioni arbitrarie⁸⁸. Trattasi, più precisamente, di una neutralità in senso “sostanziale” e non meramente formale poiché le funzioni attribuite alle Autorità indipendenti non rientrano, o meglio non devono rientrare, nell'attività di gestione, ma in quella di controllo, di regolazione e di sanzione, per le quali è necessaria, appunto, la neutralità: ad es., con riguardo al settore specifico della concorrenza, la “politica” del mercato deve essere tenuta distinta dalla “tutela” del mercato e affinché le Autorità siano realmente neutrali, solo quest'ultima può essere affidata ad esse, non anche la prima.

La regolazione indipendente consente, innanzitutto, una produzione di regole unitaria e coerente nell'ordinamento nazionale e sempre integrata nell'ordinamento europeo. Si tratta di un vantaggio significativo rispetto alla impossibilità di coordinare la produzione legislativa dei parlamenti nazionali e, più in generale, di fronte alla crisi di un potere legislativo sempre più frammentato nell'esercizio e sempre più incoerente negli esiti⁸⁹.

La produzione delle regole dispone, inoltre, di fattori di legittimazione e di stabilizzazione delle regole che sorreggono la coerenza di sistema ed attenuano il «rischio regolatorio», dipendente soprattutto da modifiche continue e incoerenti, connesse alla contingenza politica o al variare delle maggioranze⁹⁰. Le regole vengono prodotte, infatti, attraverso procedimenti di consultazione e di “*notice and comment*” che consentono una partecipazione ampia ed informata di tutti gli interessi in gioco⁹¹. Aggiungasi che le regole così prodotte possono sempre essere sottoposte al sindacato giurisdizionale che, come si dirà meglio *infra*⁹², è divenuto via via più penetrante e completo.

⁸⁸ Del resto, come sottolineato da R. CHIEPPA, *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, 4, «L'imparzialità costituisce un principio cui è soggetta tutta l'attività amministrativa, come sancito dall'art. 97 Cost. e quindi, essendo comune all'intera amministrazione non giustifica di per sé la creazione delle autorità indipendenti».

⁸⁹ Cfr., sul punto, L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, in www.anticorruzione.it, spec. § 2, ad avviso della quale «l'esperienza italiana raggiunge picchi di incoerenza e vera e propria turbolenza normativa che creano una incertezza costante sulle regole applicabili».

⁹⁰ Come rilevato da L. TORCHIA, *op. ult. cit.*, § 2.

⁹¹ Uno strumento considerato ormai essenziale per arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione è costituito dalle procedure di consultazione preventiva, volte a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati attraverso audizioni e meccanismi di “*notice and comment*”, tratti dall'esperienza statunitense, con cui viene data preventivamente notizia del progetto di atto e viene consentito agli interessati di fare pervenire le proprie osservazioni. Ci si riferisce, ad es., ai diversi meccanismi di consultazione previsti dall'AGCOM o dall'ANAC (su cui, *infra*, § 13.3) volti a verificare la *ratio* e l'impatto delle modifiche tra i cittadini utenti, su cui v., anche per una visione d'insieme dei poteri dell'Autorità, F. ASTONE, F. SAITTA, *La giustizia innanzi all'Autorità garante delle comunicazioni*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato. La tutela delle situazioni soggettive nell'amministrazione giurisdizionale*, cit., 247 ss.

⁹² Si veda, in particolare, il § 6.1 del presente lavoro. Per approfondimenti in merito al sindacato del giudice amministrativo sulle Autorità indipendenti v. F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA*, 2002, Milano, 2003, 176-177; A. PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1994, 84 ss.

Al pari della neutralità, anche l'indipendenza⁹³ non costituisce una mera etichetta formale, spettante a tali Autorità, ma rappresenta un elemento da valutare in concreto sulla base delle norme istitutive e anche sulla base dell'attività svolta.

L'indipendenza di cui devono godere le Autorità in esame è ben diversa dall'autonomia che l'ordinamento riconosce a molteplici soggetti pubblici: il principio di autonomia assume rilievo in relazione a soggetti in rapporto tra loro, anche di equiordinazione, mentre l'indipendenza presuppone l'assenza di un tale rapporto e l'attribuzione di funzioni da svolgere senza condizionamenti. Pertanto, l'indipendenza è garantita non solo dalle più consuete forme di autonomia organizzativa, contabile e finanziaria, ma anche, o soprattutto, dai criteri di nomina dei componenti delle Autorità e dall'assenza della possibilità che le funzioni neutrali siano assoggettate ai poteri di indirizzo e ad ingerenze di carattere politico⁹⁴.

Accanto ai requisiti che garantiscano la c.d. *expertise* tecnica⁹⁵, l'attribuzione del potere di nomina dei componenti delle *authorities* ad organi *super partes* o a maggioranze necessariamente *bipartisan* costituiscono elementi che possono contribuire al rafforzamento dell'indipendenza delle Autorità⁹⁶.

Nell'ordinamento italiano, l'assenza di una disciplina unitaria del fenomeno delle Autorità indipendenti ha determinato anche una diversificazione dei criteri di nomina dei componenti, a seconda della singola Autorità⁹⁷: in alcuni casi, tale potere di nomina è attribuito ai Presidenti delle Camere⁹⁸; in altri casi alla Camera e al Senato⁹⁹ o al Governo¹⁰⁰.

Altre garanzie di indipendenza derivano dalle particolari caratteristiche di "stato giuridico" dei componenti delle Autorità (durata in carica, limitata revocabilità o rinnovabilità della carica, regime delle incompatibilità, ecc.), configurate in modo da assicurare che gli stessi siano messi in condizione di esercitare la propria funzione per un periodo predeterminato senza timore di essere rimossi o senza

⁹³ Sull'indipendenza delle *authorities* esiste un'ampia bibliografia che non è possibile ricordare per intero: cfr., a titolo esemplificativo, gli autori citati nella nota 10.

⁹⁴ Cfr., sul punto, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Sesta ed., Torini, 2017, 105-108.

⁹⁵ In proposito la legge prevede una serie di "qualità" in capo ai soggetti persone fisiche titolari degli uffici di vertice delle Autorità, quali «notoria indipendenza» «riconosciuta professionalità» e simili, su cui v., ad es., V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, 107.

⁹⁶ Sul punto, cfr. R. CHIEPPA, *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, cit., 4-5.

⁹⁷ Cfr., in argomento, R. CHIEPPA, *op. ult. cit.*, 5, il quale ritiene «auspicabile una maggiore uniformità nei criteri di nomina e soprattutto una modifica degli stessi con regole tali da garantire, non solo la necessaria competenza tecnica, ma anche una investitura unitaria e neutrale, in quanto ultramaggioritaria». Più in generale, sulla nomina degli organi di vertice delle Autorità indipendenti, cfr. F. BLANDO, *Questioni in tema di sindacabilità degli atti di nomina delle autorità indipendenti*, in www.federalismi.it, n. 14/2009.

⁹⁸ Autorità garante della concorrenza e del mercato.

⁹⁹ Garante per la privacy.

¹⁰⁰ Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; Autorità per l'energia elettrica e il gas; ANAC e Consob, i cui membri sono nominati con D.P.R. (su proposta del Presidente del Consiglio o del Ministro competente per materia, previo parere favorevole delle commissioni parlamentari competenti).

tentazioni di “meritare” la riconferma. Va, inoltre, sottolineato che l’indipendenza non deve essere riferita solo nei confronti del potere pubblico, ma anche rispetto ai poteri forti privati, come dimostra il richiamo di tale tipo di indipendenza nella disciplina euro-unitaria¹⁰¹.

Altro fattore che contribuisce a produrre una coerenza interna della regolazione indipendente e a ripararla, almeno in parte, dalle contingenze politiche di ogni singolo ordinamento è la continua interazione tra le Autorità nazionali di regolazione e il diritto europeo. Tale stretta integrazione, attuata in maniera particolare in alcuni settori (si pensi alle regole sui mercati finanziari) consente che lo stesso mercato nazionale non costituisca un’area ristretta e in sé conchiusa, ma sia integrato nel mercato interno europeo e, per alcuni aspetti, nel mercato globale¹⁰².

Né va dimenticato che la regolazione indipendente si fonda, ancora, almeno in ipotesi, sul principio secondo il quale la conoscenza specialistica è una preconditione di un’attività istituzionale coerente ed efficace; e ciò a differenza di quanto avviene negli apparati amministrativi tradizionali, nei quali va ormai prevalendo una cultura manageriale. Non è questa la sede per discutere dei vantaggi e svantaggi dei due tipi di cultura, sembrando qui sufficiente richiamare l’osservazione – del tutto condivisibile – di chi ritiene che «la cultura manageriale porta frequentemente con sé l’indifferenza alle specificità del fenomeno da gestire e la convinzione che vi sia un insieme di regole – o di buone pratiche, secondo l’ultima moda – sempre liberamente trasferibili dal settore privato al settore pubblico e indistintamente applicabili all’esercizio di qualsiasi funzione pubblica (con risultati, almeno per quanto riguarda l’ordinamento italiano, per ora assai modesti)»¹⁰³.

¹⁰¹ Cfr., ad es., l’art. 23 della direttiva 2003/54/CE, in materia di energia elettrica, che, oltre a prevedere designazione, da parte degli Stati membri, di uno o più organismi competenti con la funzione di Autorità di regolamentazione, aggiunge che tali Autorità «sono pienamente indipendenti dagli interessi dell’industria elettrica».

¹⁰² Cfr. L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, cit., § 2. Più, in generale, sulle funzioni dell’Autorità antitrust, in dottrina, M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell’autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, 77 ss.; G. FONDERICO, *Le segnalazioni dell’Autorità antitrust e la politica della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 86 ss.; G. BRUZZONE, A. SAIA, *L’autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M. D’ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l’economia*, cit., 278 ss.; A. CATRICALÀ, *L’autorità garante della concorrenza e del mercato*, in G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 310 ss.; A. CATRICALÀ, A. LALLI, *L’antitrust in Italia*, Milano, 2010, 120-121; F. DELL’AVESANA, *Nota alla segnalazione dell’Autorità garante per la concorrenza e del mercato sulle recenti proposte di legge in materia di concorrenza*, in www.osservatoriodellefonti.it, 2012, 6; A. HEIMLER, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato e i decreti del Governo Monti*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, 368 ss.; V. DOMENICHELLI e G. ROMAGNOLI (a cura di), *I poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato nei confronti delle P.A. e delle imprese*, Napoli, 2015.

¹⁰³ Così, ancora, L. TORCHIA, *op. ult. cit.*, § 2.

6.1. I dubbi circa l'esatto inquadramento costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti; la prevalenza, in Italia, della tesi che ne nega la natura giurisdizionale o quasi-judicial.

Ci si è domandati se gli strumenti giuridici tradizionali siano veramente tanto desueti e deboli da richiedere un “*surplus*” di poteri ed organismi ovvero se gli stessi non possano essere riformati per renderli adeguati alle esigenze nuove¹⁰⁴.

Tralasciando in questa sede l'esame della questione della compatibilità costituzionale del fenomeno delle Autorità indipendenti (su cui, come detto, da anni la dottrina si affatica¹⁰⁵), per esigenze di sintesi, ci si limita a ricordare come l'incertezza circa il loro esatto inquadramento e l'assenza di una copertura costituzionale delle stesse abbiano in passato spinto taluni a ricercare la ragione dell'indipendenza di tali autorità rispetto al Governo nel carattere giurisdizionale o “quasi” giurisdizionale delle funzioni esercitate¹⁰⁶.

¹⁰⁴ G. CORDINI, *Prefazione*, cit., 6-7. Il problema, come si vedrà, *infra*, si pone, in modo particolare, per i nuovi poteri di commissariamento attribuiti all'ANAC dal d.l. n. 90/2014.

¹⁰⁵ Ancorché la dottrina prevalente (v. gli Autori citati in nota 1) e la giurisprudenza concordino sulla necessità di riconoscere alle Autorità indipendenti natura amministrativa, appare difficile ricondurre queste Autorità al modello di Amministrazione delineato dalla Costituzione. In effetti, l'Amministrazione è tenuta al perseguimento degli obiettivi stabiliti dagli organi di indirizzo politico ed è sempre soggetta al controllo di tali organi. Le Autorità indipendenti si collocano, invece, al di fuori del circuito della rappresentanza politico-parlamentare, determinano una rottura della tradizionale organizzazione ministeriale e una deroga al principio della responsabilità politica del governo per l'operato dell'Amministrazione. I problemi sono accentuati dal fatto che, in molti casi, a queste Autorità sono attribuiti incisivi poteri normativi che determinano una evidente frizione con il principio di legalità sostanziale, come si dirà meglio *infra*, § 9.2 ss. Cfr., in questo senso, G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., 165 ss., il quale ritiene utilizzabile nel caso di specie una nozione «residuale» di Amministrazione, che include ogni organo o attività che non sia chiaramente riconducibile a una funzione costituzionalmente tipizzata. Per una diversa ricostruzione che configura gli enti in parola come organi costituzionali, cfr., invece M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996, 311 ss. In argomento, cfr. anche F. DONATI, *op. cit.*, 5 ss., il quale da conto delle diverse tesi prospettate dalla dottrina con riguardo al problema della compatibilità di queste figure con il nostro assetto costituzionale, constatando come nessuna di esse sia stata in grado di fornire una soluzione definitiva al problema.

¹⁰⁶ Si tratta di una tesi dottrinale, con cui viene sottolineata l'assenza di un interesse proprio dell'Amministrazione e la conseguente assenza della legittimazione passiva dell'Autorità nella eventuale impugnativa di un suo provvedimento, atteso il ruolo di terzietà, e non di parte, nella controversia. Il riconoscimento di tale principio porterebbe così ad affermare il ruolo «paragiurisdizionale» [C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *op. cit.*, 46; R. GALBIATI, *Autorità garanti – Profili processuali*, in *Foro it.*, 1998, V, 43; S. MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di mezzi di tutela e di riparto della giurisdizione nelle attività di trattamento di dati personali*, in *Foro it.*, 1998, V, 51; F. MANGANARO, *La giustizia innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. econ.*, 2010, 23 ss.], altrimenti definito come contenzioso [C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *op. cit.*, 72; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *op. cit.*, 109; V. DENTI, *La tutela della riservatezza: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 748] o giustiziale [M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. Amm.)*, cit., 4] dell'Autorità, e non meramente amministrativo, nei giudizi instaurati davanti ad esso in alternativa all'A.G.O. Tali definizioni nascono dalla constatazione che il modo di agire dell'Autorità è simile a quello del giudice, visto che il procedimento davanti ad esso è caratterizzato dalla presenza del contraddittorio nonché di un'istruttoria formale e il provvedimento finale viene adottato sulla base dell'applicazione delle norme alla fattispecie concreta,

Nell'ordinamento italiano, come negli altri paesi europei, è, però, ormai prevalente la tesi che nega la natura giurisdizionale, o di tipo quasi-*judicial*, delle Autorità indipendenti con la conseguente sottoposizione della loro attività al sindacato giurisdizionale¹⁰⁷.

La natura amministrativa delle Autorità indipendenti costituisce un principio acquisito da parte della giurisprudenza interna (fin dalla nota pronuncia n. 7341/2001 della Cassazione)¹⁰⁸ e ormai sancito, anche

che è stata appunto oggetto di istruttoria. Effetto di tutto ciò, come detto, è l'impossibilità di considerare il "giudice" di primo grado (l'Autorità) come parte processuale necessaria nei giudizi di secondo grado: cfr. in argomento, R. CHIEPPA, *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, cit., 6.

¹⁰⁷ In generale, sul sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti, cfr., a titolo esemplificativo, A. PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1994, 84 ss.; F. CARINGELLA, *La tutela giurisdizionale amministrativa nei confronti delle Amministrazioni indipendenti ieri oggi e domani*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 1536 ss.; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA*, 2002, Milano, 2003, 176-177; A. SCOGNAMIGLIO, *Profili della legittimazione a ricorrere avverso gli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm. – CDS*, 2002, 2245 ss.; D. CORLETTI, *Autorità indipendenti e giudice amministrativo*, in P. CAVALIERI, G. DELLE VEDOVE, P. DURET (a cura di), *Autorità indipendenti e agenzie*, Padova, 2003, 114; M.E. SCHINAIA, *Il controllo giurisdizionale sulle Autorità amministrative indipendenti*, *ivi*, 2003, 3160 ss.; F. MANGANARO, *op. cit.*, 23 ss.; M. FILICE, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2015, 559 ss. (con ampi richiami di giurisprudenza).

¹⁰⁸ Si tratta, nello specifico, della sentenza Cass. Civ., sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341, *Dir. & Formazione* 2002, 1711 con nota di M. ALESSANDRINI, *Legittimazione passiva del Garante per la protezione dei dati personali al giudizio dinanzi al Tribunale ordinario, in opposizione ai suoi provvedimenti ex art. 29 L. n. 675 del 1996*. Con tale pronuncia, la Cassazione ha escluso in modo categorico la possibilità di riconoscere natura giurisdizionale o para-giurisdizionale alle Autorità indipendenti, affermando che l'ordinamento giuridico non conosce un «*tertium genus*» tra Amministrazione e giurisdizione, alle quali la Costituzione riserva rispettivamente gli artt. 111 e 97. L'affermazione viene fatta in relazione ad un giudizio davanti al Tribunale ordinario di opposizione ai provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali, ai sensi dell'art. 29, comma 6, della L. 31 dicembre 1996 n. 675, nel quale veniva contestata la legittimazione passiva dello stesso Garante per la *privacy*. Distaccandosi dall'orientamento dottrinale citato nella nota precedente, la Cassazione ha, quindi, riconosciuto la legittimazione passiva del Garante per la protezione dei dati personali nel giudizio dinanzi al Tribunale in opposizione ad un suo provvedimento. L'affermazione era già contenuta, seppur in modo più sintetico, in Cassazione n. 8889/2001 in *Foro it.*, 2001, I, p. 2448, ove si afferma che «il fatto che nel caso che ne occupa il ricorso all'Autorità Indipendente sia alternativo e concorrente con quello all'Autorità Giudiziaria non muta la natura dell'organo, dal momento che nel nostro ordinamento non esiste un *tertium genus* tra Amministrazione e Giurisdizione». Nella sentenza n. 7341/2002 la Corte indica anche un elemento letterale a sostegno della sua tesi, traendo spunto dall'art. 29, comma 7, che, consente al Tribunale di revocare, modificare o, eventualmente, annullare gli atti del Garante, anche in deroga al divieto di cui all'art. 4 della L. n. 2248 del 1865, all. E. È infatti evidente che la deroga non avrebbe senso, nella *mens legis*, se non sul presupposto della natura amministrativa dell'organo e del suo procedimento, al quale la legge, proprio in considerazione della fragilità dei diritti della persona, toglie la protezione dalla intrusione del AGO nella attività amministrativa, altrimenti spettante. La negazione della natura giurisdizionale o paragiurisdizionale delle Autorità indipendenti, riferita dalla Cassazione al Garante della *Privacy*, si pone in linea con i medesimi principi affermati dal Consiglio di Stato. Partendo dal medesimo assunto da cui muove la giurisprudenza ordinaria, secondo cui, nel nostro ordinamento, delineato dalle norme costituzionali, non sarebbe configurabile un *tertium genus* fra Amministrazione e Giurisdizione, i supremi giudici amministrativi hanno riconosciuto natura di pubblica Amministrazione alle Autorità indipendenti (cfr. *Cons. Stato*, sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652, in *Cons. Stato*, 2002, I, 258; *Id.*, sez. I, 16 marzo 2011, n. 4478, in www.giustizia-amministrativa.it). In particolare, la giurisprudenza, negli ultimi anni, ha analizzato il requisito dell'indipendenza dalla prospettiva dell'autonomia (organizzatoria, finanziaria e contabile), la quale consente alle Autorità di derogare alle norme generali valide per tutte le pubbliche amministrazioni, solo però a condizione di un ragionevole e funzionale esercizio in diretta correlazione con le

sul piano legislativo, dal Codice del processo amministrativo, che ha espressamente assoggettato gli atti delle Autorità indipendenti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹⁰⁹.

6.2. L'istituzione delle Autorità indipendenti come iniziale “espediente” di fuga dalla realtà politica nel difficile contesto storico degli anni Novanta. L'intento effettivo di rafforzamento di garanzie e strumenti d'intervento da parte di pubblici poteri in materie particolarmente “sensibili” (mercati finanziari, concorrenza, telecomunicazioni, ecc.).

Adottando una visione più ampia, che tenga conto anche delle esperienze degli altri Paesi europei, è difficile, però, sfuggire all'impressione che la richiesta di “costituzionalizzare” le Autorità, se, da un lato, appare del tutto coerente con una certa impostazione dottrinale – che ne ha affermato la natura «paragiurisdizionale»¹¹⁰ – dall'altro risente, a monte, di circostanze prettamente interne, nelle quali ha prevalso quella che, da taluni autori, è stata definita «visione irenica»¹¹¹ delle Autorità indipendenti, che possono prestarsi ad un uso improprio o comunque ingiustificato.

La creazione di un'autorità indipendente può infatti costituire un espediente di fuga dalla responsabilità politica, quale si realizza scaricando scelte difficili o costose in termini di consenso su un organo qualificato come indipendente¹¹². In questi casi, il ricorso a tale strumento viene indicato negli USA come

specificità per cui tale autonomia è stata conferita (Cons. Stato, sez. III, 5 aprile 2011, n. 2120, in *Foro amm.- CDS*, 2011, 1152; Id., sez. VI, 28 novembre 2012, n. 6014, *ivi*, 2013, 1050 ss., con nota di V. TORANO, *Contributo sulla definizione di « pubblica amministrazione » rilevante per l'applicazione delle disposizioni in tema di finanza pubblica*; Id., sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4231, *ivi*, 2013, 2045; Id., sez. VI, 7 gennaio 2014, n. 14, *ivi*, 2014, 138; Id., sez. VI, 30 maggio 2014, n. 2818, *ivi*, 2014, 1460; Id., sez. III, 21 gennaio 2015, n. 184; Id., sez. III, 2 aprile 2015, n. 1739, entrambe consultabili in www.giustizia-amministrativa.it). L'effettività del grado di autonomia e d'indipendenza è richiesta con particolare attenzione anche dalle istituzioni europee, le quali hanno messo in luce come l'autonomia funzionale di tali organismi è condizione necessaria affinché possa ritenersi soddisfatto il criterio d'indipendenza richiesto dall'art. 28, par. 1, comma 2, Dir. 24 ottobre 1995, 95/46/CE (cfr. Corte di Giustizia, Grande sez., 9 marzo 2010, C-518/07, EU:C:2010:125; Id., Corte di Giustizia, 8 aprile 2014, C-288/12, EU:C:2014:237. Su tale specifico aspetto cfr., in dottrina, M. GRANIERI, *Sulla c.d. tutela paragiurisdizionale dei diritti di fronte alle autorità amministrative indipendenti – Il caso del garante dei dati personali*, in *Foro it.*, 2000, I, c. 651 ss. nonché M. FILICE, *op. cit.*, 559 – 560.

¹⁰⁹ Va, peraltro, ricordato che lo stesso legislatore, in uno dei pochi interventi, in cui ha fatto espresso riferimento in via generale al fenomeno in questione, ha utilizzato il termine «autorità amministrative indipendenti», a conferma della natura amministrativa di tali soggetti: ci si riferisce all'art. 119, comma 1, lett. b), c.p.a., in cui è stato trasfuso l'art. 23 *bis* della l. Tar, cit., che include le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti tra quelle assoggettate al rito abbreviato introdotto dalla medesima disposizione.

¹¹⁰ Su cui v. la nota 108.

¹¹¹ L'espressione è di M. MANETTI, *Autorità indipendenti e Parlamenti nazionali nell'Unione europea alla ricerca di una ragionevole indipendenza*, cit., 2, secondo cui si tratta di «Una visione nella quale, alzando lo sguardo dalle macerie di Tangentopoli, si poteva pensare di fare affidamento su queste nuove istituzioni, solide perché intaccate il meno possibile dal cancro della politica partitica».

¹¹² V., in argomento, A. MASSERA, *La crisi del sistema ministeriale e lo sviluppo degli enti pubblici e delle autorità amministrative indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, 1994, 8 ss.

volto a realizzare un “*displacement*”, ovvero una traslazione di “costi” politici contingenti su di un organo la cui veste di indipendenza è solo strumentale a tale scopo e non è vista come un valore in sé¹¹³.

In secondo luogo, l’istituzione di una autorità indipendente può consentire di allargare la sfera amministrativa a scapito del giudice, incidendo, così, sulla tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive¹¹⁴.

Questa impostazione iniziale, pur comprensibile nel contesto storico degli anni Novanta, non ha però, considerato che la politica, sia pure indebolita, e anzi proprio perché indebolita, non aveva affatto rinunciato a far uso delle proprie prerogative, nel momento in cui procedeva ad istituire le autorità indipendenti. È pur vero che alcune di esse sono state create in esecuzione di un’espressa determinazione imposta a tutti i Paesi membri dall’Unione europea¹¹⁵; ma ciò non toglie che le forme e i modi di tale creazione siano state caratterizzate, in Italia, da una – non richiesta né imposta – enfasi sulla indipendenza dai poteri costituzionali del Governo e del Parlamento. Basta al riguardo confrontare l’assetto delle Autorità francesi o britanniche che vigilano sui mercati finanziari o sulla concorrenza, nella composizione delle quali è dato spazio preminente o totale alle designazioni governative, e che vedono molti dei loro atti soggetti al vaglio dei Ministri competenti¹¹⁶.

La riprova del “carattere” prettamente nazionale di questa impostazione è data dal fatto che altrettanta enfasi sull’indipendenza è stata posta, nel nostro Paese, rispetto ad Autorità che l’Europa non ha mai richiesto di istituire, e che pure si sono moltiplicate: un processo che si riscontra in termini ancora più accentuati nella vicina Francia¹¹⁷.

Non vale al riguardo obiettare che alcune tra queste sono semplici agenzie, dotate come tali di null’altro se non di un certo grado di autonomia, o addirittura organismi privi di poteri autoritativi, che si limitano

¹¹³ Nel medesimo senso N. LONGOBARDI, *L’Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, cit., 5.

¹¹⁴ In linea generale, la direzione di sviluppo del fenomeno delle autorità qui considerata indica un’esigenza di riorganizzazione dell’Amministrazione pubblica soprattutto al fine di rafforzarne l’imparzialità, come ben sottolineato nel *Rapport public 2001* del *Conseil d’État*, su cui N. LONGOBARDI, *L’Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, cit., 5. Sul punto, cfr. anche M. MANETTI, *op. ult. cit.*, 1-2, secondo cui «Tale visione ha, pertanto, mirato ad esaltare senza remora alcuna l’indipendenza delle Autorità, al punto di svalutare come pregiudizialmente perniciosa qualsiasi forma di controllo o di supervisione su queste ultime, ivi incluso il sindacato giurisdizionale: il quale pure ha rappresentato nella storia del nostro ordinamento la fonte più feconda per il progresso del diritto amministrativo, sino a formare oggetto, nella Costituzione, del principio supremo che sancisce la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, oltre che dei diritti».

¹¹⁵ Su tale aspetto v., *supra*, il § 3.

¹¹⁶ Per non parlare della Germania, dove la nozione di *selbständige Bundesoberbehörden* ex art. 87 GG implica che ciascuna Autorità sia assoggettata alla vigilanza del Ministero di riferimento, con tutte le conseguenze che ne discendono.

¹¹⁷ Basti pensare che nel sito ufficiale «*Legifrance*» sono oltre 40 gli organismi attualmente catalogati tra le *autorités administratives indépendantes*.

a segnalare l'attenzione dell'ordinamento verso determinati valori (come, ad esempio, il Garante per l'infanzia e l'adolescenza)¹¹⁸. Una simile obiezione, giuridicamente impeccabile, rischierebbe infatti di trascurare proprio l'aspetto forse più importante che si cela dietro la scelta del legislatore di battezzare come "Autorità indipendente" una semplice agenzia o un ancor più innocuo *Ombudsman*¹¹⁹; vale a dire la volontà politica «di lanciare un messaggio virtuoso, con il quale essa si dichiara incompetente ad occuparsi di certi affari, si pente per il passato di averli inquinati con la sua presenza, e li deferisce ad un arbitro saggio e neutrale»¹²⁰.

Nel complesso, l'istituto risponde, quindi, all'esigenza di rafforzare garanzie e strumenti d'intervento da parte dei pubblici poteri sia nel mercato globalizzato che nella «società dell'informazione», in un tempo che è stato definito con l'espressione «età tecnologica»¹²¹.

Se tutto questo è vero, non si tratta certo di condannare pregiudizialmente l'esperienza delle autorità indipendenti: come dimostra anche la prassi degli altri Paesi europei, si tratta di riconsiderarle alla luce dei principi del sistema, accantonando quella visione c.d. «irenica» che ha finora ostacolato la ricerca di una «indipendenza ragionevole»¹²².

PARTE SECONDA: L'ANAC E I PROBLEMI APPLICATIVI.

7. Dall'Alto Commissario per la lotta alla corruzione all'ANAC ("passando" per SAET e CIVIT): origine ed evoluzione dell'istituto.

L'estensione e la profondità del processo di sviluppo di nuove istituzioni europee con riferimento ai mercati regolati si può cogliere soprattutto guardando alla esperienza dell'Autorità Nazionale Anti-Corruzione (ANAC).

Su un piano più generale va ricordato che, nonostante le profonde differenze fra i diversi ordinamenti nazionali, che non sempre prevedono un'Autorità indipendente in materia¹²³, già da quasi un decennio

¹¹⁸ Si tratta di Autorità istituita per assicurare, anche in Italia, la piena attuazione e la tutela dei diritti e degli interessi dei minorenni, secondo le disposizioni della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'11 giugno 1991, n.

¹¹⁹ Sull'analogo istituto italiano del difensore civico, cfr. M. IMMORDINO, *Il difensore civico regionale*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato*, Napoli, 2012, 125 ss.

¹²⁰ Così M. MANETTI, *Autorità indipendenti e Parlamenti nazionali nell'Unione europea alla ricerca di una ragionevole indipendenza*, cit., 2, secondo la quale «La stessa etichetta, come vedremo meglio più avanti, nasconde altresì la prepotente volontà di continuare ad influenzare la sorte di quei medesimi affari, sotto la comoda copertura offerta dall'esistenza di un'Autorità neutrale, cui la legge attribuisce un'ampissima discrezionalità».

¹²¹ Non dissimile il punto di vista di G. CORDINI, *Prefazione*, in V. PEPE E L. COLELLA (a cura di), cit., 6.

¹²² In tal senso M. MANETTI, *Autorità indipendenti e Parlamenti nazionali nell'Unione europea alla ricerca di una ragionevole indipendenza*, cit., 2.

¹²³ Come si è visto, nella maggior parte dei Paesi esaminati non esiste un organismo *ad hoc*, con specifiche attribuzioni in materia di anticorruzione, ad eccezione della *Vergabekammer* tedesca, le cui competenze non sono,

opera la Rete europea per gli appalti pubblici, la cui principale missione è quella di fungere da strumento di coordinamento tra le Autorità nazionali, per la risoluzione informale delle dispute transfrontaliere ed il miglioramento dell'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici (c.d. *best practices* e attività di *benchmarking*)¹²⁴.

Per quanto concerne le vicende che hanno caratterizzato la nascita e l'evoluzione dell'ANAC in Italia, esse sono “sintomatiche” di quella tendenza – già più sopra accennata – a una «deresponsabilizzazione» degli organi di indirizzo politico in un settore particolarmente “sensibile”, qual è quello della concorrenza e della lotta alla corruzione negli appalti pubblici¹²⁵: qui appare, pertanto, utile richiamare tali vicende, sia pure brevemente, anche per dare maggiore concretezza al percorso argomentativo di seguito svolto¹²⁶.

però, equiparabili a quelle dell'ANAC; più frequentemente, tali competenze sono, infatti, “accorpate” a quelle delle diverse autorità *antitrust*.

¹²⁴ In argomento v. L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, cit., § 4.

¹²⁵ Basti al riguardo ricordare che, nel 2016, l'Italia è risultata il secondo fra i Paesi dell'Unione europea per il tasso di corruzione percepita: è quanto emerso dal *Corruption Perception Index 2016* di *Transparency International* (consultabile in www.transparency.org), che riporta le valutazioni degli osservatori internazionali sul livello di corruzione percepito in 176 Paesi del mondo. L'indice 2016 colloca l'Italia al 60esimo posto della classifica generale, ultimo tra i Paesi del G7 e penultimo tra gli Stati membri dell'Unione europea (seguito solo dalla Grecia). L'incidenza del fenomeno corruttivo desta, inoltre, una particolare preoccupazione quando si cerca di valutarne gli effetti nell'ambito degli appalti pubblici, che rappresentano circa il 7% del PIL nazionale e che risultano oltremodo importanti per la ripresa economica del Paese: per un'idea della consistenza del fenomeno nel settore dei contratti pubblici si vedano gli esiti del sondaggio *Flash Eurobarometro 2013* illustrati da G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 326-327. In argomento, v. anche F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 179 ss.; M.A. CABIDDU, *L'ordinaria emergenza della corruzione: strumenti di contrasto tra breve elungo periodo*, in *Dir. P.A.*, 2014, 5 ss.

¹²⁶ Sulla storia dell'ANAC, quale sviluppatasi attraverso una lunga serie di interventi normativi a partire dall'istituzione della CIVIT, v. F. DI LASCIO e B. NERI, *I poteri di vigilanza dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 454 ss.; B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, *ivi*, 2013, 123 ss., con ampi riferimenti bibliografici in tema di “anticorruzione”. E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: “post fata resurgam”*, *ivi*, 2015, 757 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, in *Il Libro dell'anno del diritto (2015)* - *Treccani.it* (http://www.treccani.it/enciclopedia/i-nuovi-poteri-dell-autorita-anticorruzione_%28I-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/). Per il “punto di vista dell'autorità” v. R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015. Riscontri empirici e dati di percezione concernenti la rilevanza del fenomeno corruttivo nel settore dei contratti pubblici sono riferiti e commentati da G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, cit., 326-327. Più in generale, sul rapporto tra appalti pubblici e corruzione, v. M.A. SANDULLI, A. CANCRINI, *I contratti pubblici*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, 437 ss.; F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, cit., 177 ss.; G.M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14 – 25, 32 e 52 – 58)*, in B.G. MATTARELLA, M. PELLISERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 125 ss.; G.M. RACCA, C. YUKINS (edited by), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruxelles, 2014; Y. MARIQUE, *Integrity in English and French public contracts: changing administrative cultures?*, in J.B. AUBY, E. BREEN, T. PERROUD (edited by), *Corruption and conflicts of interest*, Massachusetts, 2014, 85 ss.

È noto che l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)¹²⁷, è la prima *Authority* che unisce il controllo e la vigilanza nel settore dei contratti pubblici al sistema di prevenzione della corruzione¹²⁸; essa incorpora, infatti, i poteri della soppressa Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici (di seguito AVCP), assommando a tali competenze specifici poteri sanzionatori in materia di anticorruzione.

Non si tratta, però, del primo ente istituito con la specifica finalità di vigilanza e di contrasto della corruzione. Un primo tentativo di attribuire compiti di prevenzione e contrasto della corruzione ad un ente apposito, sebbene in assenza di poteri di regolazione e sanzionatori, fu quello che portò all'istituzione dell'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella p.a., con il d.P.R. 6 ottobre 2004, n. 258¹²⁹.

L'istituzione dell'Alto Commissario per la lotta alla corruzione traeva origine dall'adempimento di specifici obblighi internazionali sottoscritti dallo Stato italiano con il Consiglio d'Europa¹³⁰, con l'ONU¹³¹ e con l'OCSE¹³². Le prerogative rimesse a questo organismo consistevano nella possibilità di disporre analisi conoscitive, di elaborazione dei relativi dati e nel monitoraggio di procedure contrattuali e di spesa; inoltre, gravava sull'Alto Commissario un obbligo di denuncia all'Autorità giudiziaria e alla Corte dei Conti dei fatti di reato e di quelli nei quali fosse ravvisabile un danno erariale.

L'esperienza istituzionale dell'Alto Commissario per la lotta alla corruzione ebbe tuttavia vita breve e non fu significativa nella predisposizione di strumenti concreti di prevenzione e contrasto dei fenomeni corruttivi, anche a causa dello scarso interesse che le Amministrazioni pubbliche rivolsero all'ente, non avvalendosi mai dei poteri di intervento ad esso riconosciuti.

¹²⁷ Alla quale sono stati di recente conferiti nuovi e più incisivi poteri, è un organismo indipendente, istituito dall'art. 1 della l. n. 190/2012, recante «*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*», incaricato di svolgere attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella p.A.

¹²⁸ Occorre, d'altro canto, considerare che la stessa Autorità sta mostrando di avere accolto la scelta del legislatore di tenere distinta la vigilanza in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da quella in materia di contratti pubblici. È quanto emerge dall'esame dell'architettura organizzativa disegnata in attuazione del processo di riordino avviato dal d.l. n. 90/2014, cit., la quale mostra chiaramente la tendenza a contemplare la trasparenza e la prevenzione alla corruzione come veri e propri settori (cui sono attribuiti distinti uffici per ciascuna tipologia di vigilanza), al pari degli appalti pubblici. Sui poteri che discendono dalla l. n. 190/2012, cit., in materia di prevenzione alla corruzione, dal d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, in materia di trasparenza e dal d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, relativo alle procedure sull'inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi nell'ambito della p.A., cfr. B. NERI, *op. cit.*, 454-460.

¹²⁹ Su cui G. SCIULLO, *L'alto commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione*, in L. VANDELLI (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, Milano, 2009, 71 ss.

¹³⁰ V. la Convenzione penale sulla corruzione, sottoscritta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata dalla l. 28 settembre 2012, n. 110.

¹³¹ Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'Onu il 31.10.2003, è stata ratificata dalla l. 3 agosto 2009, n. 116.

¹³² Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione del 1997 è entrata in vigore con la l. 29 settembre 2000, n. 300.

Dalle ceneri dell'Alto Commissario per la prevenzione ed il contrasto della corruzione nacque il Servizio Anticorruzione e Trasparenza del Dipartimento della funzione pubblica (SAET)¹³³, con l'obiettivo di valorizzare l'esperienza maturata in precedenza attraverso un organismo dotato di maggiore autonomia funzionale. Più precisamente, al SAET la legge attribuiva compiti di analisi, studio ed indagine del fenomeno della corruzione e delle altre forme di illecito, che dovevano concretizzarsi nella mappatura del fenomeno nella p.a., nella predisposizione di una Relazione annuale al Parlamento e nella formulazione di un piano annuale per la trasparenza dell'azione amministrativa.

Il nuovo quadro normativo non colmò, tuttavia, le due principali lacune che avevano determinato il “naufragio” della precedente esperienza istituzionale: in primo luogo, l'assenza di autonomia ed indipendenza dagli organi politici, essendo il Servizio anticorruzione istituito presso il Dipartimento della Funzione pubblica nell'ambito del Ministero per la pubblica Amministrazione e la semplificazione, e, in secondo luogo, la mancanza di poteri di tipo sanzionatorio, attraverso i quali intervenire in modo efficace nel sistema dei controlli e della vigilanza.

Alla mancanza di indipendenza ed autonomia dagli organi politici (peraltro richiesta sia dalla Convenzione penale sulla corruzione del 1999 sia da quella delle Nazioni Unite adottata nel 2003), diede una risposta la l. 6 novembre 2012, n. 190, che, nel quadro di una disciplina organica per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella p.a., istituì l'ANAC, creando per la prima volta una struttura indipendente dall'apparato amministrativo e dai vertici politici, sebbene ancora priva di poteri efficaci di intervento.

A tale *Authority* erano inizialmente attribuite due principali tipologie di strumenti: da un lato, compiti di tipo ispettivo e di indagine, da svolgersi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle p.a.; dall'altro compiti di misurazione e valutazione delle *performance* e di controllo della trasparenza. Essa, inoltre, poteva esprimere pareri facoltativi presso gli organi dello Stato e le altre p.a., senza tuttavia avere alcun potere di regolazione del sistema. Inizialmente, la l. n. 190/2012 non individuò una nuova struttura organizzativa alla quale affidare i compiti innanzi richiamati di prevenzione e contrasto della corruzione e dell'illegalità nella p.a., ma individuò nella Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT), già istituita dall'art. 13 del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, l'organismo indipendente incaricato di svolgere gli stessi.

Il legislatore, tuttavia, non era preoccupato soltanto del palcoscenico internazionale: «*Una volta costretto a sostituire come “trasparenza e integrità” con la nuda e cruda “corruzione”, il Parlamento ha immediatamente avvertito la*

¹³³ Istituito con D.P.C.M. 5 agosto 2008.

necessità di lanciare al Paese un messaggio forte e chiaro, con il quale scindere le responsabilità degli organi politici dalla gestione della materia»¹³⁴.

Nel giro di pochi mesi è stata così disposta la trasformazione della CIVIT in ANAC¹³⁵, la quale ha ereditato i poteri dell'Autorità di vigilanza per i lavori pubblici, soppressa a partire dal 25 giugno 2014¹³⁶, data di entrata in vigore del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, e, al contempo, ne ottiene di nuovi, concentrando oggi nelle sue mani la vigilanza sui complessi adempimenti che tutte le pubbliche amministrazioni debbono svolgere al fine di prevenire i fenomeni corruttivi¹³⁷.

¹³⁴ Così M. MANETTI, *Autorità indipendenti e Parlamenti nazionali nell'Unione europea alla ricerca di una ragionevole indipendenza*, cit., 3.

¹³⁵ Con l'entrata in vigore del d.l. 31 agosto 2013, n. 101, convertito con modifiche dalla l. 30 ottobre 2013, n. 125.

¹³⁶ Più che di soppressione sarebbe invero corretto parlare di incorporazione, in quanto la struttura organizzativa dell'AVCP è stata interamente assorbita dall'ANAC.

L'art. 19 del d.l. n. 90/2014 prevede il trasferimento all'ANAC dei poteri di vigilanza propri dell'AVCP, come definiti dall'art. 6, comma 7, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Si tratta, in particolare, di poteri di vigilanza sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare vigente e sui contratti di lavori, servizi e forniture; di segnalazione al Governo e al Parlamento di fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa; di formulazione di proposte al Governo; di predisposizione della relazione annuale alle Camere; di svolgimento di accertamenti ispettivi, di irrogazione di sanzioni pecuniarie ed interdittive. L'ANAC sovrintende, inoltre, all'attività dell'Osservatorio dei contratti pubblici e svolge una fondamentale funzione di precontenzioso, consistente nell'esprimere pareri sulle procedure di gara su richiesta delle stazioni appaltanti o di uno o più concorrenti.

¹³⁷ Cfr. l'art. 5, comma 5, d.l. n. 101/2013, convertito in l. 30 ottobre 2013, n. 125. In particolare, l'*Authority* è formata da quattro componenti e un Presidente, che detiene poteri speciali di contrasto alla corruzione, come meglio si vedrà nel prosieguo. I componenti dell'Autorità sono scelti «tra esperti di elevata professionalità, anche estranei all'Amministrazione, con comprovate competenze» – requisito già richiesto in passato per la nomina dei componenti della CIVIT – e, in modo del tutto innovativo rispetto al passato, anche tra soggetti «di notoria indipendenza e comprovata esperienza in materia di contrasto alla corruzione», al fine di rendere il profilo dei candidati il più possibile aderente alle finalità che l'Authority deve perseguire.

La nomina del Presidente avviene su proposta del Ministro per la pubblica Amministrazione e la semplificazione, di concerto con il Ministro della giustizia e il Ministro dell'interno; mentre quella dei componenti avviene su proposta del solo Ministro per la pubblica Amministrazione e la semplificazione (cfr. R. TITOMANLIO, *Autonomia ed indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Milano, 1009, 319 ss.).

L'investitura formale di tutti i componenti avviene poi con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e parere favorevole reso dalle Commissioni parlamentari competenti, espresso a maggioranza dei due terzi dei componenti. Tale procedimento vale a qualificare l'Autorità in esame quale Autorità amministrativa indipendente “tendenzialmente governativa”, espressione utilizzata per distinguere le Autorità nelle quali il Governo, tramite i suoi Ministri, ha il potere di iniziativa quanto alle nomine, rispetto a quelle “tendenzialmente parlamentari”, ove invece la designazione è adottata di intesa dei Presidenti di Camera e Senato. In questo caso, il potere di nomina da parte del Governo è controbilanciato, per un verso, dal parere vincolante delle Commissioni parlamentari, che rende le stesse compartecipi del potere di investitura dei vertici politici, e, per altro verso, dal decreto del Presidente della Repubblica, al quale si riconosce il potere di non dare corso alla delibera del Consiglio dei Ministri in caso di manifesta illegittimità. Su tali aspetti cfr. M. CLARICH, *Indipendenza ed autonomia delle Autorità Indipendenti*, in *Le Autorità Amministrative Indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e di regolazione dei mercati*, Atti del Convegno tenutosi il 28.2.2013 a Palazzo Spada nonché S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, cit., § 1), il quale ricorda che si tratta di un procedimento formale, adoperato già in relazione ad altre Autorità indipendenti (ad es. AGCOM) e che, «pur attribuendo un maggior peso all'iniziativa governativa, non ne compromette l'indipendenza e l'autonomia, stante il complesso di garanzie legate al procedimento, alla durata dell'incarico e ai requisiti per la nomina». Sull'argomento v., inoltre, L.

Per chi conosce l'esperienza delle Autorità indipendenti, la vicenda dell'ANAC non ha nulla di straordinario. Come già anticipato, e come si vedrà meglio tra poco¹³⁸, pur in assenza di poteri formalmente normativi, queste esercitano – e non possono non esercitare – funzioni di integrazione e/o correzione della disciplina vigente, in specie quando – come nel caso di specie – la politica intende affidare a tali Autorità un vero e proprio compito di “supplenza” su questioni particolarmente “scottanti”, come l'anticorruzione, o irte – storicamente – di difficoltà ed ambiguità giuridiche¹³⁹, come il regime degli appalti pubblici.

Benché questi nuovi poteri dell'ANAC siano stati presentati come il frutto di un'interpretazione “costituzionalmente orientata” della disciplina vigente¹⁴⁰, essi sono stati autorevolmente criticati¹⁴¹ perché, affiancandosi alle garanzie offerte dal giudice per il rispetto della legalità nell'ambito del contenzioso, ma talvolta ad esse sovrapponendosi, sembrano introdurre nelle procedure di gara più problemi che soluzioni.

Prendendo spunto da queste critiche, conviene, dunque, esaminare nel dettaglio i nuovi poteri attribuiti all'ANAC dalle più recenti riforme, in quanto essi presentano alcuni profili problematici che si impongono all'attenzione dell'interprete.

8.1. Le più recenti riforme. Il commissariamento dell'impresa aggiudicataria e il procedimento per l'applicazione della misura.

Come già ricordato più sopra, prima del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, l'AVCP poteva unicamente denunciare le eventuali irregolarità riscontrate agli organi amministrativi e giurisdizionali competenti. Con l'art. 32 del d.l. n. 90/2014 (conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114) il legislatore ha introdotto uno strumento del tutto innovativo che si propone di colmare proprio questa lacuna: si tratta del potere di disporre il commissariamento delle imprese in funzione di anticorruzione nei seguenti casi:

COSSU, *Autorità indipendenti: questioni aperte e soluzioni nuove?* in *Studi in memoria di Vincenzo Caianiello*, Napoli, 2008, 197 ss. e F. BLANDO, *Questioni in tema di sindacabilità degli atti di nomina delle autorità indipendenti*, in *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 2009, 6, 1-23.

¹³⁸ Nei § 8.1 ss.

¹³⁹ Cfr. V. DOMENICHELLI, *Il rito « speciale » in materia di contratti pubblici*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, II ed., in corso di pubblicazione.

¹⁴⁰ Cfr., sul punto, G. M. FLICK, *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, 4; M. MANETTI, *Autorità indipendenti e Parlamenti nazionali nell'Unione europea alla ricerca di una ragionevole indipendenza*, cit., 3.

¹⁴¹ V., ad es., V. DOMENICHELLI, *op. ult. cit.*; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, in www.federalismi.it, n. 10/2016; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in www.federalismi.it, n. 15/2016, spec. 14 ss.; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 605 ss.

1) quando l'autorità giudiziaria "proceda" per l'accertamento di alcuni delitti contro la p.A. (concussione, corruzione per l'esercizio della funzione, corruzione semplice e aggravata per atto contrario ai doveri di ufficio, corruzione in atti giudiziari, corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio, istigazione alla corruzione, peculato, induzione indebita, corruzione e istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale o degli organi o dei funzionari delle Comunità europee, traffico di influenze illecite, turbata libertà degli incanti, turbata libertà del procedimento di scelta del contraente)¹⁴²;

2) qualora 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 [...]»¹⁴³.

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, come si desume dal generico riferimento all'autorità giudiziaria (che ricomprende quindi sia la magistratura giudicante che quella requirente) e dall'utilizzo del verbo "procedere". In assenza del rinvio a giudizio, tuttavia, si pone un problema oggettivo di conoscibilità delle indagini da parte del Presidente dell'ANAC, che, infatti, sul tema è tornato più volte a ribadire la necessità di «introdurre una disposizione che sancisca il diritto del Presidente di ricevere notizie ed informazioni e di chiedere atti e documenti sui procedimenti penali non coperti dal segreto»¹⁴⁴.

Per quanto attiene al procedimento per l'adozione della misura di commissariamento, disposto dall'art. 32, esso si compone di due fasi: l'iniziativa spetta al Presidente, mentre il potere decisorio spetta al Prefetto, al quale pure compete un autonomo potere di disporre 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»¹⁴⁵; disposizione non del tutto innovativa, in quanto riprende, ampliandone la portata, quanto già in precedenza previsto dall'art. 94, comma 3, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

¹⁴² Art. 32, comma 1, d.l. n. 90/2014, cit.

¹⁴³ Art. 32, comma 1, cit.

¹⁴⁴ In tal modo si è espresso l'attuale Presidente dell'ANAC, R. Cantone, nel rendere le Osservazioni sul d.l. n. 90/2014 «*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*», giugno 2014, in www.anticorruzione.it. Su tale delicata questione, nel contesto di una generale diffusione del principio di trasparenza, si vedano i contributi raccolti in A. NATALINI, G. VESPERINI (a cura di), *Il Big Bang della trasparenza*, Napoli 2015, 11 ss.; nonché, I. NICOTRA, *Le funzioni dell'ANAC tra cultura della trasparenza e prevenzione della corruzione*, in R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 72 ss.; ID., *La dimensione della trasparenza tra diritto alla Accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in *federalismi*, n. 11/2015, 2 ss.

¹⁴⁵ Art. 32, comma 10, d.l. n. 90/2014.

A seguito della proposta formulata dal Presidente dell'ANAC, il Prefetto del luogo in cui ha sede la stazione appaltante accerta i presupposti indicati per l'attivazione del procedimento e valuta la particolare gravità dei fatti oggetto dell'indagine¹⁴⁶: si tratta, pertanto di un sindacato di secondo grado sulla legittimità dell'iniziativa assunta dal Presidente e che può concludersi anche con un rifiuto da parte del Prefetto ad andare oltre. Qualora, invece, il Prefetto confermi la valutazione già svolta dal Presidente dell'ANAC, egli potrà intervenire alternativamente ordinando all'impresa misure di rinnovazione degli organi sociali, al fine di prendere le distanze dai soggetti coinvolti nelle situazioni di illegalità, oppure provvedendo direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice, limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione. Nel caso in cui il Prefetto abbia ordinato la rinnovazione degli organi sociali e l'impresa non vi abbia adempiuto nei termini stabiliti, oppure quando non sia possibile rimuovere la situazione di illegalità con la semplice rinnovazione degli organi sociali, il Presidente dell'ANAC può proporre al Prefetto di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice¹⁴⁷.

8.2. Le incertezze applicative legate alla nozione «fatti gravi ed accertati».

Se il procedimento – fin qui brevemente descritto – per l'applicazione del commissariamento appare disciplinato in maniera puntuale e rispettoso delle competenze della Prefettura, non altrettanto può dirsi con riguardo ai presupposti per l'applicazione della misura e al suo contenuto concreto, per cui sembra porsi qualche problema di compatibilità o, forse, più esattamente, di coordinamento con i poteri dell'autorità giudiziaria.

In particolare, fin dall'inizio, ha destato considerevoli dubbi interpretativi, in la nozione di «fatti gravi ed accertati», che costituisce il presupposto per disporre il commissariamento sia nel caso in cui l'autorità giudiziaria proceda per uno dei reati elencati dal comma 1 dell'art. 32 sia quando ricorrano situazioni sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali¹⁴⁸.

La nozione appare invero piuttosto generica ed indeterminata e, pertanto, insufficiente, in rapporto alla certezza del diritto, a qualificare le situazioni nelle quali possano ricorrere i presupposti per il commissariamento. Inoltre, la valutazione dei fatti gravi ed accertati che costituiscono il presupposto per l'avvio dell'iniziativa di commissariamento è rimessa al Presidente dell'ANAC, ovvero ad un organo che non ha le competenze dell'autorità giudiziaria e nemmeno i corrispondenti poteri istruttori: il timore legato a tale previsione normativa è, quindi, che la misura possa essere disposta anche in presenza di

¹⁴⁶ In tal senso dispone l'art. 32, comma 2, d.l. n. 90/2014, cit.

¹⁴⁷ Su questi ed altri aspetti procedurali v. i commi da 2 a 9 dell'art. 32, cit.

¹⁴⁸ Su tali dubbi interpretativi cfr. S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, cit., § 3.

situazioni che non hanno una effettiva consistenza penale o che la gestione straordinaria dell'impresa possa essere applicata anche ad attività diverse da quelle necessarie a dare esecuzione all'appalto¹⁴⁹.

Anche lo stesso Presidente dell'ANAC è intervenuto sulla questione e, con le linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra ANAC-Prefetture-UTG ed enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa, pubblicate congiuntamente al Protocollo di intesa tra l'ANAC e il Ministero dell'interno sottoscritto il 15 luglio 2014¹⁵⁰, ha tentato di fornire una chiave di lettura oggettiva della norma sul commissariamento. Secondo quanto previsto dalle citate linee guida i fatti gravi ed accertati ai quali la norma fa riferimento sono da intendersi come le situazioni sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali. In particolare, i fatti "accertati" sarebbero quelli corroborati da riscontri oggettivi, mentre sarebbero "gravi" i fatti che abbiano raggiunto un livello di concretezza tale da rendere altamente probabile un giudizio di condanna nei confronti dei responsabili dei fatti corruttivi.

8.3. L'applicazione delle norme sul commissariamento in relazione agli appalti per l'EXPO 2015. La diffidenza della dottrina e della giurisprudenza rispetto all'utilizzo di strumenti emergenziali. La sentenza del Tar Milano, 9 luglio 2014, n. 1802.

Le norme sul commissariamento, com'è noto, hanno trovato una prima applicazione in riferimento ad un appalto per le c.d. infrastrutture di servizio nell'ambito delle opere per l'EXPO 2015 di Milano¹⁵¹.

¹⁴⁹ Si veda, in argomento, F. PATERNITI, *La tutela preventiva dell'imparzialità della pubblica amministrazione nella nuova normativa anticorruzione*, in I. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino 2016, 91 ss.; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4, 2016, 500.

¹⁵⁰ Consultabile in www.anticorruzione.it. Nella direzione di un rafforzamento della collaborazione interistituzionale, in ragione del perseguimento del preminente interesse pubblico comune di prevenzione e contrasto della corruzione nella pubblica Amministrazione si segnala anche il «Protocollo d'intesa relativo ai rapporti di collaborazione tra l'Autorità Nazionale Anticorruzione e la Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo», sottoscritto in data 13 novembre 2017 (consultabile in www.anticorruzione.it).

¹⁵¹ Dalla prima applicazione del commissariamento nell'ambito di EXPO 2015 fino ad oggi sono state formulate e poi approvate diverse richieste di misure «di straordinaria e temporanea gestione» (per una visione d'insieme delle stesse cfr. www.anticorruzione.it), valorizzando l'ipotesi residuale della misura «di sostegno e monitoraggio» come strumento di presidio della legalità con la minore compromissione della libertà dell'operatore economico laddove non sia stata riscontrata l'eccezionale gravità o serialità della condotta illecita che giustificerebbe la *tutorship* pubblica. Nella pratica si è attribuita a essa un ambito di efficacia che trascende il singolo contratto e che consente una revisione virtuosa dell'organizzazione e della gestione dell'impresa sia a garanzia della legalità dei contratti in corso che, potenzialmente, di quelli futuri.

Si tratta di un caso particolarmente noto (considerata anche la sua “risonanza” mediatica), che, accanto alla misura del commissariamento, aveva comportato l’attribuzione all’ANAC, in via preventiva, di poteri speciali di sorveglianza e controllo, in materia di anticorruzione¹⁵².

Nel caso di specie, in seguito alla scoperta di fenomeni corruttivi nell’ambito dell’appalto per le infrastrutture di servizio dell’EXPO, il Presidente dell’ANAC osservava come fosse assolutamente certo che l’appalto in questione fosse stato aggiudicato grazie ad un’attività illecita: dichiarazione che appariva corroborata dall’applicazione della misura cautelare della custodia in carcere all’amministratore della società stessa. Anche quanto alla valutazione della gravità del fatto, nella richiesta di commissariamento rivolta al Prefetto di Milano, il Presidente dell’ANAC traeva direttamente dai fatti accertati in sede penale il presupposto della gravità e dunque motivava approfonditamente sulla necessità della misura¹⁵³.

Proprio in riferimento alla medesima vicenda, la giurisprudenza amministrativa¹⁵⁴ ha posto in dubbio l’utilità dello strumento del commissariamento, osservando come i medesimi effetti avrebbero potuto

¹⁵² Al Presidente dell’Autorità, come già innanzi anticipato, sono attribuiti compiti di «alta sorveglianza e garanzia della correttezza e trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere del grande evento Expo Milano 2015». Al fine di svolgere tale funzione di sorveglianza e controllo, l’art. 30 del d.l. n. 90/2014, cit., attribuisce al Presidente dell’ANAC il potere di verificare, in via preventiva, la legittimità degli atti relativi all’affidamento ed all’esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture per la realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del grande evento EXPO. A tale potere si aggiungono i poteri ispettivi e di accesso alle banche dati, già in precedenza riconosciuti alla soppressa AVCP. Sempre in relazione all’EXPO Milano 2015, il Presidente dell’ANAC ha il potere di formulare proposte al Commissario unico delegato del Governo per l’EXPO Milano 2015 ed alla Società EXPO 2015 p.a. per la corretta gestione delle procedure d’appalto per la realizzazione dell’evento e di segnalare all’autorità amministrativa competente le violazioni in materia di comunicazione delle informazioni e dei dati e di obblighi di pubblicazione previsti dal d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

¹⁵³ Nota Prot. ANAC n. 13739 del 10 luglio 2014, avente ad oggetto «richiesta di straordinaria e temporanea gestione della società Maltauro s.p.a. con riferimento all’appalto relativo alle architetture di servizio afferenti al sito per l’esposizione universale del 2015».

¹⁵⁴ Cfr. TAR Milano, 9 luglio 2014, n. 1802, in *Foro it.*, 2014, III, 618 ss., con nota di A. TRAVI. Senza entrare troppo nel dettaglio della vicenda, ormai fin troppo nota, ci si limita qui a ricordare che, con la sentenza Tar Lombardia, Milano, sez. I, 9 luglio 2014, n. 1802, in il giudice di primo grado, pur avendo riconosciuto l’illegittimità dell’aggiudicazione (chiaramente comprovata, nel caso di specie, da condotte criminose poste in essere da dirigenti ed amministratori dell’impresa aggiudicataria), disponendone l’annullamento, non aveva, poi, provveduto alla dichiarazione di inefficacia del contratto (che avrebbe potuto pronunciare ex art. 122 c.p.a.), limitandosi a “consigliare” la stazione appaltante affinché procedesse ad azionare la clausola risolutiva espressa; e ciò nonostante lo stesso giudice avesse notato, per un verso, che, grazie ad una serie di fattori (tra cui lo stato di consistenza dei lavori, che risultava ancora embrionale: tra il 4 ed il 10%), sarebbe stato ben possibile per il ricorrente subentrare agevolmente nel cantiere garantendo i tempi di consegna e l’ultimazione delle opere, e, per altro verso, che la prosecuzione della conduzione della commessa, da parte del RTI aggiudicatario, avrebbe dato sostanza ad una manifesta violazione dei principi di legalità e trasparenza negli appalti pubblici, ponendo le premesse giuridiche per il riconoscimento del diritto all’erogazione del corrispettivo contrattuale ad un soggetto immeritevole ed inaffidabile, oltre che per un cospicuo risarcimento del danno a favore del ricorrente. Come noto, la vicenda è poi proseguita con una prima ordinanza, emessa da Cons. Stato, sez. IV, 16 settembre 2014, n. 4089 (in *Foro it.*, 2015, III, 9), sull’appello cautelare presentato dal RTI aggiudicatario, con la quale il giudice di secondo grado, in accoglimento dell’appello proposto, ha sospeso l’esecutività della sentenza impugnata, sulla base della disciplina introdotta – nelle more del giudizio – dal d.l. n. 90/2014, conv. in l. n. 114/2014, cit., che aveva previsto il “commissariamento” dell’impresa appaltatrice fino all’esito del procedimento penale, ritenendolo idoneo a

essere raggiunti anche mediante gli strumenti già previsti dall'ordinamento, quali l'annullamento dell'aggiudicazione e il subentro nell'esecuzione del contratto.

In presenza di fatti gravi ed accertati penalmente, infatti, vengono in rilievo motivi sufficienti per disporre l'annullamento dell'aggiudicazione, inteso quale «rimedio finalizzato a costituire una frontiera più avanzata di tutela dell'Amministrazione contro i possibili abusi dei partecipanti alle procedure di evidenza pubblica». La citata pronuncia del TAR Milano ha posto in evidenza come la misura introdotta dall'art. 32 del d.l. n. 90/2014 «nulla aggiungerebbe, in termini di speditezza ed efficienza all'ipotesi di stipulazione del contratto con il RTI ricorrente» e che, inoltre, «non potrebbe garantire la definizione degli insorti conflitti, dal momento che l'eventuale provvedimento emesso dal Prefetto in accoglimento della proposta del Presidente dell'ANAC potrebbe essere oggetto di impugnazione ed incidere ancor di più sui tempi di consegna delle opere».

La diffidenza manifestata dal giudice amministrativo è, invero, più in generale, la stessa che si coglie anche in dottrina rispetto all'utilizzo di poteri emergenziali, che comportano deroghe al principio di legalità o alle ordinarie procedure amministrative¹⁵⁵. In questo quadro assumeranno un fondamentale rilievo le scelte che farà l'ANAC nell'applicazione della norma: a tal proposito la scelta di prevedere, nel caso Expo, la comunicazione di avvio del procedimento esprime un'attenzione verso il rispetto delle garanzie procedurali, che consente anche all'ANAC di recuperare quella legittimazione dal basso che le Autorità indipendenti tentano faticosamente di costruirsi¹⁵⁶.

conciliare l'interesse pubblico alla rapida esecuzione dell'opera con l'esigenza di impedire la percezione dei profitti d'impresa da parte di soggetti sospettati di illeciti, almeno fino alla conclusione del procedimento. Infine, con sentenza Cons. Stato, 20 gennaio 2015, n. 143 (in *Foro it.*, 2015, III, 65 ss., con nota di A. TRAVI), in riforma della sentenza impugnata, è stato dichiarato irricevibile il ricorso di primo grado, trattandosi di controversia attinente «all'esercizio di un diritto potestativo di tipo privatistico e paritetico» (la risoluzione contrattuale ex art. 1456 c.c., azionabile a fronte di un'ipotetica violazione del protocollo di legalità), e, in quanto tale, sottratta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

¹⁵⁵ Per un approfondimento sulle c.d. misure di “commissariamento degli appalti”, assunte su iniziativa del Presidente dell'ANAC, cfr. A. MALTONI, *Nuove forme di intervento pubblico nella gestione di imprese private*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 1079 ss., 1038 ss. nonché S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, cit., spec. § 3.

¹⁵⁶ In questo senso espressamente M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti*, intervento al Convegno «Le Autorità amministrative indipendenti», tenuto in memoria di Vincenzo Caianiello in Roma presso il Consiglio di Stato in data 9 maggio 2003, in www.giustizia-amministrativa.it (spec. § 3); analogamente S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, cit., spec. § 3 nonché F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 22. In generale, sugli orientamenti giurisprudenziali riferiti alla l. 7 agosto 1990 n. 241, cfr., a titolo esemplificativo, F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996, 234 ss.; S. COGNETTI, *“Quantità” e “qualità” della partecipazione - tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, 122 ss., anche per le possibili implicazioni sul valore viziante o meno dell'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento. In dottrina, va, altresì, ricordato il saggio lungimirante di F. BENVENUTI, *Contraddittorio*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, *ad vocem*, secondo cui «il contraddittorio costituisce un principio giuridico generale di carattere costituzionale che si manifesta ogni qual volta la funzione svolta sia retta dalla ragione di imparzialità». Cfr. altresì V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, 130 ss. Privilegia, invece, la riconduzione degli istituti di

9.1. I nuovi e più incisivi poteri attribuiti all'ANAC dal Codice dei contratti pubblici: la vigilanza “collaborativa” e il controllo.

Accanto alla misura del “commissariamento”, già contemplata dal d.l. n. 90/2014, occorre ora considerare i nuovi e più incisivi poteri previsti dal nuovo Codice dei contratti pubblici¹⁵⁷ (d.lgs. n. 50/2016, cit.), il quale colloca l'ANAC in posizione centrale e le attribuisce delicate funzioni normative e decisorie, anche in materia di inclusione ed esclusione di imprese, da svolgere sulla base di atti che, benché definiti “linee guida”, pongono anche norme vincolanti assistite da sanzioni, la cui irrogazione è rimessa alla stessa Autorità.

In particolare, l'art. 213, comma 1, del d.lgs. n. 50, cit. attribuisce all'ANAC («nei limiti di quanto stabilito dal presente codice») la vigilanza ed il controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi¹⁵⁸, specificando che l'Autorità «agisce anche al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione»¹⁵⁹.

L'Autorità è chiamata a svolgere la sua funzione di regolazione in primo luogo «attraverso linee guida, bandi tipo, capitoli tipo, contratti tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati»¹⁶⁰. Gli atti «ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto»¹⁶¹, specialmente quando

partecipazione alla funzione collaborativa «allo scopo di colmare il gap e l'asimmetria informative che caratterizzano il processo decisionale e di formazione del convincimento del decisore collettivo pubblico», ponendo in secondo piano la partecipazione in forma di contraddittorio R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2002, 131 ss.

¹⁵⁷ D.lgs. n. 50/2016, cit.

¹⁵⁸ Anche l'attività di regolazione assume i connotati di una vera e propria “vigilanza interpretativa”, in quanto, dopo aver adottato atti generali volti a specificarne ed integrarne i precetti normativi, l'Autorità verifica che i soggetti vigilati abbiano applicato correttamente le disposizioni poste. Sulla nozione citata cfr. C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012, 33; nel medesimo senso S. AMOROSINO, *L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici: profili di diritto dell'economia (dalla trasparenza alla concorrenza)*, in *Riv. trim. app.*, 2010, 316-317, il quale, nel richiamare le diverse tipologie di poteri in cui si articola la vigilanza, fa riferimento, tra l'altro, alla vigilanza regolamentare precettiva. Un analogo ragionamento può essere fatto per l'attività consultiva: v., in proposito, l'avviso espresso dall'ANAC nell'art. 1 del regolamento cit., adottato il 14 gennaio 2015, pubblicato in www.anticorruzione.it.

¹⁵⁹ Art. 213, comma 1, del d.lgs. n. 50, cit. Merita aggiungere che la l. n. 190/2012, i decreti delegati e la circolare del Dipartimento della funzione pubblica n. 1/2013 configurano un modello di prevenzione della corruzione a livello nazionale e dispongono che esso sia replicato a livello del singolo ente. Se, infatti, l'ANAC approva il piano nazionale anticorruzione (PNA) e poi vigila sull'applicazione, da parte delle Amministrazioni, dei principi generali fissati dal piano, il responsabile della prevenzione della corruzione (RPC) elabora il piano triennale di prevenzione della corruzione (PTPC) e poi è chiamato a verificarne l'efficace esecuzione. Stesso principio vale per l'attuazione delle misure relative alla trasparenza. Per un approfondimento complessivo sulla strategia di prevenzione della corruzione, cfr., *ex multis*, B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013 e B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, cit., 125 ss.

¹⁶⁰ Art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 50, cit. Come già ricordato, tale funzione di regolazione non concerne solo la materia di contratti pubblici (art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, cit.), ma anche di anticorruzione (art. 19, comma 15, d.lgs. n. 90/2014) e trasparenza (d.lgs. n. 33/2013, cit., come modificato ed integrato dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97).

¹⁶¹ V., ancora, l'art. 213, comma 2, cit.

riconducibili ad illeciti delle stazioni appaltanti, devono essere trasmessi alle Camere subito dopo la loro adozione. Le funzioni attribuite all’Autorità sono specificate come funzioni di vigilanza su tutti i contratti pubblici, anche di quelli «esclusi dall’ambito di applicazione del codice» e comportano – oltre alla vigilanza¹⁶² sul rispetto delle procedure ordinarie e nella corretta applicazione di quelle derogatorie – forme di controllo¹⁶³ sul sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti pubblici, assistita da poteri sanzionatori¹⁶⁴, nonché sull’economicità dell’esecuzione dei contratti.

Come già l’AVCP, l’Autorità ha poteri di segnalazione nei confronti del Governo e del Parlamento e di proposta di modifiche normative al (solo) Governo; deve, inoltre, trasmettere al Governo ed al Parlamento una relazione annuale¹⁶⁵.

¹⁶² Secondo R. CANTONE, F. MERLONI, *Presentazione*, in R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 1, l’ANAC è un’Autorità amministrativa indipendente riconducibile alle Autorità di vigilanza. I caratteri del potere di vigilanza in materia di contratti pubblici sono esaminati da D. DE GRAZIA, *La vigilanza e il controllo sull’attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in D. SORACE (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013, 179 ss. Sulle prospettive, sul ruolo e sulle prospettive dei controlli pubblici, cfr., più in generale, E. D’ALTERIO, *I controlli sull’uso delle risorse pubbliche*, Milano, 2015. Anche l’attività di regolazione assume i connotati di una vera e propria “vigilanza interpretativa”

¹⁶³ In questo senso C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell’Autorità sui contratti pubblici*, cit., 16-23, che rileva come il potere di controllo sia strumentale ed ausiliario rispetto alla funzione di vigilanza al punto tale da esaurire i propri effetti all’interno della vigilanza stessa. Non dissimile il punto di vista di G. D’AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Diritto amministrativo generale II, Milano, 2003, 1345, secondo cui i controlli, con particolare riferimento alle Autorità indipendenti, si svolgono nel contesto dei loro compiti di regolazione e vigilanza. Sul punto, v., inoltre, M. ANTONIOLI, *Vigilanza e vigilanze tra funzione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 680, il quale (riprendendo M. MERUSI, *Le direttive governative (nei confronti degli enti di gestione)*, Milano, 1965, 230), osserva come la vigilanza si esprima mediante il controllo globale ed informale. Sottolineano la pluralità di situazioni cui il termine “vigilanza” può essere riferito anche S. Valentini, *Vigilanza (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1993, XLVI, 702 ss. e M. STIPO, *Vigilanza e tutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, XXXII, 1 ss.

¹⁶⁴ Per utili riferimenti, in tema di poteri sanzionatori dell’ANAC (già AVCP), v. C. CELONE, *I procedimenti sanzionatori dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in M. ALLENA, S. CIMINI, (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, RULES (Research Unit Law and Economics Studies), Paper No. 2013-2015, in *Dir. econ.*, 2013, 289 ss.; più, in generale, sul tema delle sanzioni amministrative, S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017.

¹⁶⁵ V. il comma 3, lett. c), d) ed e), dell’art. 213, cit.

La vigilanza dell'ANAC è normativamente definita «collaborativa»¹⁶⁶, ove attuata previa stipula di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti richiedenti; deve trattarsi, però, di non meglio precisati «affidamenti di particolare interesse»¹⁶⁷.

Nei commi 4 e ss. dell'art. 213 sono enunciati gli ulteriori poteri di vigilanza dell'ANAC. Si afferma, in particolare, che l'Autorità: gestisce il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza; può disporre ispezioni; collabora con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) per l'elaborazione del «rating di legalità», che diviene componente del «rating di impresa»¹⁶⁸; gestisce la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, avvalendosi dell'Osservatorio sui contratti pubblici, stabilendo le modalità di funzionamento dell'Osservatorio e le informazioni obbligatorie che ad esso devono affluire e che, se omesse o non veritiere, l'Autorità è chiamata a sanzionare; ancora, gestisce il Casellario informatico dei contratti pubblici; gestisce ed aggiorna l'Albo Nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici¹⁶⁹, nonché l'elenco delle stazioni appaltanti che operano affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*¹⁷⁰.

Infine, il comma 13 dell'art. 213, cit., conferisce all'ANAC il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nonché di disciplinare i procedimenti sanzionatori di sua competenza¹⁷¹.

¹⁶⁶ Si deve, al riguardo, precisare che, anche laddove attivata d'ufficio, la vigilanza dell'Autorità è di tipo collaborativo in quanto volta ad accompagnare e sostenere le Amministrazioni e gli enti nell'adempimento sostanziale delle disposizioni normative. A tal fine, l'ANAC ha adottato il «Regolamento in materia di attività di vigilanza e di accertamenti ispettivi» del 9 dicembre 2014, il quale prevede, in primo luogo, che il Consiglio dell'Autorità deve approvare una direttiva annuale recante specifici indirizzi, prescrizioni e obiettivi (art. 2), alla quale devono, poi, conformarsi i singoli uffici nell'esercizio dell'attività di vigilanza di loro competenza. Il regolamento stabilisce, inoltre, che lo stesso Consiglio deve adottare anche un piano che indichi quali ispezioni compiere (art. 14, comma 4). Nello specifico, le ispezioni possono essere disposte sulla base del piano ispettivo ma anche nell'ambito di procedimenti avviati d'ufficio (art. 14, comma 2); ordinariamente, esse sono svolte in collaborazione con la Guardia di Finanza sulla base di quanto consentito dall'art. 6, comma 9, lett. d), del d.lgs. n. 163/2006. Rileva, in tal senso il d.lgs. 19 marzo 2001, n. 68, che ha definito il Corpo come «forza di polizia ad ordinamento militare con competenza generale in materia economica e finanziaria» (art. 1) e ne ha sancito espressamente la funzione di collaborazione, previa intesa, con gli organi istituzionali, le Autorità indipendenti e gli enti di pubblico interesse (art. 3, comma 1); previsione ulteriormente ribadita dall'art. 22 della l. 28 dicembre 2005, n. 262, a mente del quale «nell'esercizio dei poteri di vigilanza informativa e ispettiva» le Autorità indipendenti possono avvalersi della Guardia di Finanza per obiettivi connessi agli accertamenti istruttori. Sulle funzioni di collaborazione della Guardia di Finanza con le Autorità indipendenti, cfr. M. DE BENEDETTO, *Il procedimento amministrativo tributario*, in *Dir. amm.*, 2007, 138 ss., la quale ricorda che queste ultime si sono avvalse con costanza della facoltà di collaborare con la Guardia di Finanza nell'esercizio dei poteri di indagine, tanto da concorrere alla specializzazione graduale dell'ordinamento del Corpo in nuclei ispettivi di supporto nei diversi ambiti.

¹⁶⁷ V. il comma 3, lett. b), dell'art. 213, cit.

¹⁶⁸ Art. 83, comma 10, del Codice.

¹⁶⁹ Art. 78 del Codice.

¹⁷⁰ Art. 192 del Codice.

¹⁷¹ Si tratta, infatti, di previsione che trascende la disciplina del comma ed assume una portata generale con riguardo ai procedimenti sanzionatori dell'Autorità, come sottolineato da N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, cit., 11. Per utili riferimenti, in tema di poteri sanzionatori dell'ANAC (già AVCP), v. C. CELONE, *I procedimenti sanzionatori dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di*

9.2. Le linee guida non vincolanti e gli altri strumenti di “regolazione flessibile”: l'improprio riferimento al concetto di *soft regulation* e la loro difficile collocazione nel quadro delle fonti del diritto. Le linee guida vincolanti e la loro riconducibilità agli “atti di regolazione”. Argomenti a sostegno delle potestà normative dell’Autorità: l. 28 dicembre 2005, n. 262; l’istituzionalizzazione dell’A.I.R.

Nelle pagine che seguono, si concentrerà l’attenzione su alcune delle citate disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 che evidenziano maggiormente il profilo atipico dell’Autorità.

A questo scopo, occorre muovere dall’esame della funzione di regolazione attribuita all’ANAC, prendendo in considerazione tre tipologie di atti dell’ANAC previste dal Codice dei contratti pubblici, ovvero linee guida; pareri vincolanti e, infine, raccomandazioni.

Cominciando dalle linee guida, il problema principale è quello della loro natura giuridica, se, cioè, possano essere considerati come atti amministrativi in senso proprio¹⁷² o si tratti, invece, di atti a carattere vincolante *erga omnes*¹⁷³ o, piuttosto, di altri atti innominati, comunque riconducibili alla categoria «altri atti di regolamentazione flessibile»¹⁷⁴.

lavori, servizi e forniture, in M. ALLENA, S. CIMINI, (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, RULES (Research Unit Law and Economics Studies), Paper No. 2013-2015, in *Dir. econ.*, 2013, 289 ss. Più, in generale, sul tema delle sanzioni amministrative, cfr. M.A. SANDULLI, *Sanzioni amministrative e principio di specialità: riflessioni sull’unitarietà della funzione afflittiva*, in www.giustamm.it, n. 7/2012, la quale osserva, molto efficacemente, che «Nell’ordinamento attuale si riscontra peraltro frequentemente un’assoluta imprevedibilità della conseguenze sanzionatorie, perché sempre più spesso non è dato comprendere l’effettivo contenuto delle disposizioni che regolano la condotta e non è dato comprendere, con la chiarezza imposta dal diritto europeo (U.E. e CEDU), in che modo un illecito debba essere sanzionato; senza parlare delle modifiche giurisprudenziali e degli interventi di carattere retroattivo sulle norme base di regolazione della condotta». In argomento si vedano, inoltre, P. CERBO, *Sanzioni amministrative*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5426.; E. CHELI, *Osservazioni introduttive in ordine al potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, 329; R. LEONARDI, *I caratteri del potere sanzionatorio*, in M. ALLENA, S. CIMINI, (a cura di), *op. cit.*, 21 ss.; M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in www.giustamm.it, n. 10/2013, M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in www.federalismi.it, n. 4/2017; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017.

¹⁷² Cfr., sul punto, L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, cit., 606.

¹⁷³ Mentre sembrerebbero plausibilmente rientrare in tale tipologia: gli atti in materia di sistemi di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, di cui all’art. 83, comma 2; quelli che disciplinano gli organismi di attestazione SOA, previsti dall’art. 84, comma 2; quelli relativi alla determinazione dei requisiti partecipativi in caso di fallimento previsti dall’art. 110, comma 5, lett. b); o, ancora, gli atti relativi ai requisiti di qualificazione del contraente generale di cui all’art. 197, comma 4.

¹⁷⁴ A tale categoria paiono riconducibili, ad esempio, l’atto relativo ai requisiti e ai compiti del r.u.p. per i lavori di maggiore complessità, ai sensi dell’art. 31, comma 5, o l’atto relativo alla definizione delle classifiche di qualificazione del contraente generale disciplinato dall’art. 197, comma 3.

Le incertezze derivano soprattutto dalla loro difficile collocazione all'interno del quadro delle fonti del diritto, quale sinora ricostruito dalla dottrina e applicato dalla giurisprudenza¹⁷⁵.

In particolare, l'espressione utilizzata nella legge delega (art. 1, comma 1, lett. *l*), «atti di indirizzo» e «strumenti di regolazione flessibile», con riguardo a linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed in genere agli atti dell'ANAC ha evocato, anche nei primi commenti, il *soft law*, il *droit souple*¹⁷⁶ ovvero un fenomeno da considerare giuridico, benché dai contorni imprecisati. Perché ricorra, occorre però che la regola di condotta attraverso atti quali inviti, raccomandazioni, consigli, ecc. non sia vincolante e sia sprovvista di sanzione giuridicamente predeterminata.

Per tale ragione, il riferimento al concetto di *soft regulation* è stato giudicato generalmente «improprio» dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema del Codice dei contratti pubblici¹⁷⁷, anche con riguardo, alle linee guida non vincolanti dell'ANAC.

Questo giudizio si spiega con la circostanza che il *soft law* ha necessariamente uno spazio assai ristretto nel diritto amministrativo, nel quale gli atti non possono essere affrancati dal controllo di legalità. Il tema si intreccia con quello della impugnabilità delle delibere degli organi di controllo, in riferimento ai quali il giudice amministrativo ne ha affermato l'impugnabilità qualora risultino idonei ad arrecare una lesione alla posizione soggettiva fatta valere dal ricorrente – anche mediante l'emanazione di atti di annullamento o sanzionatori – o siano, comunque, in grado di condizionare l'esercizio dell'attività amministrativa dell'ente controllato¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Come rilevato da V.C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it; M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 436, L. TORCHIA, *op. ult. cit.*, 606.

¹⁷⁶ Con tale espressione, viene normalmente definita una funzione normativa atipica, che si esprime attraverso l'adozione di atti di regolazione o c.d. «linee guida», che dal piano del diritto internazionale e sovranazionale si è ormai diffusa anche a livello degli ordinamenti nazionali, affiancando in misura sempre maggiore la legge e le altre tradizionali fonti del diritto (*hard law*). Sul *soft law*, v. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova 2008; R. BIN, *Soft law, no law*; S. MORETTINI, *Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in Osservatorio sull'AIIR, Luglio 2011; F. TERPAN, *Soft law in the European Union – The changing nature of EU law*, in *European Law Journal*, n. 1/2015, 68 ss.; M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in Atti del Convegno AIPDA 2015 su «*Le fonti nel diritto amministrativo*», Padova 9-10 ottobre 2015, che sottolinea l'«indurimento» del *soft law* (anche nell'ordinamento francese) quando viene a contatto con «gli stringenti principi garantistici del diritto amministrativo». Sulle linee guida flessibili, v., più recentemente, M. LIPARI, *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali*, in www.giustamm.it, n. 2/2018.

¹⁷⁷ Cfr. Cons. Stato, comm. spec., parere 1 aprile 2016, n. 855, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁷⁸ Cfr., con riferimento agli atti non vincolanti della soppressa AVCP, Cons. Stato, comm. spec., 19 aprile 2002, n. 32, in www.giustizia-amministrativa.it; Id., sez. IV, 19 settembre 2006, n. 5317; Cons. Stato, sez. VI, 23 febbraio 2012, n. 1010, in *Foro amm.-CDS*, 2012, 414; in dottrina, sul tema, cfr. P. FAVA, *I controlli: teoria generale e tecniche di impugnazione*, in *Riv. corte conti*, 2009, 224 ss.; A. L. TARASCO, *Il problema dell'impugnativa degli atti di controllo della Corte dei conti*, in *Riv. Giur. Mezzogiorno*, n. 3/2011, 747 ss.

Il fenomeno, in dottrina, viene suggestivamente definito di “indurimento” del *soft law*¹⁷⁹: di qui la riconduzione, condivisibile almeno in linea generale, da parte del Consiglio di Stato, delle linee guida a carattere non vincolante e degli altri atti dell’ANAC – ben poco rilevano le denominazioni – agli ordinari atti amministrativi¹⁸⁰.

Per quanto attiene alle linee guida vincolanti dell’ANAC – terza tipologia di atti attuativi esaminata – il Consiglio di Stato ne ha escluso, ma in modo evidentemente perplesso, «una vera e propria natura normativa *extra ordinem*»¹⁸¹.

La soluzione più attendibile a questo problema, secondo il Consiglio di Stato¹⁸², va ricercata sulla distinzione ivi delineata, tra potestà regolamentare del Ministero delle infrastrutture (MIT) e potestà “regolatoria” dell’ANAC. Invero, mentre ai regolamenti ministeriali si applica l’art. 17 della l. n. 400/1988, con la conseguenza che essi seguono la forma e la disciplina procedimentale stabilita dai commi 3 e 4 della disposizione citata (secondo la quale gli stessi regolamenti resistono all’abrogazione da parte di fonti sotto-ordinate e, inoltre, possono essere disapplicati dal giudice amministrativo); in rapporto agli atti dell’ANAC si evidenzia una commistione inedita – almeno per l’ordinamento italiano¹⁸³ – tra la potestà regolamentare e l’attività di un’Autorità amministrativa indipendente (l’ANAC) con funzioni anche di regolazione¹⁸⁴. Secondo questa ricostruzione, trattandosi di atti prodotti da un’Autorità di regolazione –

¹⁷⁹ Cfr. N. LONGOBARDI, *L’Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, cit., 15 ss.

¹⁸⁰ Cfr. Cons. Stato, comm. spec., n. 855/2016, cit.

¹⁸¹ Così Cons. Stato, comm. spec., n. 855/2016, cit.

¹⁸² Cfr., ancora, Cons. Stato, n. 855/2016, cit., 39 ss., che «ritiene preferibile l’opzione interpretativa che combina la valenza certamente generale dei provvedimenti in questione [id. est: le linee guida] con la natura del soggetto emanante (l’ANAC), la quale si configura a tutti gli effetti come un’Autorità amministrativa indipendente, con funzioni (anche) di regolazione. Pertanto appare logico ricondurre le linee guida (e gli atti ad esse assimilati) dell’ANAC alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamentari in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, di regolazione».

¹⁸³ Figure di questo tipo non sono ignote, invece, all’ordinamento dell’Unione europea: basti pensare, ad es., alle norme tecniche di regolamentazione e di attuazione della disciplina dei mercati finanziari, ambedue dotate di efficacia vincolante. Gli standard tecnici vincolanti sono elaborati dal regolatore europeo (ad esempio, l’Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati) e adottati con successivo atto della Commissione, come atti delegati ex art. 290 TFUE o atti di esecuzione ex art. 291 TFUE. L’efficacia vincolante deriva formalmente, quindi, sul piano delle fonti, dall’esercizio di un potere delegato alla Commissione, ma il regolamento prevede che la Commissione possa discostarsi dalla proposta del regolatore solo previa specifica motivazione e, soprattutto, che il regolatore abbia il potere di iniziativa: cfr., sul punto, L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, cit., 606.

¹⁸⁴ Occorre aggiungere che la principale differenza delle linee guida dell’ANAC rispetto al regolamento governativo – che ne costituisce anche uno dei pretesi vantaggi – sta nella loro più agevole modificabilità, in quanto, a differenza del regolamento, non sono sottoposte a pareri preventivi. Va comunque ricordato che, pur in assenza di obbligo normativo, l’ANAC ha comunque volontariamente sottoposto i suoi primi atti regolatori al parere del Consiglio di Stato, ad ulteriore garanzia della corretta formazione delle regole stesse: v., ad es., il parere sulle linee guida dell’Anac in materia di responsabile unico del procedimento, criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e servizi di architettura ed ingegneria (parere della Commissione speciale 2 agosto 2016, n. 1767, in www.giustizia-amministrativa.it) o quello sugli affidamenti sotto soglia (Cons. Stato, Commissione speciale, 13 settembre 2016, n. 1903, in www.giustamm.it, n. 9/2016).

anche se l'ANAC dispone di ulteriori e ampi poteri rispetto a quelli regolatori – li si può ricondurre alla categoria degli atti non regolamentari in senso proprio ma amministrativi generali, appunto, “di regolazione”¹⁸⁵.

Quella di “atti di regolazione” è invero una non definizione, dal momento che la regolazione amministrativa – lo si è ricordato poc'anzi – indica anche la funzione complessiva assegnata ad una Autorità indipendente che si realizza attraverso l'esercizio di poteri normativi e di poteri di carattere amministrativo, repressivi e di attuazione contenziosa¹⁸⁶.

Va, peraltro, evidenziato che la tesi che nega la potestà normativa in capo alle Autorità amministrative indipendenti appare smentita dal dato normativo, risulta sconfessata dallo stesso Consiglio di Stato ed appare sprovvista di un solido fondamento scientifico¹⁸⁷.

Su un piano più generale, ma è solo l'esempio più rilevante, va ricordata la l. 28 dicembre 2005, n. 262, sulla tutela del risparmio, la quale prevede espressamente gli atti «aventi natura regolamentare» della Banca d'Italia, della Consob, dell'Isvap e della Covip, distinguendoli da quelli aventi contenuto generale¹⁸⁸, ma assoggettandoli alla medesima disciplina. Con questa legge è stato per la prima volta stabilito che i provvedimenti aventi carattere regolamentare o comunque contenuto generale, oltre che appropriatamente motivati, devono essere accompagnati da una relazione che illustri le conseguenze della regolamentazione, istituzionalizzando in tal modo l'analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.)¹⁸⁹.

¹⁸⁵ In argomento v. S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, cit., 217 ss.; N. MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, cit., 87 ss.; P. BILANCIA, *Attività normativa delle Autorità indipendenti e sistema della fonti*, cit., 148 ss.; M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, cit., 588 ss.; M. MORISI, *Verso una democrazia delle politiche? Un'angolazione politologica per le autorità “indipendenti?” in Italia*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, I, Milano, 1997, 40; F. MERUSI, *Eguaglianza e legalità nelle autorità amministrative indipendenti*, cit., 11 ss.

¹⁸⁶ Sul valore, anche regolamentare, degli atti dell'ANAC, cfr. G. MORBIDELLI, *Le linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, relazione al 62° Convegno di studi amministrativi, «L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione», Varenna (LC), 22–24 settembre 2016, in corso di pubblicazione.

¹⁸⁷ Sul fondamento del potere normativo delle Autorità indipendenti, si veda anche il successivo § 9.3.

¹⁸⁸ Incerta può rivelarsi in concreto la distinzione tra atto normativo e atto amministrativo generale, fondata sul carattere generale ed astratto delle disposizioni e sull'indeterminatezza dei destinatari. In proposito, Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9, in *Giur. cost.*, 2012, 2409, ha richiamato «l'elaborazione giurisprudenziale che ormai da tempo utilizza, proprio al fine di distinguere tra atto normativo e atto amministrativo generale, il requisito della indeterminabilità dei destinatari, rilevando che è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti».

¹⁸⁹ Non sembra inutile ricordare che la finalità dell'AIR è quella di consentire al soggetto regolatore di valutare gli effetti attesi dell'intervento “regolatorio”, per orientare l'esercizio della propria discrezionalità tecnica al perseguimento degli obiettivi assegnati. La giurisprudenza si è concentrata nel verificare i casi di necessità dell'AIR e l'illegittimità di un'eventuale mancanza, rilevando, a tale proposito, che l'art. 12, comma 1, l. 29 luglio 2003, n. 229 (che obbliga le autorità indipendenti a sottoporre le proprie misure normative a preventiva AIR) non impone la sistematica sottoposizione all'analisi di tutte le determinazioni, ma reca un mero criterio metodologico: l'analisi

In tale contesto il sistema delle fonti a livello secondario si presenta come un sistema «aperto»: è rimesso alla legge, che può stabilire specie e modelli di atti normativi. Né il quadro è stato mutato dal nuovo art. 117 Cost., né, ancor meno, in precedenza, dalla l. n. 400/1988, in ordine alla potestà regolamentare del Governo, della quale si è pretesa la natura rafforzata¹⁹⁰.

9.3. La posizione del Consiglio di Stato: la giustificazione dell'esercizio di poteri regolatori nelle estese garanzie partecipative. Il riconoscimento del potere regolamentare dell'ANAC con riferimento al rilascio di pareri di «precontenzioso» ex art. 211, comma 1, del Codice dei contratti pubblici e la loro impugnabilità.

La questione della potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti è stata, poi, affrontata in modo del tutto appropriato dalla giurisprudenza amministrativa (per la prima volta, in un parere riguardante l'ISVAP¹⁹¹), la quale ha, da tempo, superato le maggiori difficoltà in ordine alla configurabilità di funzioni normative in capo alle Autorità amministrative indipendenti; difficoltà che ruotavano attorno alla considerazione che difficilmente poteva ammettersi l'attribuzione di un vero e proprio potere normativo a soggetti estranei al circuito della responsabilità e della legittimazione democratica, quali appunto le Autorità indipendenti. Tale orientamento giurisprudenziale ha, in particolare, riconosciuto la possibilità di compensare il *deficit* di legittimazione formale attraverso l'incremento della legittimazione

d'impatto è doverosa per l'autorità laddove viene adottata una misura regolamentare rientrante nella discrezionalità dell'autorità. Ciò vuol dire che l'AIR non è un ulteriore adempimento da aggiungere all'ordinario *iter* procedimentale, la cui mancanza possa determinare di per sé l'illegittimità del provvedimento adottato (v. Tar Lombardia, Milano, sez. II, 3 luglio 2014, n. 1729, in www.giustizia-amministrativa.it). Tuttavia, in diversi pareri, il Consiglio Stato, pur confermando che la mancanza dell'AIR a corredo di uno schema di regolamento non configura un vizio di forma, ha sottolineato che tale analisi potrebbe fornire un supporto analitico esplicativo ampio e approfondito, invitando *pro futuro*, al rispetto dell'obbligo di adeguarsi a quanto prescritto in merito all'AIR e all'analisi tecnico-normativa. I più recenti indirizzi giurisprudenziali sono contenuti in due pareri resi dal giudice amministrativo sull'utilizzo dell'AIR da parte dell'Esecutivo. Ci si riferisce a Cons. Stato, sez. cons. atti norm., 15 gennaio 2014, n. 128, in www.giustizia-amministrativa.it, ove il Massimo giudice amministrativo ha espresso parere favorevole sullo schema di regolamento in materia di cooperazione con gli Stati esteri, relativo ai materiali di armamento prodotti dall'industria nazionale, rilevando che l'Amministrazione ha correttamente omesso la preventiva acquisizione dell'analisi dell'impatto, poiché la misura regolatoria atteneva alla sicurezza dello Stato, materia espressamente esclusa dalla disciplina AIR. In un secondo parere (Cons. Stato, sez. cons. atti norm., 12 febbraio 2015, n. 479, in www.giustizia-amministrativa.it) sullo schema di regolamento relativo alla liquidazione del TFR come parte integrante della retribuzione, il giudice amministrativo ha ricordato una serie di studi effettuati, in sede parlamentare, per misurare l'impatto di tale normativa in termini macroeconomici e ha osservato come i dati utilizzati dal Governo nell'AIR siano coerenti con queste misurazioni. In argomento v. anche Cons. Stato, sez. cons. atti norm., 9 maggio 2013, n. 2504; Id., 25 luglio 2013, n. 3850; Id., 25 settembre 2013, n. 4230, tutte reperibili in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁹⁰ Così, ad es., il Consiglio di Stato ha esattamente ritenuto che «ai fini, quindi, della individuazione della natura dell'atto, non operando un principio di tipicità delle fonti, con riferimento agli atti di formazione secondaria, deve soccorrere una indagine di tipo sostanzialistico (secondo la metodologia costantemente utilizzata anche dalla Corte costituzionale)»: Cons. Stato, sez. IV, 8 maggio 2012, n. 2674, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁹¹ Si tratta del parere Cons. Stato, sez. atti norm., 25 febbraio 2005, n. 11603, in www.giustizia-amministrativa.it.

sostanziale, derivante dalle estese garanzie offerte dal contraddittorio¹⁹². Più recentemente, i giudici amministrativi hanno approfondito la questione, confermando la tesi secondo cui l'esercizio di poteri regolatori da parte delle Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri, e quindi fuori dal circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost., è giustificato in base all'esistenza di un ampio procedimento partecipativo, sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative¹⁹³.

Del resto, sarebbe inimmaginabile che l'attività di regolazione, in assenza di un sistema completo di regole di comportamento fissate dal legislatore, possa avvenire senza la necessaria partecipazione dei soggetti interessati, soprattutto ove vengano introdotte disposizioni di attuazione innovative rispetto alle previsioni legislative¹⁹⁴.

Nel caso di specie, occorre tenere presente che le c.d. linee guida "vincolanti" dell'ANAC, principalmente previste agli artt. 83 e 84 del Codice, definiscono il sistema di qualificazione delle imprese, i requisiti di partecipazione alle procedure, il regime delle SOA. Limitano e condizionano l'accesso al mercato degli appalti pubblici e conseguentemente l'esercizio del diritto di impresa. Evidente ne è, pertanto, la portata normativa.

Ciò è stato riconosciuto dallo stesso Consiglio di Stato, che, pur avendo qualificato tali atti come «atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, di regolazione»¹⁹⁵, proprio in ragione del carattere normativo delle discipline affidate all'ANAC dagli artt. 83 e 84 citati, ne ha suggerito l'adozione con decreti ministeriali su proposta dell'ANAC.

D'altro canto, il fondamento del potere regolamentare esercitato dall'ANAC in questa materia è stato riconosciuto dal Consiglio di Stato¹⁹⁶ anche con riferimento allo schema di regolamento ANAC per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del Codice, su cui *infra*¹⁹⁷. Questo

¹⁹² V., ad es., Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, in *Giur. it.*, 2007, 1811.

¹⁹³ Cfr., in tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, 2 marzo 2010, n. 1215, in *Foro amm. – CDS*, 2011, 281 ss., con nota di I. PIAZZA, *Sul rapporto tra principi e regole nella disciplina dei procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*; Id., sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521, *ivi*, 2012, 1284; Id., sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874, in *Foro amm.*, 2014, 2565; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 17 ottobre 2013, n. 2310, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁹⁴ Cfr., ad es., in giurisprudenza, Tar Lombardia, Milano, sez. II, 19 febbraio 2015, n. 509, in www.giustizia-amministrativa.it; e, in dottrina, M. FILICE, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle Autorità indipendenti*, cit., 561 ss.

¹⁹⁵ Cons. Stato, comm. spec., parere n. 855/2016, cit.

¹⁹⁶ V. Cons. Stato, comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1920 (pubblicato in *G.U.*, Serie Generale, n. 245 del 19 ottobre 2016), secondo cui alle Autorità indipendenti in generale, e a quelle di regolazione nello specifico, il potere regolamentare spetta quale corollario delle attribuzioni loro riconosciute dalla legge; potere strettamente connesso all'elemento di indipendenza che le connota e che consente loro di esercitare direttamente i compiti di regolazione e controllo dei settori alla cui salvaguardia sono preposte (nel medesimo senso v. il parere Cons. St., comm. spec., 28 dicembre 2016, n. 2777, sullo schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici, consultabile in www.giustizia-amministrativa.it).

¹⁹⁷ Si veda, *infra*, il § 10.

inquadramento consente, inoltre, l'applicabilità alle linee guida a carattere vincolante dell'ANAC delle garanzie partecipative e di qualità della regolazione, giustamente sottolineate dal Consiglio di Stato, che valgono sia per i regolamenti che per gli atti generali delle Autorità indipendenti¹⁹⁸.

Con riguardo alle linee guida dell'ANAC, la soggezione alla tutela giurisdizionale è stata, peraltro, espressamente prevista all'art. 213, comma 2, del Codice dei contratti (disposizione ripresa dall'art. 211 dello stesso Codice per gli strumenti di precontenzioso e, più in generale, per la totalità degli atti dell'ANAC dall'art. 120, comma 1, c.p.a., cit.), anche se la precisazione ha suscitato forti critiche da parte di chi ha denunciato la gravità del fatto «che vi sia stata la necessità di ribadire con legge ordinaria un principio assolutamente imprescindibile»¹⁹⁹.

10. Il nuovo sistema del precontenzioso dinanzi all'ANAC: i pareri «vincolanti» (art. 211, comma 1, d.lgs. n. 50/2016). La particolare disciplina del «Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50». La portata meramente «interpretativa» e non vincolante dell'istanza singola. L'efficacia vincolante dell'istanza presentata congiuntamente dalla stazione appaltante e da una o più parti interessate ed avente ad oggetto la legittimità di un provvedimento amministrativo già adottato: sua equiparazione ad una decisione amministrativa assunta all'esito di un procedimento amministrativo di carattere giustiziale.

Accanto ai poteri di regolazione, come già anticipato, il nuovo Codice degli appalti ha profondamente innovato il sistema del precontenzioso dinanzi all'ANAC, sviluppando e perfezionando il procedimento per il rilascio dei pareri su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara (art. 211,

¹⁹⁸ In questo senso, la giurisprudenza ha specificato che le garanzie partecipative devono essere assicurate non solo in astratto, bensì in concreto, con la conseguenza che ogni qualvolta l'interessato sia stato informato dell'esistenza di un procedimento diretto a incidere sulla propria sfera giuridica, deve essere messo realmente in condizione rappresentare le proprie deduzioni (cfr., ad es., Tar Lombardia, Milano, sez. III, 2 aprile 2014, n. 864, in *Foro amm.*, 2014, 1172). È stato, inoltre, sottolineato che il provvedimento finale deve contenere nella motivazione un'articolata valutazione delle risultanze istruttorie emerse nel corso della consultazione (così Cons. Stato, sez. III, 12 aprile 2013, n. 2009, in www.giustizia-amministrativa.it); osservando, al contempo, che la mancata condivisione di alcune scelte compiute dall'Autorità da parte di taluni operatori, non implica di per sé l'illegittimità della determinazione finale, posto che la partecipazione è finalizzata a migliorare la comprensione delle esigenze da parte dell'Autorità, ma non pone in capo a quest'ultima un obbligo di accoglimento delle osservazioni e neppure di specifica confutazione di ogni ognuna di esse (in questo senso Tar Lombardia, Milano, sez. II, 13 maggio 2014, n. 1245, in www.giustizia-amministrativa.it).

¹⁹⁹ Cfr., in tal senso, M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, cit., 7, la quale ritiene, comunque, positiva la circostanza che l'ambito oggettivo delle linee guida vincolanti dell'ANAC, molto ampio nei progetti iniziali, sia stato progressivamente ridotto ed, altresì, che il Presidente Cantone abbia dichiarato in varie sedi che le linee guida saranno comunque sottoposte ai pareri del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari; «forse, però – sottolinea l'Autrice – era opportuno chiarirlo dall'inizio e, questa volta sì, con legge e non declamare come uno dei pretesi vantaggi delle linee guida la loro più agevole modificabilità».

comma 1). Come si dirà meglio, il Codice aveva anche introdotto (art. 211, comma 2) una nuova forma di “controllo collaborativo” dell’Autorità, incentrato sul potere di adottare atti di “raccomandazione vincolante”, finalizzati al ripristino della legalità violata, attraverso l’esercizio della autotutela obbligatoria delle stazioni appaltanti²⁰⁰, abrogato però dal correttivo (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56).

Per quanto concerne la prima fattispecie, la novità più rilevante è rappresentata senz’altro dall’introduzione del c.d. parere facoltativo “vincolante”, che rappresenta un’assoluta novità nel contesto del nostro sistema di diritto amministrativo. Mentre, infatti, il previgente art. 6, comma 7, lett. n), del Codice degli appalti del 2006 contemplava semplicemente un parere «non vincolante» relativamente a questioni insorte in sede di gara, oggi l’art. 211, comma 1, del nuovo Codice prevede espressamente la possibilità per l’ANAC di esprimere un parere «vincolante» (da rendersi entro 30 giorni dalla ricezione della relativa richiesta), stabilendo, inoltre, che le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito debbano attenersi a quanto in esso stabilito²⁰¹.

La normativa primaria fornisce poche indicazioni al riguardo, limitandosi a specificare che il parere deve essere reso «entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta» (art. 211, d.lgs. n. 50/2016). La (scarna) disciplina legislativa è integrata dal «Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all’art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50»²⁰².

Il regolamento citato, pone a carico delle parti istanti un onere comunicativo della presentazione dell’istanza²⁰³, ma la vera e propria comunicazione di avvio del procedimento precontenzioso è subordinata al superamento di un vaglio preliminare di ammissibilità e procedibilità dell’istanza²⁰⁴.

Quando l’istanza è presentata singolarmente, il parere reso è da intendersi non vincolante, salva la possibilità, per il soggetto richiedente, di manifestare comunque la volontà di attenersi a quanto stabilito nel parere²⁰⁵. In tale caso, laddove le altre parti aderiscano all’istanza nei dieci giorni successivi alla relativa

²⁰⁰ Nel medesimo senso M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, cit., 39.

²⁰¹ Va ricordato, per completezza, che l’art. 211 del d.lgs. n. 50/2016 costituisce l’attuazione dell’impegnativo criterio della legge delega di cui alla prima parte della lettera aaa) («razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto»).

²⁰² Il regolamento, superato – con osservazioni – il vaglio consultivo del Consiglio di Stato (parere 14 settembre 2016, n. 1920), è stato pubblicato in *G.U.*, Serie Generale, n. 245 del 19 ottobre 2016.

²⁰³ Artt. 3, comma 2, e 4, comma 2, del regolamento cit.

²⁰⁴ Nello specifico, l’avvio del procedimento di emanazione del parere è rimesso all’iniziativa di parte (è dunque facoltativo) e può essere avviato dalla stazione appaltante, da una o più parti interessate, nonché dai soggetti portatori di interessi collettivi costituiti in associazioni o comitati²⁰⁴. Il procedimento prende avvio con la formulazione di una apposita istanza avente ad oggetto «questioni controverse» insorte «durante lo svolgimento delle procedure di gara». La stessa parte istante è tenuta a comunicare la propria iniziativa a tutti i soggetti interessati alla soluzione della questione controversa che vi sottende: v. l’art. 2 nonché gli artt. 3, comma 2, e 4, comma 2, del regolamento cit.

²⁰⁵ Art. 3, comma 3, del regolamento.

ricezione, il parere assume efficacia vincolante. Nel caso in cui l'istanza sia presentata congiuntamente dalla stazione appaltante e da una o più parti interessate, con espresso impegno ad attenersi a quanto stabilito nel parere, quest'ultimo assume efficacia vincolante per le parti che vi hanno acconsentito²⁰⁶. Anche in tale ipotesi il regolamento prevede la comunicazione dell'iniziativa agli altri soggetti interessati, con conseguente legittimazione di questi ultimi ad adesioni successive ed estensione dell'efficacia vincolante²⁰⁷.

Dalla riferita disciplina è possibile ricostruire le caratteristiche principali dell'istituto *de quo*.

Su un piano più generale, occorre premettere che in seno alle predette disposizioni convivono due istituti con funzione diversa, a seconda che l'istanza di parere sia formulata singolarmente da una delle parti, a meri fini interpretativi o che, all'opposto, il coinvolgimento dell'Autorità avvenga a valle dell'adozione di un provvedimento amministrativo potenzialmente impugnabile innanzi al g.a., riguardo al quale sia sorta una "questione" di cui le parti decidono, in prima battuta, di investire l'ANAC.

Nel primo caso, come rilevato da autorevoli commentatori, appare ragionevole ritenere che il parere ANAC assuma connotati "interpretativi", in quanto, in tal caso, l'intervento dell'Autorità si traduce in uno strumento di indirizzo dell'azione amministrativa, che risolve in via preventiva, nelle more del procedimento, questioni interpretative sorte nel corso della procedura di gara²⁰⁸. In tale ipotesi, il parere

²⁰⁶ Art. 4, comma 1, del regolamento.

²⁰⁷ Art. 4, comma 3, cit. Va poi ricordato che l'istanza di avvio del procedimento precontenzioso è soggetta a specifici requisiti formali e sostanziali: sotto il primo profilo, deve essere redatta seguendo il modulo predisposto dall'Autorità, trasmessa tramite pec e completa di eventuale memoria e documentazione. Sempre sotto il profilo formale, rappresenta condizione di ammissibilità dell'istanza stessa la sua sottoscrizione da parte del soggetto legittimato ad esprimere all'esterno la volontà del soggetto richiedente [art. 6, lett. *b*), regolamento]. Dal punto di vista sostanziale, l'istanza deve, inoltre, contenere una succinta indicazione degli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini della decisione e illustrare i quesiti di diritto per i quali è richiesto il parere (artt. 3 e 4 del regolamento). Aggiungasi che la richiesta di parere è soggetta ad una serie di condizioni di ammissibilità: alcune, dirette a garantire che l'istanza sia sorretta da un interesse concreto e attuale (come quelle che prevedono l'inammissibilità delle istanze «in assenza di una questione controversa insorta tra le parti interessate»; «manifestamente mancanti di un interesse concreto al conseguimento del parere» e «volte ad un controllo generalizzato dei procedimenti di gara delle amministrazioni aggiudicatrici»; altre, a scongiurare istanze prive del requisito della specificità: v. art. 6, comma 1, lett. *a-e*), del regolamento cit.

²⁰⁸ Per l'affermazione che l'istituto in esame possa assumere, al contempo, funzioni propriamente consultive e la funzione di dirimere controversie insorte su atti già adottati E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016, 873 ss., in cui, con riferimento all'operatività della disposizione, si afferma che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 211, comma 1, «tutti i momenti procedurali: dagli atti di avvio all'ammissione-esclusione, dalle operazioni di apertura e valutazione delle offerte all'aggiudicazione e anche quando si concluda il procedimento e si discuta della legittimità dell'intervenuta aggiudicazione o della verifica dei requisiti. Resta, però, esclusa dall'ambito della norma, la successiva fase di esecuzione». Sembra condividere la lettura secondo la quale il precontenzioso possa avere ad oggetto atti amministrativi già adottati M. DELSIGNORE, *Gli istituti del precontenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 758; F. APERIO BELLA, *Il nuovo parere precontenzioso vincolante ANAC*, cit. 10 ss.; ID., *L'attività consultiva dell'ANAC in materia di contratti pubblici*, cit., 827 ss. *Contra* G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo Codice dei contratti pubblici*:

si colloca nel quadro della più ampia funzione di interpretazione normativa e di consulenza su questioni giuridiche generali e particolari attribuita all’Autorità, che è venuta sempre più sviluppandosi a fianco, e ad opportuna integrazione, dei poteri di vigilanza, di segnalazione e di sanzione nel settore della contrattualistica pubblica²⁰⁹.

Diverso è il caso in cui il parere abbia oggetto la legittimità di un provvedimento amministrativo già adottato²¹⁰: in questa ipotesi, lo strumento si avvicina sensibilmente, sul piano funzionale, ad un “giudizio” in quanto l’Autorità pone in essere un’attività squisitamente “giustiziale”, diversa da quella c.d. di *adjudication*, che, pur svolgendosi in forme contenziose, non dirime un conflitto, ma è rivolta a verificare la riconducibilità dei singoli casi concreti alle ipotesi contemplate dal legislatore²¹¹. In tali casi, la pronuncia dell’ANAC, pur avendo la forma di parere, rappresenta, nella sostanza, una decisione amministrativa²¹², 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 concreto²¹³.

alcune riflessioni critiche, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016, che ritiene opportuno scartare l’opzione esegetica condivisa dalla dottrina appena citata, auspicando un intervento dell’ANAC sul punto.

²⁰⁹ Sulla disciplina applicabile a tale intervento consultivo dell’Autorità cfr. F. APERIO BELLA, *L’attività consultiva dell’ANAC in materia di contratti pubblici*, cit., 836 ss.

²¹⁰ Si veda l’eloquente riferimento ai «vizi dell’atto contestato» agli artt. 3, comma 4, e 4, comma 4, del regolamento cit., che descrivono il contenuto delle istanze singola e congiunta di parere).

²¹¹ Basti pensare, per rimanere nel campo delle Autorità Amministrative Indipendenti, all’attività dell’AGCM che, nel sanzionare le condotte anticoncorrenziali, valuta il comportamento degli operatori per sussumerlo, di volta in volta, nelle ipotesi di abuso di posizione dominante, intesa ecc.

²¹² Nonostante la normativa di riferimento utilizzi esclusivamente la locuzione “parere” e tutti i riferimenti alla locuzione “decisione” siano stati espunti dal regolamento su indicazione del Consiglio di Stato, allo scopo di «evitare qualsiasi commistione con le decisioni giurisdizionali», la ricostruzione proposta nel testo appare obbligata dalle caratteristiche dell’istituto. Del resto, in più occasioni, è stata confermata la correttezza del metodo che, ai fini della qualificazione giuridica di un atto amministrativo, faccia riferimento «non all’aspetto nominalistico ma a quello sostanziale» (espressamente in tal senso R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017 e già ed. 2006, 628). Per la verifica della ricorrenza dei caratteri tipici della decisione amministrativa all’istituto *de quo* v., più recentemente, F. APERIO BELLA, *Il nuovo parere precontenzioso vincolante ANAC*, cit., 17 ss. Con riferimento alle tecniche di identificazione e interpretazione del provvedimento amministrativo si vedano i fondamentali lavori di M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953; E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, 268 ss.; ID., *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 810 ss., oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, 499 ss.; A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, 524 ss.

²¹³ Tale qualificazione è suggerita, da un lato, dalla funzione assolta dall’istituto; dall’altro, dal procedimento che ne regola l’emanazione. Sotto il primo profilo, il parere vincolante non interpretativo ha natura giustiziale in quanto mira a risolvere una “controversia” sorta tra le parti su un provvedimento amministrativo già emanato. La dottrina ha distinto i procedimenti giustiziali da quelli sfocianti in atti di amministrazione attiva, ma caratterizzati da una fase contenziosa, in quanto mentre in tali ultimi procedimenti i conflitti di interessi vengono risolti in una fase anteriore all’emanazione dell’atto amministrativo e in funzione (garantistica, sì, ma) non giustiziale, nei rimedi amministrativi giustiziali essi vengono risolti quando un atto amministrativo è stato già emanato e in funzione della sua caducazione o modifica a fini giustiziali (A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 15° ed., 1989, II, 1204). Il parere precontenzioso vincolante non interpretativo rientra in tale ultima categoria per ciò che può dirsi

Un'ulteriore importante precisazione deve essere fatta con riguardo alla portata vincolante o non vincolante del parere in esame.

L'art. 211 d.lgs. n. 50/2016 disciplina il parere emanato «su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti» e reca riferimento espresso al solo parere vincolante. Il regolamento, invece, distingue espressamente tra il parere vincolante, reso su istanza congiunta o per adesione successiva, quando l'istanza è proposta «dalla stazione appaltante e da una o più parti interessate e le parti esprimono la volontà di attenersi a quanto sarà stabilito nel parere di precontenzioso»²¹⁴, e quello reso su istanza singola della stazione appaltante o di una parte interessata, «da intendersi non vincolante»²¹⁵. Il mantenimento di una forma di parere non vincolante – già previsto nel Codice del 2006²¹⁶ – da parte della normativa secondaria non sembra porsi *contra legem*, potendo trovare appiglio nell'inciso «Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito»²¹⁷. In altri termini, la normativa primaria, nel ricondurre l'effetto vincolante al previo consenso «delle parti» e non della singola parte, legittimerebbe la disposizione regolamentare lasciando spazio all'ipotesi di parere di precontenzioso non vincolante²¹⁸.

rivolto alla soluzione di una “questione” relativa a un provvedimento già emanato. Sotto il profilo strutturale, il procedimento che conduce all'emanazione del parere non raggiunge la completezza del contraddittorio processuale (in disparte le peculiarità del soggetto decidente, la procedura *de qua* non corrisponde allo stilema processuale, difettando della pubblicità degli atti e delle udienze, della garanzia che di ogni attività rimanga traccia, della facoltà di rappresentanza o assistenza e dell'applicazione dei principi di lealtà e probità dei partecipanti: E. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 819 ss.); e proprio l'assenza di siffatte garanzie esclude che la procedura che conduce all'emanazione del parere possa qualificarsi come processo, confermando la natura di decisione amministrativa del provvedimento finale.

²¹⁴ Art. 4 del regolamento cit.

²¹⁵ Art. 3 del regolamento cit.

²¹⁶ V. l'art. 6, comma 7, lett. n), d.lgs. n. 163/2006.

²¹⁷ Art. 211 cit.

²¹⁸ Ciò porta, dunque, a concludere che residuerebbe un margine operativo per il parere non vincolante nel caso di: istanze singole di precontenzioso o istanze congiunte prive del previo consenso delle parti ad attenersi a quanto stabilito dall'ANAC. Come rilevato anche da altri (F. APERIO BELLA, *Gli “organi di ricorso” in materia di affidamento di contratti pubblici nell'ordinamento italiano e tedesco: poteri decisori differenziati tra parere di precontenzioso ANAC e pronunce delle Vergabekammern*, cit., 21, potrebbe invece risultare *praeter legem* la specificazione regolamentare che l'istanza congiunta, per sfociare in un parere vincolante, debba sempre comprendere l'iniziativa della stazione appaltante (oltre a quella di almeno una delle parti interessate). In tal senso, depone il chiaro tenore del già citato art. 4 del regolamento, che utilizza significativamente la locuzione «e» nel disporre che «Quando l'istanza è presentata congiuntamente dalla stazione appaltante e da una o più parti interessate e le parti esprimono la volontà di attenersi a quanto sarà stabilito nel parere di precontenzioso, il parere stesso è vincolante per le parti che vi hanno acconsentito» (interpretava la locuzione «e» utilizzata dal regolamento previgente nel senso che l'istanza congiunta dovesse sempre comprendere la stazione appaltante già R. DE NICTOLIS, *La definizione precontenziosa davanti all'Autorità di vigilanza*, cit., 3751). La volontà del regolatore di collegare l'efficacia vincolante del parere alla presentazione di un'istanza congiunta che comprenda sempre la stazione appaltante non sembra, però trovare riscontro all'art. 3, comma 3, del regolamento. La disposizione appena citata, per la sua genericità, sembrerebbe piuttosto lasciare spazio a un parere vincolante reso su istanza congiunta di parti diverse dalla stazione appaltante, prevedendo che «Qualora l'istante abbia manifestato la volontà di attenersi a quanto stabilito nel parere, le altre parti possono aderirvi, tramite comunicazione del proprio assenso all'Autorità, entro il termine di 10 giorni dalla

11. La raccomandazione “vincolante” e la sua funzione complementare rispetto al parere di precontenzioso. L’abrogazione del comma 2 ad opera del decreto correttivo e la nuova legittimazione processuale dell’ANAC ex comma 1-bis introdotto dal d.l. 24 aprile 2017, n. 50 (conv. in l. 21 giugno 2017, n. 96). I dubbi circa l’effettiva funzionalità ed efficacia del nuovo istituto; la sua riconducibilità sia alla vigilanza che ai mezzi deflattivi del contenzioso e la sua complementarità con il parere di precontenzioso nei casi in cui la questione sottoposta all’Autorità riguardi atti viziati da «gravi violazioni».

Come anticipato, la riforma del 2016 introduceva, all’art. 211, oltre al parere precontenzioso, altro istituto di natura e funzione differente: la raccomandazione vincolante, oggi abrogata²¹⁹.

Con specifico riferimento a tale istituto, il Codice stabiliva che l’ANAC, ove ritenesse sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara, invitasse mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni (art. 211, comma 2, d.lgs. n. 50/2016); prevedendo altresì sanzioni pecuniarie se l’Amministrazione non si fosse adeguata alla raccomandazione.

Pertanto, la raccomandazione vincolante assurgeva (*inter alia*) a strumento complementare al parere precontenzioso, diretto a garantirne l’esecuzione in caso di mancata intermediazione spontanea dell’attività di adeguamento della stazione appaltante (ferma per quest’ultima la facoltà di impugnare il parere in via giurisdizionale). In altri termini, la necessità di una “intermediazione” dell’attività di adeguamento della p.A. aveva indotto il legislatore a escogitare una soluzione bifasica: rimasta inadempita (e inoppugnata) la decisione vincolante resa in sede precontenziosa, la raccomandazione poteva intervenire quale “mezzo” per ottenerne l’esecuzione²²⁰.

ricezione della comunicazione di avvenuta presentazione dell’istanza. In tal caso il parere reso ha efficacia vincolante per le parti che vi hanno aderito». Per garantire coerenza con l’intento manifestato dalla stessa Autorità e ribadito dal Consiglio di Stato all’atto di suggerire la riformulazione della disposizione regolamentare (Cons. Stato, comm. spec., n. 1920/2016, cit.), tale ultima disposizione dovrebbe comunque essere interpretata nel senso che l’efficacia vincolante del parere può esplicarsi solo quando sia la stazione appaltante a proporre istanza singola cui successivamente aderisca almeno un interessato o, all’inverso, la stessa stazione appaltante aderisca *ex post* all’istanza di almeno un interessato.

²¹⁹ Il comma 2 dell’art. 211 del Codice dei contratti pubblici, recante la disciplina della raccomandazione vincolante, è stato, infatti, abrogato dall’articolo 123, comma 1, lettera *b*), del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

²²⁰ Invero, il legislatore, e in termini ancor più chiari il regolamento ANAC che disciplinava la raccomandazione vincolante («Regolamento sull’esercizio dell’attività di vigilanza in materia di contratti pubblici», in G.U., Serie Generale, n. 91 del 19 aprile 2017), da intendersi implicitamente abrogato *in parte qua*, hanno riconosciuto una connessione tra i due istituti: una delle ipotesi in cui il potere ufficio di vigilanza dell’Autorità doveva attivarsi (per poi sfociare in una raccomandazione vincolante con attivazione, in caso di violazione, delle sanzioni all’uopo previste), era proprio quella del mancato adeguamento della stazione appaltante al parere di precontenzioso vincolante [art. 4, comma 2, lett *b*), regolamento sulla vigilanza, cit.]. Condividono questa lettura M. DELSIGNORE, *Gli istituti del precontenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 762 e F. APERIO BELLA, *Gli “organi di ricorso” sull’affidamento di contratti pubblici tra diritto UE e pratiche nazionali: la Vergabekammer e il parere precontenzioso ANAC*, cit., 22.

Il Consiglio di Stato, in tre suoi pareri – quello sullo schema di Codice²²¹, quello sul regolamento di vigilanza dell'ANAC²²² e quello sul decreto correttivo²²³ –, aveva invero evidenziato le criticità dell'istituto suggerendone non già la radicale abrogazione, ma la sostituzione con altri meccanismi che assicurassero in modo efficace l'obiettivo perseguito senza incorrere in dubbi di eccesso di delega e di costituzionalità²²⁴. Si era così suggerito di sostituire le raccomandazioni vincolanti con lo strumento della “vigilanza dinamica” mediante potere di impugnazione, in capo all'ANAC, dei provvedimenti illegittimi delle stazioni appaltanti, analogamente a quanto previsto dall'art. 21-*bis*, l. 10 ottobre 1990, n. 287 per l'AGCM. Si era anche proposto di rafforzare il potere dell'ANAC, attribuendole il potere di autotutela sostitutiva, indicando che occorreva però una legge, essendo tale istituto estraneo alla delega.

Il correttivo ha tuttavia optato per l'abrogazione espressa *tout court* dell'istituto. In sede di conversione del d.l. 24 aprile 2017, n. 50²²⁵, all'art. 211 del Codice dei contratti pubblici, è stato, quindi, aggiunto il comma 1-*bis*, sostitutivo dell'abrogato comma 2, con cui viene recepito il suggerimento di creare un istituto analogo a quello previsto per l'AGCM, attribuendo così all'ANAC il potere di impugnare, previo parere motivato che invita l'Amministrazione ad emendare i vizi di legittimità, i provvedimenti amministrativi illegittimi²²⁶. 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.

Tale strumento può ascrivere sia alla vigilanza, sia ai mezzi deflattivi del contenzioso²²⁷. Il parere motivato, da un lato, serve a sollecitare la P.A. a rivedere quanto statuito, aderendo agli indirizzi dell'Autorità, se del caso anche esercitando una speciale autotutela giustificata dalla particolare rilevanza dell'interesse pubblico coinvolto. Dall'altro, mira a tutelare quest'ultimo anzitutto all'interno della stessa P.A., così da concepire il ricorso al giudice quale *extrema ratio* nella risoluzione del conflitto tra due soggetti pubblici.

²²¹ [Cons. Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855](#), in [www.giustizia-amministrativa.it](#).

²²² Cons. Stato, comm. spec., 28 dicembre 2016, n. 2777, in [www.giustizia-amministrativa.it](#).

²²³ Cons. Stato, comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782, in [www.giustizia-amministrativa.it](#).

²²⁴ Sulle diverse criticità dell'istituto, cfr. S. TUCCILLO, *Le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative. (Riflessioni a margine del Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici)*, in [www.federalismi.it](#), n. 6/2017.

²²⁵ Avvenuta con l. 21 giugno 2017, n. 96.

²²⁶ La nuova disposizione accoglie il suggerimento del Consiglio di Stato, che, nei pareri sopra citati, aveva proposto che l'ANAC fosse legittimata ad agire in giudizio avverso l'atto ritenuto illegittimo (come già consentito all'AGCM).

²²⁷ In questo senso V. DOMENICHELLI, *Il rito « speciale » in materia di contratti pubblici*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, II ed., in corso di pubblicazione.

Nondimeno, ora che l'istituto della raccomandazione “vincolante” è stato abrogato non resta che chiedersi se il medesimo ruolo di “tramite” potrà essere giocato dalla legittimazione straordinaria riconosciuta all’Autorità dai commi 1-*bis* – 1-*quater* dell’art. 211²²⁸.

In astratto, una complementarità tra l'istituto del precontenzioso e la legittimazione straordinaria sarebbe configurabile nei casi in cui la questione sottoposta all’Autorità in sede di parere riguardi i bandi, gli altri atti generali e i provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto cui si riferisce il comma 1-*bis*, ovvero provvedimenti viziati da «gravi violazioni» delle regole codicistiche, cui fa riferimento il comma 1-*ter*. In tali casi, a fronte del mancato adeguamento spontaneo della stazione appaltante, l’ANAC potrebbe impugnare direttamente innanzi al giudice amministrativo l’atto inizialmente sottoposto al suo vaglio precontenzioso nel caso di cui al comma 1-*bis*, oppure dovrebbe emettere un nuovo parere ai sensi del comma 1-*ter* per poi ricorrere al TAR nel caso in cui la stazione appaltante non si adegui spontaneamente neppure a tale secondo parere.

In tal modo, la fase precontenziosa costituisce un significativo strumento di deflazione del contenzioso, essendo ragionevole che il legislatore guardi con disfavore le situazioni in cui due soggetti pubblici si rivolgono direttamente e solo al giudice per la tutela di un interesse pubblico primario, comune ad entrambi²²⁹.

Tuttavia, solo l’emanazione del regolamento previsto dal riferito comma 1-*quater* e l’applicazione concreta dell’istituto potranno fornire maggiori certezze in merito alla effettiva funzionalità ed efficacia dello stesso.

12.1. Gli effetti conseguenti all’instaurazione di un procedimento precontenzioso: l’impegno «a non porre in essere atti pregiudizievoli [...] fino al rilascio del parere»; l’obbligo di adeguamento della stazione appaltante; l’esclusione di effetti caducatori.

Occorre ora soffermarsi sugli effetti conseguenti all’instaurazione di un procedimento precontenzioso nonché su quelli generati dal parere una volta adottato.

Quanto al primo profilo, l’instaurazione del procedimento di precontenzioso non ha effetti sospensivi (men che meno automatici) sulla procedura di gara. L’istanza introduttiva reca, tuttavia, sempre l’impegno «a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione fino al rilascio del

²²⁸ Analoghi interrogativi si pone F. APERIO BELLA, *Gli “organi di ricorso” sull’affidamento di contratti pubblici tra diritto UE e pratiche nazionali: la Vergabekammer e il parere precontenzioso ANAC*, cit., 22.

²²⁹ Cfr. V. DOMENICHELLI, *Il rito « speciale » in materia di contratti pubblici*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, II ed., Torino, 2018, in corso di pubblicazione.

parere»²³⁰. In particolare, quando l'istanza singola è proposta da una parte diversa dalla stazione appaltante, «con la comunicazione di avvio dell'istruttoria l'ANAC formula alla stazione appaltante l'invito a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione fino al rilascio del parere»²³¹.

Con specifico riferimento agli effetti del parere, esso, anche se vincolante, non consente all'ANAC di «adottare atti in luogo della stazione appaltante»²³², 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 obbligo²³³ della stazione appaltante di adeguarsi alla pronuncia dell'ANAC con l'esercizio di poteri di autotutela²³⁴.

La circostanza che il parere richieda l'intermediazione dell'esercizio del potere amministrativo per soddisfare l'interesse sostanziale in contesa, spinge ad escludere che la decisione, come pure autorevolmente sostenuto, possa assumere tutti «i connotati e i contenuti materiali di una sentenza di accoglimento»²³⁵. Così, per portare l'esempio classico del contenzioso di tipo impugnatorio, non sembra configurabile un parere con effetti caducatori. La soluzione sembra imposta dalla circostanza che i poteri

²³⁰ Artt. 3, comma 6, e 4, comma 6, del regolamento.

²³¹ Art. 3, comma 7, del regolamento.

²³² Nel medesimo senso E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, cit., 897.

²³³ Si veda in questo senso R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016, 5 ss., in cui si afferma che nei confronti della stazione appaltante «il vincolo implica, se l'ANAC ritiene che l'atto di gara sia illegittimo, un dovere di intervenire in autotutela; con la relativa procedura, che comporterà l'avviso a tutti i soggetti interessati e controinteressati, ivi compresi terzi che non sono vincolati dall'atto ANAC, con quel che ne consegue sul piano della sua impugnazione». Sul punto si veda anche M. LIPARI, *Il pre-contenzioso*, in *italiappalti.it*, 2016, che, da un lato, afferma «la necessaria (e problematica) mediazione dell'adeguamento doveroso imposto alla stazione appaltante, in caso di accoglimento della richiesta» (§ 16), dall'altro, ritiene preferibile «che la decisione possa assumere, senz'altro, i connotati e i contenuti materiali di una sentenza di accoglimento (analoghi a quelli della decisione del ricorso amministrativo)» (§ 22). Su tale aspetto si sofferma anche F. APERIO BELLA, *Gli "organi di ricorso" sull'affidamento di contratti pubblici tra diritto UE e pratiche nazionali: la Vergabekammer e il parere precontenzioso ANAC*, cit., 21, la quale ritiene la ricostruzione di Lipari non praticabile a normativa invariata.

²³⁴ Si tratterebbe di un'ipotesi di autotutela "doverosa" per la stazione appaltante che non voglia esporsi alla responsabilità di cui all'art. 21-*nonies*, comma 1, l. n. 241/1990. Peraltro, il dibattito sulla configurabilità di un'autotutela "doverosa" (su cui cfr. S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015) ha trovato nuovo vigore a seguito delle incisive modifiche apportate alla l. n. 241/1990 dalla c.d. riforma Madia e appare ancora lontano dal dirsi sopito; v. F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità* (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124), in www.federalismi.it, n. 20/2015; e, più in generale, con riferimento alla funzione amministrativa, S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016.

²³⁵ Per tale ricostruzione cfr. M. LIPARI, *Il pre-contenzioso*, cit., § 22. La conclusione suggerita nel testo sembra preferibile anche alla luce dei risultati raggiunti dalla dottrina in tema di poteri impliciti (G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, relazione al Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2007 su «*Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*», in Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2008, già in www.giustamm.it, 2007, 29).

dell’Autorità non sono cambiati a livello normativo, né è dato rinvenire un potere dell’ANAC di adeguare autoritativamente le situazioni da esse repute *contra legem*²³⁶.

La ricostruzione, oltre a fondarsi sul dato letterale, sembra avvalorata dalle considerazioni sopra esposte, sul ruolo di “tramite” in precedenza giocato dalla raccomandazione vincolante – ed ora dalla legittimazione straordinaria – ovvero come strumento complementare al parere di precontenzioso, diretto a garantirne l’esecuzione in caso di mancato adempimento spontaneo da parte della p.A.

12.2. (Segue) Il regime di impugnazione degli atti di precontenzioso e i problemi applicativi: la forma del rito; l’ambito e limiti dell’autotutela; i rimedi esperibili avverso l’inerzia dell’ANAC e della stazione appaltante.

Ulteriori criticità riguardano la disciplina dei pareri resi dall’ANAC.

Un primo aspetto problematico attiene alla possibilità di impugnare la determinazione “negativa”, con cui l’ANAC esclude la sussistenza di vizi della procedura. In tale ipotesi si dovrebbe, comunque, ammettere la possibilità di impugnazione da parte del soggetto interessato, in forza non solo della specifica disposizione dell’art. 211 del Codice dei contratti pubblici, cit., ma anche di quella più generale dell’art. 120, comma 1, c.p.a., cit., sulla impugnabilità dei provvedimenti dell’ANAC riferiti alle procedure di affidamento²³⁷.

Altra ipotesi critica è quella in cui, a fronte della sollecitazione svolta da un soggetto terzo, l’ANAC rimanga totalmente inerte, o, comunque, non concluda il procedimento nel termine eventualmente prescritto. Ferma restando la particolare natura dell’ANAC, caratterizzata dalla compresenza di funzioni regolatorie e di precontenzioso²³⁸, appare ipotizzabile una inerzia censurabile con lo specifico

²³⁶ La tesi suggerita sembra l’unica percorribile visti gli orientamenti affermatasi sul parere di precontenzioso durante la vigenza del Codice del 2006, secondo cui le statuizioni ivi contenute non hanno carattere imperativo in ragione del fatto che l’Autorità «da un lato [...] non è stata dotata del potere di modificare autoritativamente le situazioni da esse repute *contra legem*, mentre, dall’altro, le sanzioni amministrative pecuniarie previste dal cit. art. 6, comma 11, del d.lgs. n. 163/2006, attengono, per quanto qui interessa, esclusivamente alla violazione degli obblighi di collaborazione posti in capo alle stazioni appaltanti, agli operatori economici nonché alle persone fisiche che siano in possesso di “documenti, informazioni e chiarimenti relativamente ai lavori, servizi e forniture pubblici, in corso o da iniziare [...]”»: così TAR Lazio, Roma, sez. I, 21 febbraio 2012, n. 1730, in www.giustizia-amministrativa.it.

²³⁷ Secondo M. LIPARI, *op. ult. cit.*, 42, nel caso in esame, non sarebbe chiaro se trovi applicazione il rito di cui all’art. 120, o, piuttosto, il rito di cui all’art. 119 c.p.a. Al riguardo, pare di poter aderire all’opinione dottrinale (V. DOMENICHELLI, *Il rito « speciale » in materia di contratti pubblici*, cit.) che ritiene applicabile l’“ordinario” rito speciale di cui all’art. 120, cit., trattandosi di atti dell’ANAC, seppure negativi, ma pur sempre riferiti a procedure di affidamento di contratti relativi a pubblici lavori, servizi e forniture (e, come tali, rientranti nell’ambito di applicazione dell’art. 120, comma 1, cit.).

²³⁸ Sulle peculiari funzioni dell’ANAC, come detto, caratterizzate da una “commistione” tra potestà di regolazione e altri numerosi ed importanti poteri (di vigilanza, controllo, sanzionatori, di precontenzioso), v., ad es., G. SCIULLO, *L’alto commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione*, in L. VANDELLI (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, Milano,

procedimento in materia di silenzio, in quanto riferita ad un'Autorità che si configura, a tutti gli effetti, come amministrativa, come confermato anche dal regime di impugnazione dei relativi atti dinanzi al giudice amministrativo *ex art. 120, comma 1, cit.*²³⁹

Analogo rimedio potrà, ovviamente, essere azionato dal terzo, a fronte del persistente inadempimento della stazione appaltante che non si adegui al parere vincolante dell'ANAC divenuto inoppugnabile.

Un'altra ipotesi problematica riguarda il regime di impugnabilità degli atti con cui l'Amministrazione agisce in autotutela, in esecuzione del parere o della raccomandazione dell'ANAC. Invero, da un lato, la disposizione suscita non poche perplessità in ordine ai presupposti della determinazione adottata dall'ANAC, ponendo questioni analoghe a quelle emerse in riferimento ai poteri di azione nel processo

2009, 71 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, in *Il Libro dell'anno del diritto (2015)-Treccani.it* (http://www.treccani.it/enciclopedia/i-nuovi-poteri-dell-autorita-anticorruzione_%28Il-Libro-dell%27-anno-del-Diritto%29/); I. NICOTRA, *Le funzioni dell'ANAC tra cultura della trasparenza e prevenzione della corruzione*, cit., 72 ss.; G. ABBATINO, N. PARISI, *L'ANAC nel contesto delle relazioni internazionali*, in R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 141 ss.; F. PATERNITI, *La tutela preventiva dell'imparzialità della pubblica amministrazione nella nuova normativa anticorruzione*, cit., 91 ss.; F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in www.federalismi.it, n. 25/2016; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., 499 ss.

²³⁹ Per quanto concerne il rito applicabile alle controversie in esame, merita qualche cenno una questione di particolare rilievo, che ha riguardato specificatamente il riparto di giurisdizione in tema di sanzioni. Va, invero, ricordato che il legislatore delegato aveva introdotto nell'art. 133, comma 1, lett. *l*), c.p.a., un criterio di riparto che, per la prima volta, estendeva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a tutti i provvedimenti sanzionatori adottati dalle Autorità indipendenti. Sul punto è intervenuta la Corte cost. (20 giugno 2012, n. 162, in www.giurcost.org), reputando illegittimi, per violazione dell'art. 76 Cost., gli artt. 133, comma 1, lett. *l*), 135, comma 1, lett. *o*), e 134, comma 1, lett. *o*), c.p.a., nella parte in cui attribuivano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del Tar Lazio, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Consob. La delega abilitava il legislatore delegato a intervenire, oltre che sul processo amministrativo, anche sulle azioni e sulle funzioni del giudice amministrativo, ma sempre entro i limiti del riordino della normativa vigente e comunque in maniera rigorosamente funzionale al perseguimento delle finalità espresse dal legislatore delegante. Il legislatore delegato, attribuendo tali controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non aveva, invece, tenuto conto della precedente giurisprudenza della Corte costituzionale e delle sezioni unite della Corte di Cassazione, secondo cui la competenza giurisdizionale a riconoscere le opposizioni avverso le sanzioni inflitte dalla Consob spetta all'autorità giudiziaria ordinaria. Con la medesima pronuncia, la Corte ha reputato costituzionalmente illegittimo l'intero art. 4, comma 1, n. 19, dell'allegato n. 4, al c.p.a., nella parte in cui abrogava le disposizioni del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, che attribuivano alla Corte d'Appello la competenza funzionale in materia di sanzioni inflitte dalla Consob.

amministrativo attribuiti all'AGCM dall'art. 21-*bis* della l.n. 287/1990²⁴⁰; dall'altro, non è chiaro che tipo di autotutela debba esercitare l'Amministrazione, in rapporto all'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990²⁴¹.

La versione finale del Codice ha soppresso questo riferimento: il che induce a ritenere che la determinazione dell'Amministrazione dovrebbe configurarsi come meramente riproduttiva del parere dell'ANAC e, come tale, impugnabile essenzialmente per vizi di illegittimità derivata. Si tratterebbe, quindi, di una forma di autotutela "doverosa", ma non riconducibile, *in toto*, alla disciplina generale dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990. Una conferma in tal senso sembra potersi rinvenire nel citato regolamento ANAC sul procedimento di precontenzioso, che impone, in ogni caso, alle parti, anche quando non abbiano manifestato la volontà di attenersi al parere, di comunicare «all'Autorità - ufficio precontenzioso e affari giuridici - mediante PEC, entro 35 giorni dalla ricezione del parere, le proprie determinazioni conseguenti al parere» (ivi compresa la eventuale proposizione di ricorso avverso il parere ai sensi dell'art. 120 c.p.a.), prevedendo, nel caso di omissione o non veridicità delle comunicazioni, l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 213, comma 13, del Codice dei contratti pubblici²⁴².

Infine, altro delicato interrogativo riguarda le conseguenze della richiesta di intervento proposta dall'operatore economico che intenda contestare la procedura di gara e abbia lasciato trascorrere inutilmente il termine per la proposizione del ricorso principale o incidentale.

²⁴⁰ Sui cui v., *ex multis*, M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'Autorità Antitrust (art. 35 d.l. n. 201/2011)*, in federalismi.it, n. 24/2011; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990)*, *ivi*, n. 12/2012; R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere della legittimazione a ricorrere dell'AGCM*, *ivi*, n. 10/2012; R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della l. 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, *ivi*, n. 12/2012; M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, *ivi*, n. 12/2012; F. SATTA, *Intorno alla legittimazione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato a chiamare in giudizio pubbliche amministrazioni*, in www.apertacontrada.it, 2012; G. URBANO, *I nuovi poteri processuali delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1022 ss.; F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 471 ss.; N. PAOLANTONIO, *Gli interessi generali nel (e del) processo amministrativo. O del processo amministrativo tra contenuto soggettivo ed oggettivo*, in www.giustamm.it, n. 10/2013; V. DOMENICHELLI e G. ROMAGNOLI (a cura di), *I poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nei confronti delle P.A. e delle imprese*, Napoli, 2015.

²⁴¹ Analogo interrogativo si pone M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, cit., 43.

²⁴² V. l'art. 13 del regolamento cit.

13.1. Conclusioni. I tratti di atipicità dell'ANAC ed il delicato ruolo di sintesi tipicamente politica tra i diversi interessi pubblici potenzialmente confliggenti; l'attribuzione di poteri autonomi al Presidente ed il profilo emergenziale della figura in un ambito proprio dell'ordinamento giudiziario. Il ruolo di “tutore” del diritto U.E. in materia di appalti pubblici e la “copertura” euro-unitaria.

L'analisi fin qui svolta ha permesso di evidenziare il profilo assolutamente atipico, per meglio dire anomalo, dell'Autorità alla quale – sull'onda dell'“emergenza” corruzione – è stata attribuita un'ampissima responsabilità di carattere politico, da svolgere attraverso la ponderazione dell'interesse pubblico alla prevenzione della corruzione (di cui è depositaria) con l'interesse al buon funzionamento delle procedure relative ai contratti pubblici ed alla corretta esecuzione di essi, assicurando, al contempo, il principio euro-unitario di concorrenza. Che la materia sia di preminente responsabilità governativa emerge, del resto, dalle disposizioni che prevedono la sottoposizione delle linee guida ANAC al Parlamento²⁴³ nonché, nelle materie di cui agli artt. 83 e 84, al previo parere delle Commissioni parlamentari²⁴⁴. Si tratta di una anomalia particolarmente evidente con riguardo alla prevista condivisione della funzione con il Ministero (il c.d. modello “su proposta”), generalmente considerato «disfunzionale»²⁴⁵. A tali profili di “anomalia” sono riconducibili anche le disposizioni che prevedono l'«intesa» o l'«accordo» con l'ANAC²⁴⁶.

In estrema sintesi, i tratti salienti di forte “atipicità” dell'ANAC sono i seguenti: in primo luogo, l'Autorità ha assunto un ruolo preponderante in un settore tipico della responsabilità politico-governativa, quale non può non essere ritenuto quello della prevenzione e del contrasto – attraverso misure amministrative – alla corruzione. In secondo luogo, l'attribuzione di poteri autonomi al Presidente dell'Autorità²⁴⁷ ed il profilo emergenziale di questa figura delineato dalla normativa più recente risultano un po' stridenti con la tradizionale qualificazione di Autorità amministrativa indipendente²⁴⁸. Ancora, l'Autorità svolge la sua azione prevalente in materia di delitti contro la pubblica Amministrazione, tendendo a divenire detentrica di tutte le informazioni al riguardo, ovvero in un ambito proprio dell'ordine giudiziario, in un rapporto con questo che non risulta regolato²⁴⁹.

²⁴³ Ci si riferisce all'art. 213, comma 2, del Codice dei contratti.

²⁴⁴ Sul contenuto delle succitate disposizioni, v., *supra*, il § 9.3.

²⁴⁵ In tal senso N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, cit., 18.

²⁴⁶ V. l'art. 213, comma 3.

²⁴⁷ Mentre la collegialità è caratteristica delle autorità indipendenti preordinata a garantire imparzialità e ponderatezza delle decisioni, come rilevato da N. LONGOBARDI, *op. ult. cit.*, 8.

²⁴⁸ Basti pensare al potere di “commissariamento” dell'impresa affidataria dei lavori su cui v., *supra*, il § 8.1.

²⁴⁹ Sul delicato rapporto tra Autorità giudiziaria e ANAC, in specie con riguardo all'esercizio del potere di commissariamento dell'ANAC, si vedano, *supra*, i § 8.2 e 8.3.

È da aggiungere che il progressivo accumularsi di funzioni, la connotazione ed il carattere disparato di esse inducono a configurare in capo all’Autorità un delicato ruolo di sintesi tipicamente politica fra diversi interessi pubblici potenzialmente confliggenti²⁵⁰.

Sussistono, pertanto, valide ragioni che inducono a seguire con attenzione critica questa evoluzione “nazionale” dell’istituto. In particolare, a distanza di ormai qualche anno dalla sua formale introduzione nel nostro ordinamento²⁵¹, l’impressione è che si tratti di un organismo non ancora del tutto consolidato, rispetto al quale assumono sempre maggiore rilievo gli influssi di derivazione euro-unitaria. Sul versante nazionale, l’ANAC applica direttamente – in misura ben maggiore rispetto ad altre Autorità di settore – un diritto europeo consolidato ed integrato, svolgendo, quindi, il ruolo di “tutore”, per così dire, della disciplina europea dei contratti pubblici nell’ordinamento nazionale²⁵².

Il ruolo dell’ANAC si caratterizza, peraltro, in ragione soprattutto dei soggetti ai quali si rivolge la sua attività, in quanto essa vigila sulle Amministrazioni pubbliche – in veste di stazioni appaltanti - oltre che sui privati e, anzi, forse proprio soprattutto sulle Amministrazioni pubbliche, dai cui comportamenti dipende la esatta e completa attuazione del diritto U.E. in materia. Sotto questo profilo, si tratta di un ruolo più simile a quello dell’Autorità *antitrust*, forse, che non a quello delle Autorità di regolazione in senso proprio e, anzi, proprio l’eventuale attribuzione di potestà regolative in senso proprio è ancora oggi oggetto di dibattito, come si è avuto modo di osservare nelle pagine precedenti²⁵³. Invero, l’ANAC è chiamata ad indirizzare le Amministrazioni, le stazioni appaltanti ed anche a stimolarne la riorganizzazione, a produrre sostanziali effetti di annullamento (alla stregua dell’annullamento governativo) di atti da essa ritenuti illegittimi. La vigilanza si esplica, dunque, sulle Amministrazioni come soggetti del mercato e, quindi, su un ruolo che per le amministrazioni pubbliche non è consueto, come dimostrano, del resto, i mille diversi tentativi di sfuggire o eludere le logiche di mercato e di ricorrere ad affidamenti diretti o comunque di rispettare solo in misura parziale le condizioni di trasparenza e concorrenza²⁵⁴.

Va, d’altro canto, tenuto presente che il concetto di indipendenza, a livello europeo, viene spesso riferito come distanza dal potere economico e che non viene imposta una necessaria forma e collocazione istituzionale delle Autorità indipendenti: ed è proprio questa la ragione che parrebbe consolidare la posizione dell’ANAC, pur in assenza di una espressa previsione costituzionale. Non si può negare, al

²⁵⁰ Cfr. N. LONGOBARDI, *op. ult. cit.*, 8.

²⁵¹ Si veda, in merito alla nascita dell’istituto, il § 7.

²⁵² Cfr., in argomento, G. ABBATINO, N. PARISI, *L’ANAC nel contesto delle relazioni internazionali*, in R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 141 ss.

²⁵³ Si veda, *supra*, il § 11.

²⁵⁴ Sulle funzioni di vigilanza svolte dall’ANAC v., *supra*, il § 9.1.

riguardo, che, proprio in materia di appalti pubblici, lo strumento di legislazione derivata prescelto dal legislatore sovranazionale (la direttiva), abbia consentito agli Stati membri di godere di un certo margine di scelta nella definizione del proprio sistema di tutele. Uno dei profili rimessi alla legislazione nazionale atteneva, in particolare, alla natura degli “organi di ricorso”²⁵⁵ incaricati di garantire il rispetto del diritto dei contratti pubblici: le direttive hanno, infatti, contemplato la possibilità che tali organi non avessero natura giurisdizionale, imponendo all’uopo una serie di accortezze sul contenuto motivazionale delle relative decisioni e sulla loro impugnabilità innanzi a organi la cui indipendenza fosse garantita da particolari regole di nomina²⁵⁶.

Nell’ambito della legislazione italiana, come noto, le procedure di ricorso «in materia d’aggiudicazione degli appalti» sono state coerentemente affidate al giudice amministrativo, secondo il rito oggi disciplinato agli artt. 120 ss. c.p.a. Tale scelta di fondo è (evidentemente) rimasta invariata, sebbene con l’entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) il legislatore abbia riconosciuto all’ANAC un ruolo (sia pure facoltativo e accessorio) nel sistema delle tutele, in linea con le indicazioni di provenienza comunitaria.

Alla luce delle esposte considerazioni appare quindi difficile negare una “copertura” euro-unitaria all’ANAC, che risulta ormai inserita in una “rete” di Autorità a livello europeo ed è parte attiva di quel processo di decentramento e di modernizzazione del diritto “comune” della concorrenza, avviato con l’entrata in vigore del regolamento CE n. 1/2003, come già si è osservato in altra parte del presente lavoro²⁵⁷.

²⁵⁵ Sul concetto di “organo di ricorso” nel diritto U.E., v. la nota 59.

²⁵⁶ Artt. 2, comma 8, dir. 89/665/CEE e 2, comma 9, dir. 92/13/CEE a seguito della dir. 2007/66/CE.

²⁵⁷ Si veda, *supra*, il § 3. Sul diritto “comune” della concorrenza, in ambito europeo, cfr. N. RANGONE, *Principi comunitari e disciplina interna della concorrenza: l’abuso di posizione dominante in un’analisi per casi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1995, 1305 ss.; A. POLICE, *Tutela legale della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 20 ss.; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, 16 ss.; M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir. Annali*, III, Milano, 2010, 192 ss.; F. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, Padova, 2010, 629-630; L. PACE, *La nascita del diritto della concorrenza in Europa. La redazione degli artt. 85-86 CEE e il reg. 17/1962*, in L. PACE (a cura di), AA. VV., *Dizionario sistematico della concorrenza*, Napoli, 2013, 3 ss. Sul rapporto fra libertà di mercato e di concorrenza e servizi di pubblica utilità (e, dunque, sul ruolo delle Autorità amministrative indipendenti in particolare nel settore delle reti, del commercio e dei porti), v. F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 313 ss.; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010; F. LUCIANI, *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, cit., 2011; P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012; G. DE MINICO, *Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all’esperienza comunitaria*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 1, 2012; G. GITTI, *Autonomia privata e Autorità Indipendenti*, cit.

Si tratterà di vedere se tale Autorità costituirà il modello che farà da traino anche per le altre o se sarà destinata a prendere una strada autonoma; il che potrebbe rendere più incerta la strada di alcune altre *Autorithies*²⁵⁸.

13.2. (Segue) La “distanza” tra l’istituto del precontenzioso innanzi all’ANAC ed il ricorso alla *Vergabekammer*: la differente natura e collocazione del rimedio nel sistema di tutele predisposto da ciascun ordinamento; il carattere “para-giurisdizionale” delle pronunce della Camera degli appalti tedesca e quello meramente amministrativo delle decisioni dell’ANAC.

A dimostrazione di quanto appena osservato in merito al carattere “non vincolante” delle previsioni delle direttive U.E. concernenti forma e collocazione istituzionale degli “organi di ricorso”, basti pensare alla evidente distanza tra l’ANAC ed il corrispondente istituto tedesco, la *Vergabekammer*, più sopra esaminata²⁵⁹.

Nonostante alcune caratteristiche comuni, ravvisabili nella natura collegiale²⁶⁰ e permanente²⁶¹ dei due organi, le differenze tra di essi prevalgono sulle somiglianze: in particolare, l’analisi condotta nelle pagine che precedono consente di evidenziare tutte le ragioni per cui, mentre le *Vergabekammern* configurano dei veri e propri “organi di ricorso” ai sensi delle direttive U.E., l’istituto del precontenzioso innanzi all’ANAC rappresenta piuttosto una forma di tutela aggiuntiva a quella giurisdizionale, più propriamente assimilabile a un ricorso amministrativo previo e facoltativo²⁶².

Una prima vistosa differenza tra i due istituti è ravvisabile nella natura e nella collocazione del rimedio nel sistema di tutele predisposto da ciascun ordinamento: mentre nel sistema tedesco il ricorso alla *Vergabekammer*, pur essendo necessariamente preceduto da una denuncia alla stazione appaltante dei vizi di legittimità della gara, è obbligatorio e sostitutivo del primo grado di giudizio, l’intervento dell’ANAC è facoltativo e non sostituisce la proposizione del ricorso giurisdizionale innanzi al giudice di prima istanza. I due rimedi non sono, dunque, sovrapponibili: mentre la Camera degli appalti è preposta al riesame dei vizi inerenti alla procedura di appalto e all’eventuale annullamento dell’atto lesivo, la decisione

²⁵⁸ Cfr. R. CHIEPPA, *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, cit., 17.

²⁵⁹ Si veda al riguardo il § 4.3.

²⁶⁰ Cfr. G.B. VERBARI, *Organi collegiali*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 61 ss.

²⁶¹ Con l’aggettivo “permanente” si fa riferimento al carattere non occasionale dell’organo, che preesiste all’insorgenza della questione controversa e non viene all’uopo istituito su volontà delle parti [come nel caso della formazione di un collegio arbitrale, su cui L. BIAMONTI, *Arbitrato (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 899 ss.].

²⁶² Nel medesimo senso F. APERIO BELLA, *Gli “organi di ricorso” in materia di affidamento di contratti pubblici nell’ordinamento italiano e tedesco: poteri decisori differenziati tra parere di precontenzioso ANAC e pronunce delle Vergabekammern*, cit., 29.

dell'ANAC non ha effetti costitutivi e si limita a verificare, attraverso una pronuncia avente natura dichiarativa, la conformità a diritto degli atti e comportamenti sottoposti al suo vaglio²⁶³.

I due istituti divergono anche con riferimento agli effetti connessi al relativo azionamento e al regime di impugnazione delle relative decisioni: mentre il ricorso alla *Vergabekammer* sospende automaticamente l'affidamento, salvo che sussistano ragioni contrarie, nel procedimento di precontenzioso, l'astensione da atti pregiudizievoli rilascio del parere è rimessa alla leale collaborazione delle parti, *sub specie* della stazione appaltante. Inoltre, e in coerenza con quanto rilevato in ordine alla collocazione sistematica dei due rimedi, mentre la decisione della *Vergabekammer* è impugnabile innanzi al giudice (civile) d'appello, in unico grado²⁶⁴, il parere di precontenzioso è impugnabile innanzi al giudice amministrativo di prima istanza secondo il rito accelerato di cui all'art. 120 c.p.a.

Un ultimo elemento di diversità si colloca sul piano dei rapporti con il diritto U.E. e riguarda la qualificabilità o meno dei rimedi in esame come «giudizi pendent[i] davanti a un organo giurisdizionale» in occasione dei quali è possibile operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE²⁶⁵: mentre la *Vergabekammer* è soggetto legittimato a sollevare rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia, tale carattere non può essere riconosciuto all'ANAC perché – come detto – le relative decisioni difettano del requisito dell'obbligatorietà²⁶⁶.

²⁶³ Come si è osservato nel § 10, a fronte dell'emanazione del parere la stazione appaltante è vincolata ad adeguarsi a quanto in essa stabilito solo in presenza di una “manifestazione di volontà” in tal senso, accompagnata da quella di almeno un'altra parte coinvolta nel procedimento. L'adeguamento al parere avviene nelle forme dell'esercizio dei poteri di autotutela, che, nel caso esaminato, è connotato dalla doverosità (salvo il potere di impugnazione del parere).

²⁶⁴ Tale caratteristica del ricorso alle *Vergabekammern* parrebbe rievocare l'impugnabilità del lodo arbitrale in unico grado innanzi alla Corte d'appello, suggerendo l'accostamento dell'istituto *de quo* all'arbitrato (disciplinato agli artt. 209 e 210 d.lgs. n. 50/2016 oltre che dalle disposizioni del c.p.c. cui la normativa speciale espressamente rinvia – art. 209, comma 10). La somiglianza, tuttavia, è solo apparente ed il confronto con l'arbitrato in materia di contratti pubblici appare meno proficuo di quello proposto in questa sede, stante la peculiare natura delle questioni soggette ad arbitri e le regole che governano la composizione dei collegi arbitrali, come rilevato anche da altri: cfr. P. MANTINI, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici*, Milano, 2015, 190 ss.; F. APERIO BELLA, *Gli “organi di ricorso” sull'affidamento di contratti pubblici tra diritto UE e pratiche nazionali: la Vergabekammer e il parere precontenzioso ANAC*, cit., 28.

²⁶⁵ Già art. 234 TCE e art. 177 TCEE.

²⁶⁶ Si noti che le prime direttive ricorsi (89/665/CEE e 92/13/CEE) come modificate dal già citato art. 2, comma 9, direttiva 2007/66/UE, specificano che ogni violazione commessa dagli “organi di ricorso” competenti a garantire il rispetto delle regole sostanziali sull'affidamento dei contratti pubblici deve essere oggetto «di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'articolo 234 [oggi 267, n.d.r.] del trattato e che sia indipendente dall'Amministrazione aggiudicatrice e dall'organo di ricorso». La previsione, che sembrerebbe riservare alle procedure giurisdizionali la revisione delle decisioni assunte dall'“organo di ricorso” (per tale lettura cfr. M.P. CHITI, *Le misteriose “sanzioni alternative” nella direttiva ricorsi appalti ed i limiti dell'ingerenza dell'Unione europea nel diritto processuale*, cit., 165), è apparsa, ad avviso di molti, “tautologica”, in specie alla luce dell'orientamento estensivo abbracciato dalla Corte nel riconoscimento della natura «giurisdizionale ai sensi dell'art. 234» degli stessi “organi di ricorso”: si veda, in tal senso G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, 22. In argomento, senza pretesa di completezza,

Cionondimeno, anche a fronte delle diverse esperienze nazionali (di cui è espressione il citato confronto tra ANAC e *Vergabekammer*), il diritto U.E. giustifica l'istituzione di Autorità indipendenti nel settore degli appalti pubblici ed offre “copertura” ad alcune delle funzioni da esse esercitate, pur non superando la difficoltà di conciliare queste figure con un assetto istituzionale fondato sui principi della responsabilità ministeriale e della rappresentanza parlamentare²⁶⁷.

13.3. (Segue) I problemi irrisolti: il profilo “anomalo” dell’ANAC e la sua collocazione istituzionale; la compatibilità dei poteri normativi dell’Autorità con i principi di legalità e di gerarchia delle fonti; il rischio di una commistione tra la c.d. attività di *adjudication* e quella di *rulemaking* (in specie, con riferimento al c.d. sistema del *rating* d’impresa). I presupposti per un efficace intervento correttivo: il necessario rafforzamento delle garanzie partecipative per tutti i procedimenti di competenza dell’ANAC; i limiti dell’attuale regolamento e l’auspicata introduzione di forme e metodi di consultazione preventiva su schemi di atti di regolazione completi; il ruolo di “supplenza” del sindacato giurisdizionale e la necessità di sviluppare una cultura “tecnica” ed “amministrativa” delle regole sui contratti pubblici.

Restano, dunque, aperti, anche in ambito interno, diversi problemi: il profilo “anomalo” dell’Autorità, nella quale è venuta a concentrarsi un’ampia responsabilità di carattere politico, e la sua esatta collocazione nel “sistema” delle Autorità indipendenti²⁶⁸; la compatibilità dei poteri normativi con il principio di legalità

possono, inoltre, ricordarsi i fondamentali lavori di N. FENGER, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, 2013; M.P. BROBERG, *Preliminary references to the European Court of Justice*, Oxford, 2014; K. LENAERTS: *EU procedural law*, Oxford, 2014. Per completare il quadro sulle differenze tra gli ordinamenti in comparazione, merita segnalare che, mentre, come visto, nel sistema tedesco vige un onere di previa denuncia alla stazione appaltante, il nuovo Codice dei contratti pubblici ha eliminato l'istituto del c.d. “preavviso di ricorso” che imponeva alle parti che intendessero rivolgersi al giudice di informare in via preliminare la stazione appaltante attraverso una illustrazione «sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio» (*ex art. 243-bis*, d.lgs. n. 163/2006). Su tale istituto, ora espunto dal nostro ordinamento, v., *ex multis*, M. DELSIGNORE, *Le ADR nell’attuazione della direttiva 2007/66/CE*, in G. GRECO (a cura di) *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa. Atti del Convegno*, Milano, 2010, 137 ss.; S. OGGIANU, *La composizione stragiudiziale e deflattiva del contenzioso in materia di appalti pubblici: l’informativa in ordine all’intento di proporre ricorso ex art. 243 bis D.Lgs. n. 163/2006 e il parere dell’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici per la soluzione extragiudiziale delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006*, in www.giustamm.it, n. 1/2011; S. TARULLO, *L’art. 243-bis del codice dei contratti pubblici e le incertezze di una disciplina tra effettività della tutela giurisdizionale e sovraccarico fiscale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012; A. CORPACI, *Ambito e connotati della funzione di autotutela delle stazioni appaltanti nel sistema dell’amministrazione pubblica dei contratti*, in D. SORACE (a cura di) *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013, 217 ss. Sull’inefficacia del preavviso di ricorso cfr. E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, cit., 874 ss., spec. 892 ss.

²⁶⁷ In argomento v. L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, cit., § 4.

²⁶⁸ Su cui v. N. LONGOBARDI, *L’Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, cit., spec. il § 6 ss.

e di gerarchia delle fonti²⁶⁹; vi è poi la necessità di distinguere in modo più netto la c.d. attività di *adjudication* (adozione di provvedimenti inibitori o sanzionatori, come quelli adottati dall'ANAC) da quella di *rulemaking* (regolazione)²⁷⁰.

Quali, dunque, le possibili linee di intervento.

Credibilità e funzionalità dell'ANAC e, più in generale delle Autorità indipendenti, sono strettamente legate ad un nuovo modello di azione e di organizzazione, che può essere definito regolativo-giustiziale²⁷¹. Il modello regolativo-giustiziale è informato ai principi della partecipazione all'elaborazione delle regole, dell'amministrazione contenziosa quanto all'applicazione di esse, dell'imparzialità oggettiva dell'Autorità decidente.

In esso la funzione istituzionale di regolazione assegnata all'Autorità è intesa in senso ampio, ovvero occorre che la legge conferisca all'Autorità un mandato pieno con riguardo al settore affidatole, che siano attribuiti poteri sufficienti oltre ad essere garantita l'indipendenza dell'Autorità sia dal Governo che dai soggetti regolati. Come indicato dalle esperienze anglosassoni, l'efficacia dell'azione discende dall'estensione dei poteri normativi e dal cumulo di essi con i poteri di carattere amministrativo, repressivi e di attuazione contenziosa. Alla stregua di quanto previsto negli USA fin dall'*Administrative Procedure Act* fin dal 1946, le Autorità indipendenti di regolazione devono, infatti, prevedere ed applicare una procedura di *notice and comment*²⁷². La proposta di atto regolamentare o generale deve essere resa pubblica dall'Autorità per consentire che i soggetti interessati si esprimano su di essa; delle osservazioni acquisite al procedimento va tenuto conto nell'adozione dell'atto di regolazione generale. D'altro canto, l'attività amministrativa provvedimentoale può anche assumere carattere contenzioso; per cui anche con riguardo ad essa è fondamentale l'osservanza scrupolosa di un pieno e paritario contraddittorio.

A tale proposito, in dottrina²⁷³ è stato sottolineato il rischio di una commistione tra gli interventi *ex post* con cui si colpiscono i comportamenti che non sono in sintonia col libero gioco concorrenziale e che ne pregiudicano lo sviluppo (*adjudication*) e gli interventi *ex ante* dell'Autorità, volti anzitutto a fissare le regole asimmetriche per il funzionamento del mercato²⁷⁴.

²⁶⁹ Su cui v., *supra*, il § 9.2.

²⁷⁰ Come rilevato anche da R. CHIEPPA, *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, cit., 17.

²⁷¹ Nei suoi tratti essenziali, il modello regolativo-giustiziale ha trovato conferma, a livello di principio, in due normative di grande rilievo, contenute nella legge comunitaria 2004 (art. 9, l. 18 aprile 2005, n. 62) e nella l. 28 dicembre 2005, n. 262 sulla tutela del risparmio.

²⁷² Su cui v., *supra*, 6.

²⁷³ V. R. CHIEPPA, *op. cit.*, 17 ss.

²⁷⁴ Del resto, la necessaria distinzione fra funzioni istruttorie e funzioni decisorie nell'esercizio del potere sanzionatorio è in primo luogo richiesta dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'attenzione è stata posta, in particolare, al c.d. sistema del *rating* di impresa, istituito presso l'ANAC dal comma 10 dell'art. 83, che presenta aspetti molto delicati. In estrema sintesi, L'ANAC è chiamata a definire mediante linee guida i requisiti reputazionali ed i criteri di valutazione degli stessi, nonché ad irrogare misure sanzionatorie amministrative «nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici». I requisiti reputazionali alla base del *rating* di impresa devono tener conto oltre che del *rating* di *legalità* rilevato sempre dall'ANAC, ma in collaborazione con l'AGCM, anche dei «precedenti comportamentali dell'impresa con riferimento, in particolare, all'esecuzione dei contratti» e all' «incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto».

Più precisamente, l'ANAC è chiamata a definire con linee guida i «requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi», anche sulla base della valutazione (discrezionale) dei «precedenti comportamentali dell'impresa», per i quali rileva una generica «incidenza del contenzioso», oltre che le sanzioni irrogate dall'Autorità. In contrasto con il diritto alla tutela giurisdizionale ed alla effettività di essa, si introduce, così, un evidente “disincentivo” all'accesso alla giustizia, che risulta fortemente “sconsigliato” ai fini del sistema di qualificazione delle imprese, a favore degli strumenti di precontenzioso previsti dal d.lgs. n. 50/2016 e di competenza dell'ANAC²⁷⁵.

Tutto il sistema si rivela, invero, foriero di notevoli complicazioni²⁷⁶ e – secondo taluni – costituirebbe addirittura una minaccia al principio di concorrenza attraverso la “discriminazione” fra premiati e penalizzati rimessa all'Autorità in difetto di criteri pienamente oggettivi²⁷⁷.

Per realizzare il modello occorre allora che sia garantita l'imparzialità dell'Autorità anche sotto il profilo organizzativo, ciò che in particolare impone la separazione tra le funzioni istruttorie e le funzioni decisorie. In adesione ad esso, ovvero nel segno dell'affermazione del «giusto procedimento», si è evoluto il nostro ordinamento.

Pertanto, sarebbe utile procedimentalizzare l'attività dell'ANAC, innanzitutto attraverso un rafforzamento delle garanzie partecipative per tutti i procedimenti, anche normativi, garantendo l'effettiva

²⁷⁵ Su cui v., *supra*, §§ 10-12.2.

²⁷⁶ Che si aggiungono a quelle sul nuovo rito “super-speciale” sulle ammissioni ed esclusioni introdotto dall'art. 204 del nuovo Codice dei contratti pubblici, pure aventi un notevole effetto di riduzione del contenzioso.

²⁷⁷ In questo senso espressamente N. LONGOBARDI, *op. ult. cit.*, 13 ss., secondo cui il sistema del *rating* d'impresa, come delineato dall'art. 83, comma 10, non appare compatibile con il principio euro-unitario di concorrenza, dal momento che da esso sono escluse le imprese estere. Ad avviso dell'Autore ciò sarebbe comprovato dalle linee guida in materia di offerta economicamente più vantaggiosa, in base alle quali «il sistema di premialità e penalità per le imprese italiane dovrebbe essere accompagnato da un ulteriore macchinoso sistema di “compensazioni” per le imprese estere» (il riferimento è al punto II delle Linee Guida n. 2 - «Offerta economicamente più vantaggiosa», approvate con la determinazione ANAC n. 1005 del 21 settembre 2016, pubblicata in *G.U.*, Serie Generale, n. 238 dell'11 ottobre 2016).

partecipazione degli interessati e il contraddittorio con i soggetti (e, dunque, anche con le associazioni di avvocati) destinatari delle norme da assumere²⁷⁸.

Inoltre, l'Autorità deve dotarsi di forme e metodi di consultazione²⁷⁹, di analisi e verifica dell'impatto della regolazione in modo che siano rispettati la qualità della regolazione ed il divieto di *gold plating*²⁸⁰, come espressamente previsto dall'art. 213, comma 2, sia pure con una previsione, che appare irrazionalmente limitata alle sole linee guida, non essendo stato accolto il suggerimento del Consiglio di Stato di renderla generale, ricomprendendo in essa tutti gli atti di competenza dell'ANAC²⁸¹.

Affinché la partecipazione degli interessati realizzi i presupposti minimi di una procedura di *notice and comment*, occorrerebbe, poi, che le consultazioni avvenissero su uno schema di atto di regolazione completo. Anche in questo caso il riferimento è all'*Administrative Procedure Act* statunitense, alla procedura di *adjudication* da esso prevista.

²⁷⁸ Su questo aspetto l'Unione nazionale avvocati amministrativisti ha portato al Congresso una raccomandazione su cui v. S. BIGOLARO, *op. cit.* nonché, più in generale, sulla riforma della giustizia amministrativa, U. FANTIGROSSI, *Una giustizia amministrativa efficiente leva per la crescita del Paese*, sintesi della relazione all'Assemblea dell'Unione Nazionale avvocati amministrativisti tenutasi a Roma il 16 novembre 2017 presso il Consiglio di Stato, in www.giustamm.it, n. 11/2017.

²⁷⁹ Si tratta di un'esigenza espressa dalla stessa giurisprudenza amministrativa, che, in più occasioni, ha avuto modo di chiarire che le garanzie offerte dalla consultazione non vengono meno nel caso in cui esse siano posticipate in una seconda fase, ma sempre all'interno di un procedimento unitario composto da più deliberazioni (cfr., ad es., Tar Lombardia, Milano, sez. II, 2 marzo 2015, n. 593, in www.giustizia-amministrativa.it). I giudici amministrativi inoltre, valorizzando la centralità di tali procedure, hanno affermato che le ragioni di urgenza, emergenza o segretezza, che in astratto legittimerebbero la loro compressione, devono essere preventivamente espresse e motivate dall'autorità, non essendo possibile, in forza del principio di strumentalità delle forme, offrire *ex post*, in sede giurisdizionale, la prova "controfattuale" dell'esclusione (così Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, in *Foro amm.*, 2015, 760). In argomento, possono essere, inoltre, ricordate alcune pronunce del Tar Lazio, ove vengono precisati i ruoli e i poteri di intervento dei soggetti coinvolti nel procedimento di consultazione in ambito europeo sulla base degli artt. 7, 7 bis, 7 ter, Dir. 2002/21/CE (Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 ottobre 2012, n. 8381; Id., 7 dicembre 2012, n. 10265; Id., 18 febbraio 2015, n. 2772, tutte reperibili in www.giustizia-amministrativa.it).

²⁸⁰ Si tratta di un importante criterio direttivo contenuto nella legge delega al nuovo Codice dei contratti pubblici, inteso come il « divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, l. 28 novembre del 2005, n. 246 » [art. 1, comma 1, lett. a), l. 28 gennaio 2016, n. 11]. In termini generali, tale divieto può essere definito come l'inibizione ad introdurre requisiti di partecipazione alla gara superiori rispetto a quanto stabilito dalla normativa europea in tal senso, G. MARCHIANÒ, *La regolamentazione della domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, 1 ss. Ed in questa prospettiva, la Commissione U.E. è intervenuta sottolineando come l'introduzione di livelli di regolamentazione superiori rispetto a quanto richiesto dall'Unione, pur non incidendo sulla misura della legalità, si annovera fra le "*bad practice*", in quanto comporterebbe costi ulteriori per le amministrazioni e per le imprese (v. la comunicazione della Commissione europea *«Smart regulation in the European Union»*, Bruxelles, 8 ottobre 2010, consultabile in <http://eur-lex.europa.eu>).

²⁸¹ Anche con riguardo all'art. 84, rubricato «*Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici*», il Consiglio di Stato aveva inutilmente proposto, nel parere reso sulla bozza del Codice dei contratti pubblici, il modello del decreto ministeriale «su proposta dell'ANAC», anziché l'affidamento alla sola Autorità dell'individuazione di categorie e classifiche dei lavori, in quanto «materia intrinsecamente normativa»: Cons. Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

Invece, il regolamento ANAC, recante «*Disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell’Autorità Nazionale Anticorruzione*»²⁸² prevede che solo «*eventualmente*» gli interessati possano esprimersi su un vero «*schema di atto di regolazione*»²⁸³, anziché sulle sole questioni indicate dall’Autorità.

Del regolamento adottato deve, inoltre, essere sottolineata la carenza sotto il profilo delle garanzie idonee a legittimare, anche secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, l’azione dell’Autorità. La consultazione preventiva, ha, infatti luogo solo «*ove ritenuto opportuno*» dall’Autorità²⁸⁴ e con la sola partecipazione dei soggetti che «*l’autorità ritiene opportuno ascoltare e consultare*», riservandosi anche l’Autorità di apprezzare le condizioni per eventualmente consentire la partecipazione di soggetti che abbiano richiesto di essere invitati²⁸⁵.

Anche le prime linee poste in consultazione rivelano problemi analoghi.

Non mancano ovviamente nelle linee guida utili chiarimenti, ad es. in tema di affidamento dei contratti pubblici sotto soglia²⁸⁶. Ma, nella maggior parte dei casi, non viene posto in consultazione un vero e proprio schema di atto. Singoli aspetti vengono espressamente esclusi e rimessi ad un futuro regolamento dell’Autorità. Lo stile è discorsivo, simile a quello di molte circolari amministrative, in cui si invita a fornire indicazioni relativamente alle posizioni formalizzate dall’ANAC.

Nonostante l’esperienza acquisita dalla soppressa AVCP, l’approccio dell’ANAC ad essa succeduta può apparire astratto, allorché in particolare, per valorizzare la figura del RUP, ne viene esaltato il ruolo di «*Project Manager*» senza considerare le condizioni organizzative dell’Amministrazione, che nemmeno gli garantiscono un reale e non meramente formale profilo di autonomia²⁸⁷; ed analoghe considerazioni valgono per la figura del Direttore dell’esecuzione²⁸⁸.

È vero che il d.lgs. n. 50 del 2016 è in materia di garanzie procedurali appare più carente del vecchio codice²⁸⁹, ma i principi al riguardo sono da ritenere ormai consolidati anche nell’ambito della giurisprudenza amministrativa, secondo cui la partecipazione non è meramente collaborativa, né è nella

²⁸² Pubblicato in *G.U.*, Serie Generale, n. 92 del 21 aprile 2015.

²⁸³ Art. 2, lett. e), del regolamento cit.

²⁸⁴ Artt. 1 e 2, comma 5, del regolamento cit.

²⁸⁵ Art. 3, commi 1 e 3, del regolamento cit.

²⁸⁶ V. le Linee Guida n. 4 – «*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*», in www.anticorruzione.it.

²⁸⁷ V. le Linee Guida n. 3 di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l’affidamento di appalti e concessioni*», tra le prime ad essere pubblicate in *G.U.*, Serie Generale, n. 260 del 7 novembre 2017 e consultabili nel portale www.anticorruzione.it.

²⁸⁸ V. le «*Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti e delle Concessioni*» – documento di consultazione, in www.anticorruzione.it.

²⁸⁹ Va, invero, ricordato che il Codice del 2006 dedicava una specifica disposizione (l’art. 8, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006) ai contenuti e ai procedimenti da seguire per l’emanazione degli atti di propria competenza.

disponibilità dell’Autorità²⁹⁰. Le regole devono essere dettate in modo chiaro e tale da consentire ai destinatari della disciplina di valutare in modo autonomo ed *ex ante*, con un grado elevato di certezza, i propri e gli altrui comportamenti in termini di liceità o illiceità.

Ciò non sempre è facile in quanto si tratta di settori in cui le regole, oltre a diventare velocemente obsolete, contengono concetti giuridici indeterminati, che vengono precisati solo *ex post* nell’attività di *adjudication*. Qui non può che supplire il valore del precedente, e, quindi, in primo luogo del ruolo della giurisprudenza euro-unitaria e nazionale; il che presuppone un sindacato del giudice che sia realmente effettivo²⁹¹. Ma, nel vuoto di tutela creato dall’arretrare della giustizia amministrativa dagli appalti pubblici, i poteri di intervento diretto dell’ANAC sono importantissimi. È fondamentale che ci sia un’Autorità a garantire la legittimità del singolo appalto e con essa la tutela degli operatori. Se al ricorso al giudice amministrativo vengono posti così tanti ostacoli, allora meritano di essere precisati e valorizzati i poteri attribuiti all’Anac, garantendo che essa si doti di una disciplina adeguata²⁹².

La questione centrale per l’ANAC non sembra dunque tanto la “conquista” di poteri di regolazione, ma la costruzione e lo sviluppo della capacità, già dimostrata e crescente negli ultimi anni di attività, di creare una cultura tecnica ed amministrativa delle regole di mercato, di forgiarne gli strumenti per metterli a disposizione delle amministrazioni nonché di dimostrarne l’efficacia tanto sotto il profilo dell’imparzialità quanto sotto il profilo del buon andamento.

D’altro canto, le amministrazioni pubbliche hanno bisogno di costruire e sviluppare la propria capacità di scegliere, decidere e negoziare, senza che la necessaria discrezionalità scada, per un verso, in arbitrio e, per altro verso, nella mera applicazione di automatismi che non sempre approdano alla scelta del miglior contraente, del miglior prodotto o del miglior servizio o, in una parola, alla qualità del contratto affidato. Pertanto, il contributo migliore che l’ANAC, in quanto Autorità indipendente, ha dato e può continuare a dare è la costruzione e l’ammodernamento della capacità amministrativa e tecnica delle stazioni

²⁹⁰ Cfr., al riguardo, il parere reso da Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, in *Foro amm.-CDS*, 2006, 3398, in merito al rapporto tra i regolamenti delle autorità indipendenti e le tradizionali fonti subprimarie (regolamenti governativi e ministeriali). Oltre ad esaminare questo tema (su cui v., *supra*, il § 9.3), il parere contiene altre rilevanti considerazioni, tra le quali quella secondo cui la natura del potere regolamentare dovrebbe essere esplicitata; evidenzia, inoltre, l’importanza dell’A.I.R., nonché della previsione di «procedure di consultazione aperte e trasparenti». Con specifico riguardo a tale aspetto, il parere sottolinea, poi, che «la legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio è essenziale» aggiungendo che la partecipazione non ha una mera funzione collaborativa, bensì impone all’Autorità di «motivare la decisione finale, anche con riguardo alle osservazioni presentate».

²⁹¹ Cfr., in tal senso, R. CHIEPPA, *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, cit., 17.

²⁹² Cfr. S. BIGOLARO, *op. cit.*, in www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com.



appaltanti, quali soggetti di mercato capaci di scegliere e di decidere e, quindi, di utilizzare correttamente ed efficientemente le ingenti risorse pubbliche destinate all'acquisto di lavori, beni e servizi²⁹³.

²⁹³ Non dissimili le conclusioni di L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, cit., § 4, secondo cui «Troppo spesso, infatti, l'applicazione delle regole sui contratti pubblici è dominata da un approccio formalistico, avversato anche da quella giurisprudenza che ha espressamente escluso che la finalità del sindacato giurisdizionale sia la “caccia” all'errore formale nello svolgimento della gara e non, invece, la verifica del rispetto delle regole di trasparenza e di concorrenza».