

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA LEGISLATIVA E I PROBLEMI GENERALI

DELLE RACCOMANDAZIONI VINCOLANTI

E LA SOPPRESSIONE DELL'ISTITUTO

SOMMARIO: 64. L'atto di *invito* all'esercizio dell'autotutela in presenza di vizi di legittimità e le nuovissime "*raccomandazioni vincolanti*" di cui al comma 2 dell'art. 211. Il contenuto della disciplina di livello legislativo e gli aspetti problematici di immediato rilievo. La soppressione dell'istituto e la sua rilevanza sistematica. – 65. La nozione giuridica generale di "*raccomandazione*" e i suoi effetti giuridici. L'esperienza del diritto internazionale e dell'Unione europea. L'*effetto di liceità*. – 66. L'elaborazione *sofferta* del testo legislativo. Lo schema preliminare e le riserve critiche del Consiglio di Stato. La proposta di assegnare all'ANAC un potere di iniziativa processuale. – 67. Le differenze tra lo schema preliminare e il testo definitivo. – 68. I rinnovati dubbi di compatibilità con la legge delega, manifestati dal parere della Commissione Speciale sul regolamento attuativo. – 69. I nuovi interrogativi della Commissione speciale in ordine all'inquadramento delle *raccomandazioni vincolanti* nell'ambito degli istituti del *precontenzioso*. La corretta collocazione sistematica tra i procedimenti speciali di autotutela. – 70. Il rispetto della delega e la riconduzione ai principi generali della autotutela discrezionale. La fattispecie complessa descritta dall'art. 211, comma 2. – 71. Le lacune strutturali della disciplina legislativa evidenziate dalla Commissione speciale. Il rischio di proliferazione del contenzioso. – 72. La ricerca della natura giuridica dello strumento della raccomandazione vincolante. La differenza dagli istituti della *raccomandazione semplice* e dall'intervento sostitutivo. Le peculiarità dell'autotutela "*doverosa*". – 73. La "*struttura bifasica*" del procedimento di raccomandazione vincolante e della successiva autotutela doverosa della stazione appaltante. La raccomandazione vincolante quale "*ordine di revisione*". – 74. I presupposti sostanziali per l'esercizio del potere di intervento dell'ANAC. Il problema del carattere doveroso dell'autotutela. I vizi di legittimità della procedura di gara. Il nodo dell'ambito delle *scelte discrezionali* riservate all'Autorità e alla stazione appaltante. – 75. La limitazione oggettiva dei vizi di legittimità rilevanti nel procedimento di raccomandazione vincolante disposta autonomamente dall'ANAC. – 76. Il carattere doveroso o discrezionale dell'autotutela nelle due fasi del procedimento. Il diverso ruolo dell'ANAC e della stazione appaltante. – 77. I limiti alla doverosità dell'intervento dell'ANAC e i profili di discrezionalità della raccomandazione vincolante. – 78. Il contenuto dell'*invito* rivolto dall'ANAC alla

stazione appaltante. Il significato dell'espressione "agire in autotutela": dovere di procedere o dovere di annullare? – 79. L'applicazione dei principi e della disciplina della legge n. 241/1990 al procedimento di raccomandazione vincolante. La valutazione dell'interesse pubblico e il contraddittorio con gli interessati nella fase procedimentale svolta dinanzi all'ANAC. – 80. L'interesse pubblico all'autotutela, il contraddittorio e le garanzie procedimentali. – 81. Il "termine ragionevole" dell'autotutela, il limite inderogabile dei diciotto mesi e la disciplina specifica delle raccomandazioni vincolanti. La decorrenza e il calcolo del termine finale. – 82. La stipulazione e l'esecuzione del contratto quali possibili limiti delle raccomandazioni vincolanti. – 83. Il termine ragionevole per l'autotutela e il limite temporale dell'inizio dell'esecuzione del contratto. – 84. La sospensione eventuale del procedimento di gara e i presupposti del potere cautelare dell'ANAC. – 85. La criticità della disciplina dei termini interni del procedimento di vigilanza. – 86. I suggerimenti del Consiglio di Stato riguardanti la disciplina dei termini procedimentali. – 87. La natura e il fondamento del potere esercitato dall'ANAC: le conseguenze sulla disciplina applicabile al procedimento. – 88. L'impugnazione giurisdizionale della "raccomandazione vincolante" positiva. La portata del rinvio all'art. 120 del c.p.a.: termini della notificazione del ricorso e decorrenza. Ulteriori criticità dei pareri di precontenzioso e delle raccomandazioni vincolanti dell'ANAC. – 89. È possibile impugnare dinanzi al TAR la determinazione "negativa", con cui l'ANAC, dopo l'avvio formale del procedimento, escluda la sussistenza di vizi della procedura o, comunque, dei presupposti per l'adozione di una raccomandazione vincolante? – 90. La sollecitazione all'intervento sanzionatorio proposta dai soggetti "interessati" e il silenzio o il ritardo dell'ANAC. Vi è un obbligo di provvedere dell'Autorità? La questione della responsabilità per omessa vigilanza. – 91. Il problema della tutela *precontenziosa* dei cittadini titolari di un "interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto", secondo il *Considerando* n. 122. Un dovere rafforzato di pronuncia dell'ANAC? La legittimazione all'esposto degli operatori economici decaduti dal potere di proporre ricorso. – 92. Il mancato adeguamento delle stazioni appaltanti alla raccomandazione vincolante dell'ANAC. Le sanzioni e gli strumenti di tutela dei terzi interessati. Inerzia e provvedimenti contrastanti con l'invito all'autotutela. – 93. Le conseguenze del mancato adeguamento alla raccomandazione vincolante. La sanzione pecuniaria: la tutela sostanziale e procedimentale del dirigente responsabile dell'inadempimento. – 94. Il problema della responsabilità del dirigente. I dubbi della Commissione speciale in ordine all'inquadramento delle raccomandazioni vincolanti nell'ambito del *precontenzioso*. – 95. Le conseguenze dell'inadempimento della raccomandazione vincolante. Il potere di azione dell'ANAC avverso il provvedimento di rifiuto di autotutela, eventualmente adottato dalla stazione appaltante. – 96. La raccomandazione vincolante dell'ANAC e il successivo provvedimento della stazione appaltante: il problema del coordinamento con la disciplina generale del procedimento; i limiti sostanziali dell'annullamento di ufficio. – 97. La segnalazione di illegittimità della procedura formulata dall'operatore economico direttamente interessato. Il problema degli esposti presentati dopo la scadenza del termine per la presentazione del ricorso giurisdizionale o della richiesta di parere di cui all'art. 211, comma 1. – 98. Il potere di intervento

dell'ANAC sulle situazioni consolidate: il caso della cristallizzazione del provvedimento definitivo di esclusione e di ammissione dei concorrenti e la ratio del nuovo *rito superspeciale* di cui all'art. 120, comma 2-*bis* del CPA. – 99. Le segnalazioni *qualificate* provenienti dal giudice amministrativo ai sensi della “Legge Severino” (art. 32 della legge 6 novembre 2012, n. 190). Un dovere puntuale di pronunciarsi dell'ANAC. – 100. Il rapporto tra il procedimento di adozione della raccomandazione vincolante e il contestuale giudizio. La “*litispendenza impropria*” tra i due procedimenti previsti dal comma 1 e dal comma 2 dell'art. 211. – 101. Il rapporto problematico tra le due ipotesi dell'art. 211. Il doppio volto dell'ANAC: giudice imparziale delle controversie e «*Pubblico Ministero*» persecutore delle illegittimità delle stazioni appaltanti. – 102. Una possibile ipotesi di coordinamento: l'alternatività assoluta tra i rimedi precontenziosi disciplinati, rispettivamente, dal comma 1 e dal comma 2 dell'art. 211. – 103. Il raccordo del procedimento di vigilanza con altri procedimenti in corso presso l'Autorità o presso le autorità giudiziarie secondo il regolamento dell'ANAC. – 104. Il coordinamento della raccomandazione vincolante con i procedimenti sanzionatori. – 105. Il coordinamento dei procedimenti di vigilanza e di raccomandazione vincolante con i procedimenti aperti dinanzi a un'autorità giudiziaria.

64. L'atto di invito all'esercizio dell'autotutela in presenza di vizi di legittimità e le nuovissime “raccomandazioni vincolanti” di cui al comma 2 dell'art. 211. Il contenuto della disciplina di livello legislativo e gli aspetti problematici di immediato rilievo. La soppressione dell'istituto e la sua rilevanza sistematica

L'intervenuta abrogazione dell'istituto delle raccomandazioni vincolanti non attenua l'interesse sistematico per l'analisi di una disciplina particolarmente importante e controversa.

L'andamento ondivago e imprevedibile del legislatore, tuttavia, induce a ritenere che in un prossimo futuro possa essere reintrodotta un potere di intervento dell'ANAC basato sulle stesse coordinate di fondo.

Pertanto, prima di esaminare la nuova normativa in materia di legittimazione straordinaria processuale dell'ANAC, è opportuno dar conto delle principali problematiche riguardanti la disciplina legislativa e regolamentare delle raccomandazioni vincolanti.

Non si può dimenticare, del resto, che molte delle critiche espresse dagli interpreti e i due pareri consultivi espressi dal Consiglio di Stato, hanno costituito i presupposti più solidi della scelta compiuta in due tappe prima dal legislatore delegato e poi dal Parlamento, diretta a sostituire le raccomandazioni vincolanti con la legittimazione processuale straordinaria dell'ANAC.

La previsione dell'art. 211, comma 2, del codice costituiva un'assoluta novità nel sistema, di difficile inquadramento sistematico e di disagiata

interpretazione applicativa, ancorché nell'ordinamento precedente avesse trovato un certo spazio la controversa figura della semplice “raccomandazione” – non vincolante – dell'ANAC, intesa come generica sollecitazione al compimento di determinate attività.

L'Autorità ritiene che questo tipo di atto sia ancora pienamente compatibile con il nuovo sistema, ancorché il codice non ne faccia alcuna menzione esplicita, in considerazione della sua informalità e flessibilità, dandogli notevole rilievo nell'ambito della disciplina organizzativa del potere di vigilanza e dei suoi possibili esiti.

In questo senso, allora, si potrebbe anche ritenere che l'istituto della *raccomandazione vincolante*, nonostante l'evidente originalità della sua fisionomia, si riannodasse, in qualche misura, al collaudato esercizio della funzione di vigilanza dell'Autorità, rappresentandone lo stadio più maturo e avanzato. Non si tratterebbe, quindi, di uno strumento *rivoluzionario*, ma di un istituto fisiologicamente inquadrabile nelle prerogative caratteristiche del ruolo assunto dall'ANAC nell'ordinamento.

E questa asserita “continuità” rispetto alla naturale evoluzione dell'Autorità potrebbe sciogliere alcuni dei prospettati dubbi sulla conformità alla delega e ai principi generali del settore.

In estrema sintesi, la disposizione racchiusa nell'art. 211, comma 2, è articolata in 4 distinti periodi.

1. Il primo periodo, indica i presupposti e il contenuto dell'atto di *raccomandazione* rivolto alla stazione appaltante. Questo “invito” è adottato dall'ANAC, qualora, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga la sussistenza di un vizio di legittimità di uno degli atti della procedura.

La determinazione dell'Autorità ha per oggetto l'invito ad agire in *autotutela*, e a rimuovere gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni.

2. In base al secondo periodo, il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità, entro il termine fissato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250,00 e il limite massimo di euro 25.000,00.

Detta sanzione è *posta a carico* del dirigente responsabile.

3. Il terzo periodo stabilisce che, inoltre, la sanzione incide sul *sistema reputazionale* delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del codice.

4. Infine, il quarto periodo afferma che la raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa, ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo.

65. La nozione giuridica generale di “raccomandazione” e i suoi effetti giuridici. L’esperienza del diritto internazionale e dell’Unione europea. L’effetto di liceità

L’ambiguità di un provvedimento, che ha per contenuto un *invito* e si sostanzia in una “raccomandazione” ad *effetti vincolanti*, esige una prima verifica di carattere sistematico. La categoria della “raccomandazione” non ha molta diffusione. Anche in sede di teoria generale dell’atto amministrativo, la *raccomandazione* risulta scarsamente studiata ed è confinata nell’ambito di quelle manifestazioni di giudizio, espresse dai soggetti pubblici, prive di effetti provvedimentali.

Anche in giurisprudenza, le poche pronunce che si sono occupate della questione, hanno generalmente evidenziato, “in negativo”, l’assenza di obbligatorietà dell’atto di raccomandazione¹.

La “raccomandazione”, quindi, si collocherebbe in un terreno essenzialmente extragiuridico, lato sensu politico, a meno che non si traduca in un atto di indirizzo o in una circolare interpretativa, in funzione dell’orientamento della successiva attività dei destinatari, piuttosto che quale esito di un “giudizio” su provvedimenti concreti già adottati dalla stazione appaltante.

In una prospettiva di teoria generale, allora, l’idea della piena “vincolatività”, senza condizioni o limiti, appare scarsamente conciliabile con la fisionomia tipica della *raccomandazione*.

Salve le ulteriori precisazioni che saranno sviluppate *infra*, si deve ritenere che nella espressione formalmente contraddittoria adoperata dall’art. 211, comma 2, debba essere attribuita valenza decisiva all’aggettivo *vincolante*.

In ogni caso, ponendo da parte le considerazioni più squisitamente lesicali, deve essere chiaro che la piena obbligatorietà dell’atto dell’ANAC non possa essere in alcun modo attenuata, in sede interpretativa, da una pretesa intrinseca – ontologica – “debolezza” dell’atto di raccomandazione. Né il *nomen* prescelto dal legislatore potrebbe giustificare una motivazione attenuata e generica dell’atto, che, come si vedrà *infra*, deve possedere tutti i requisiti della congrua motivazione tipica degli atti di autotutela, senza alcuna ipotetica concessione alla teorica della “*soft law*”.

66. L’elaborazione sofferta del testo legislativo. Lo schema preliminare e le riserve critiche del Consiglio di Stato. La proposta di assegnare all’ANAC un potere di iniziativa processuale

Il testo definitivo dell’art. 211, comma 2, costituisce l’esito di una com-

¹ T.A.R. Sicilia Catania Sez. I, 02-02-2012, n. 275; T.A.R. Basilicata, 25-07-1997, n. 244; Cons. Stato Sez. VI, 22-10-1992, n. 784.

pressa elaborazione. Rispetto al testo originario approvato dal CDM in sede preliminare, emergono numerose differenze. In termini generalissimi, l'organo consultivo aveva censurato la stessa opzione di fondo indicata dal legislatore delegato, ritenendo che, per realizzare la medesima finalità di *tutela generale* della legalità, affidata all'ANAC, sarebbero stati preferibili altri strumenti giuridici, pure già conosciuti dall'ordinamento vigente².

67. Le differenze tra lo schema preliminare e il testo definitivo

Nonostante le motivate obiezioni dell'organo consultivo, il testo definitivo dell'art. 211, comma 2, conserva il disegno di fondo, ma introduce alcuni cambiamenti.

Queste sono, in sintesi le differenze principali tra il testo preliminare e quello definitivo.

- a) Il presupposto sostanziale dell'intervento dell'Autorità è ora costituito, da *“un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara”* e non più da *“violazioni che determinerebbero l'annullabilità d'ufficio di uno dei provvedimenti ricompresi nella procedura ai sensi degli articoli 21-octies e 21-nonies” della legge n. 241*.
- b) Si elimina la previsione in forza della quale *“La raccomandazione ha effetto sospensivo sul procedimento di gara in corso per il medesimo termine di sessanta giorni, qualora dal provvedimento possa derivare danno grave”*.
- c) Si prevede, ora, espressamente che *“La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa, ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo”*.e.

² In particolare, l'organo consultivo aveva affermato che: *“È da preferire allora una riformulazione in chiave di controllo collaborativo, ispirata alla disciplina dettata dall'art. 21-bis della legge n. 287/1990, compatibile con i principi costituzionali e con i limiti della legge delega, che parla di “controllo” al fine di giustificare il potere dell'ANAC, usando una locuzione coincidente con la qualificazione usata dalla Consulta con riguardo alla legittimazione processuale conferita dall'art. 21 bis cit. all'Autorità garante della concorrenza e del mercato [Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20]”*. A giudizio dell'organo consultivo, infatti, *“la formulazione attuale presenta significative criticità: a) sul piano della compatibilità con il sistema delle autonomie, in quanto introduce un potere di sospensione immediata e uno di annullamento mascherato che esorbitano dai meccanismi collaborativi ammessi dalla Consulta con la sentenza 14 febbraio 2013, n. 20, pronunciatasi sull'art. 21 bis della legge n. 287/1990; b) sul crinale della ragionevolezza e della presunzione di legittimità degli atti amministrativi, in quanto la sanzione colpisce il rifiuto di autotutela, ossia un provvedimento amministrativo di cui è da presumere la legittimità fino a prova contraria. Si crea in questo modo una sorta di responsabilità da atto legittimo”*.

68. I rinnovati dubbi di compatibilità con la legge delega, manifestati dal parere della Commissione Speciale sul regolamento attuativo

Nel parere sullo schema del regolamento attuativo la Commissione speciale del Consiglio di Stato ha ulteriormente sviluppato un dubbio di fondo sulla disciplina dell'art. 211, comma 2.

In particolare, l'organo consultivo evidenzia che la delega menziona sì la *raccomandazione*, ma non ne afferma il carattere obbligatorio e non la collega affatto ad una particolare modalità di esercizio dell'autotutela sugli atti di gara. L'osservazione colpisce al cuore proprio la base fondante dell'istituto delle *raccomandazioni vincolanti*, sotto il profilo *tranchant* dell'eccesso di delega. Il dubbio di legittimità costituzionale è rilevante, perché la sua possibile fondatezza non sarebbe emendabile mediante l'adozione di un decreto correttivo.

69. I nuovi interrogativi della Commissione speciale in ordine all'inquadramento delle raccomandazioni vincolanti nell'ambito degli istituti del precontenzioso. La corretta collocazione sistematica tra i procedimenti speciali di autotutela

Anche mettendo da parte questo nodo preliminare, la Commissione speciale si interroga sul corretto inquadramento dell'istituto. Il punto evidenziato dal Consiglio di Stato non è meramente nominalistico. Infatti, se le raccomandazioni vincolanti fossero correttamente inquadrabili nel concetto generale di "precontenzioso", si potrebbe rintracciare il fondamento dell'art. 211, comma 2, nel criterio di delega riferito alla soluzione "alternativa alla giurisdizione" delle controversie. La fisionomia dell'istituto, evidenziata dal parere, è quella della riconduzione all'ambito dell'*autotutela decisoria*.

In un'ottica generale, la possibilità di sollecitare l'esercizio dell'autotutela, anche da parte dei soggetti direttamente coinvolti nella vicenda, può determinare una effettiva *prevenzione* del contenzioso. Ma questa generica convergenza di finalità non pare sufficiente per qualificare la natura dell'istituto.

70. Il rispetto della delega e la riconduzione ai principi generali della autotutela discrezionale. La fattispecie complessa descritta dall'art. 211, comma 2

La Commissione Speciale indica una possibile chiave di lettura della disposizione, particolarmente interessante, che valorizza il previsto collegamen-

to con la disciplina generale dell'autotutela³. L'interpretazione proposta intende affermare l'inquadramento dell'istituto nell'ambito dei procedimenti di autotutela e della pertinente disciplina generale di cui all'art. 21-nonies della legge n. 241/1990, ferma restando la necessità di chiarire in quale momento della fattispecie a formazione progressiva disegnata dall'art. 211, comma 2, si collocano i requisiti stabiliti dalla normativa generale.

71. Le lacune strutturali della disciplina legislativa evidenziate dalla Commissione speciale. Il rischio di proliferazione del contenzioso

A giudizio della Commissione Speciale, l'istituto della raccomandazione vincolante manifesta con immediatezza diverse criticità strutturali. Tra queste si segnala la riserva di fondo sulla *efficacia 'in concreto' del meccanismo*.

La disciplina positiva non esclude che la stazione appaltante possa sottrarsi alla raccomandazione, restando inerte o confermando espressamente l'aggiudicazione ritenuta illegittima, preferendo andare incontro alle sanzioni, ovvero impugnando la raccomandazione vincolante. Questo significa che l'intervento dell'ANAC, anziché "risolvere" una illegittimità e definire una vicenda, potrebbe innescare una serie di reazioni, poco opportune per la possibile dilatazione del contenzioso.

La Commissione Speciale, poi, attira l'attenzione sulla distonia tra il termine massimo per adempiere alla raccomandazione (fissato in 60 giorni) e quello per impugnarla (che è soltanto di 30 giorni, ai sensi del rinvio all'art. 120 c.p.a.).

Ancora, la Commissione Speciale, in una ottica di confronto con la normativa di rango europeo, prospetta il possibile rischio di *goldplating*. A suo parere, infatti, ove si dovesse ritenere che il potere di raccomandazione vincolante introduca una disciplina della vigilanza e del controllo più severa di quella minima prescritta dalle direttive in materia di governance, si

³ In questa prospettiva, l'organo consultivo afferma che *"la raccomandazione vincolante si inserisce in una fattispecie complessa, a formazione progressiva, che culmina nell'esercizio di un'autotutela doverosa, che deve tuttavia essere ricondotta al paradigma generale dell'art. 21-nonies della l. 241 del 1990 se si vuole preservarne, al di là delle criticità di fondo sopra evidenziate, la coerenza con l'ordinamento nel suo complesso. Il legislatore delegato, nell'assenza di una disposizione di delega inequivocabilmente attribuita all'ANAC, sul piano sostanziale, del potere di annullamento d'ufficio, ha attuato solo in parte il suo disegno innovatore, facendo della "raccomandazione vincolante" – quasi un ossimoro – il motore della revisione, ma mantenendone in capo alle singole stazioni appaltanti il veicolo formale, attraverso l'emanazione dell'atto conclusivo di tale inedita sequenza procedimentale"*.

potrebbe dubitare del contrasto con il diritto europeo (art. 45, par. 2, della Direttiva 2014/23/UE; art. 83, par. 2, della Direttiva n. 2014/24/UE; art. 99, par. 2, della Direttiva 2014/25/UE).

Infine, l'organo consultivo si preoccupa dei rischi di moltiplicazione del contenzioso che potrebbero derivare dall'applicazione del nuovo istituto. Al già consistente contenzioso tra stazioni appaltanti e operatori economici si potrebbe aggiungere quello tra l'ANAC e le stazioni appaltanti, sia in ordine alla legittimità dei rispettivi contrastanti atti sia in ordine alle eventuali (e reciproche) conseguenze risarcitorie.

72. La ricerca della natura giuridica dello strumento della raccomandazione vincolante. La differenza dagli istituti della *raccomandazione semplice* e dall'intervento sostitutivo. Le peculiarità dell'autotutela "doverosa"

La Commissione speciale offre comunque alcuni importanti spunti positivi per definirne il concreto modo di operare, anche nel contesto di una adeguata disciplina regolamentare attuativa.

Il parere osserva che:

- da un lato, esso non può essere racchiuso, al di là del *nomen iuris*, nel modello della semplice "raccomandazione";
- dall'altro, non integra nemmeno gli estremi dell'"**intervento sostitutivo**", che presuppone l'inerzia della stazione appaltante e provvede in suo luogo;
- dall'altro ancora, il riferimento dell'art. 211, comma 2, al modello della "*autotutela*" deve tener conto del fatto che si tratta di un caso particolare di "*autotutela doverosa*" in cui, pur restando la stazione appaltante la titolare del potere formale di rimozione dell'atto, l'annullamento di questo discende da un *ordine vincolante* di un altro soggetto (l'ANAC), laddove invece l'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990, stabilisce che «il provvedimento amministrativo illegittimo [...] può essere annullato d'ufficio [...] dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge».

73. La "struttura bifasica" del procedimento di raccomandazione vincolante e della successiva autotutela doverosa della stazione appaltante. La raccomandazione vincolante quale "ordine di revisione"

L'attenzione dell'organo consultivo si concentra sull'aspetto strutturale dell'istituto. "Ci si trova di fronte, insomma, ad una fattispecie a forma-

zione progressiva, in cui vi è una separazione tra **un sostanziale ordine di revisione** degli atti di gara attribuito all'ANAC e la **formale titolarità della rimozione** di tali atti in capo alla stazione appaltante. Alla stregua di tale meccanismo 'bifasico', la raccomandazione vincolante si connota quale provvedimento amministrativo a contenuto decisorio e a carattere autoritativo, che obbliga la stazione appaltante a esercitare formalmente il potere di autotutela, annullando l'atto ritenuto illegittimo e rimuovendone gli eventuali effetti".

74. I presupposti sostanziali per l'esercizio del potere di intervento dell'ANAC. Il problema del carattere doveroso dell'autotutela. I vizi di legittimità della procedura di gara. Il nodo dell'ambito delle scelte discrezionali riservate all'Autorità e alla stazione appaltante

L'impostazione volta all'inquadramento dell'istituto nelle coordinate generali dell'autotutela consente senz'altro di individuare una lineare chiave di lettura della scarna disciplina segnata dalla legge. L'elemento indefettibile per l'adozione dell'atto dell'ANAC è rappresentato, innanzitutto, dall'accertamento di un *vizio di legittimità*, riferito agli "atti della procedura di gara".

L'improprietà del linguaggio legislativo utilizzato è, in questa parte, evidente.

Per quanto riguarda la natura del "vizio", si deve ritenere che esso possa riguardare, in linea di massima, tutti i casi di nullità o annullabilità del provvedimento amministrativo. La scelta lessicale definitiva della norma (che non richiama più la disciplina dell'annullabilità di cui all'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990) potrebbe alimentare, peraltro, il dubbio che non trovi applicazione il limite dell'art. 21 *octies*, comma 2, riguardante i vizi formali. Il tema non ha valenza puramente dogmatica, considerando la centralità delle violazioni *formali* nelle procedure di gara, come testimoniato anche dai numerosi contributi interpretativi offerti dalla stessa ANAC e dalla disciplina del "soccorso istruttorio".

La disposizione fa riferimento ai soli vizi degli "*atti della procedura di gara*". Ovviamente, la norma dovrebbe essere letta razionalmente come riguardante gli atti di affidamento, ancorché non si riferiscano in senso stretto ad una *gara*.

Inoltre, non sembra affatto precluso all'ANAC di agire in relazione ad atti collocati in un ambito diverso dalla procedura di gara, in senso stretto, ma sempre influenti sull'affidamento: si pensi alle determinazioni regolamentari o generali adottate dalla stazione appaltante, incidenti sugli affidamenti dei contratti pubblici e meritevoli di particolare attenzione in sede di vigilanza. Né sembra-

rebbe vietata, a priori, l'attivazione dello strumento in relazione alla fase esecutiva del rapporto contrattuale, alla luce della previsione dell'art. 108 del codice.

75. La limitazione oggettiva dei vizi di legittimità rilevanti nel procedimento di raccomandazione vincolante disposta autonomamente dall'ANAC

Meno chiaro è stabilire se, l'ANAC possa decidere, autonomamente, di limitare l'esercizio del proprio potere di invito a determinati tipi i vizi. Il punto si collega a due temi ulteriori: i margini di *discrezionalità* assegnati all'Autorità; la portata – più o meno vincolante – degli atti di segnalazione dei privati, con particolare riguardo alle denunce qualificate, provenienti dai cittadini, ai sensi del decreto *Considerando n. 122*. Sullo sfondo, poi, si pone la questione delicatissima della eventuale responsabilità dell'ANAC, in ordine alla omessa, incompleta, o tardiva attività di vigilanza.

A fronte della lacunosità della disposizione, è ragionevole riconoscere all'ANAC, in linea generale, un certo potere di indirizzare la propria attività di vigilanza, secondo criteri di efficienza e di proporzionalità. In questo senso, allora, dovrebbero essere seguiti alcuni principi minimi:

- la predisposizione preventiva, per ragioni di trasparenza ed efficienza, dei casi ordinariamente esclusi dal raggio applicativo delle raccomandazioni vincolanti;
- l'individuazione, sufficientemente precisa, dei tipi di illegittimità considerati non meritevoli di attenzione, sempre muovendo dal presupposto che si tratta di “eccezioni” ad una regola generale;
- la considerazione differenziata degli atti di iniziativa puntuali e circostanziati provenienti da soggetti qualificati;
- l'eventuale rilievo di situazioni particolari che impongano comunque l'adozione dell'atto di invito, anche in relazione a vizi giudicati di minore spessore;
- l'inderogabilità dei vizi riguardanti fattispecie rilevanti secondo il diritto europeo, o connessi a fatti di consistenza anche penale;
- la possibilità di stabilire, per le illegittimità ritenute meno eclatanti, lo svolgimento di procedure semplificate.

76. Il carattere doveroso o discrezionale dell'autotutela nelle due fasi del procedimento. IL diverso ruolo dell'ANAC e della stazione appaltante

Occorre adesso approfondire il tema della doverosità – o discrezionalità – dell'autotutela disciplinata dall'art. 211, comma 2. Un primo elemento

riguarda il significato della formula “*nell’esercizio delle proprie funzioni*”. La dizione potrebbe suggerire che il rilievo del *sospetto di illegittimità* costituisca una sorta di mero “incidente” avvenuto nell’ambito di altre procedure. È però più convincente l’opinione secondo la quale l’adozione delle raccomandazioni vincolanti costituisce una *funzione autonoma* dell’Autorità, seppure inquadrabile nell’ambito del più vasto *genus* delle attività di vigilanza.

Evidentemente, però, la riconosciuta tipizzazione del procedimento, se permette di superare l’ipotizzata “*presunzione di discrezionalità*”, non è ancora sufficiente per stabilire la doverosità, o meno, dell’autotutela, in rapporto alle due fasi in cui essa si articola, e al ruolo delle valutazioni discrezionali e alla disciplina dell’art. 21-*nonies*.

In linea astratta, a fronte di un quadro legislativo piuttosto povero, si potrebbero sostenere diverse soluzioni interpretative.

- I) Né l’ANAC, né la stazione appaltante devono accertare e motivare in ordine alla sussistenza dell’interesse pubblico specifico che giustifica l’annullamento d’ufficio, previsto dall’art. 211, comma 2. È necessario, ma anche sufficiente, il solo accertamento della illegittimità dell’atto oggetto di autotutela.
- II) Soltanto l’ANAC è esonerata dall’obbligo di valutare l’interesse pubblico all’annullamento d’ufficio, che spetta, invece, alla stazione appaltante.
- III) Tanto l’ANAC, quanto la stazione appaltante, devono verificare l’interesse pubblico, ma ciascuno nella sola dimensione propria della funzione svolta.
- IV) Compete all’ANAC il dovere di evidenziare un interesse pubblico specifico alla eliminazione dell’atto illegittimo, mentre la stazione appaltante deve limitarsi a eseguire l’ordine vincolante, senza effettuare alcuna valutazione.
- V) Gli interessi pubblici riguardanti la posizione dell’ANAC e quella della stazione appaltante vanno entrambi accertati ed evidenziati, ma confluiscono tutti nella sede della fase svolta dinanzi all’ANAC.

77. I limiti alla doverosità dell’intervento dell’ANAC e i profili di discrezionalità della raccomandazione vincolante

Si tratta di stabilire, allora, in primo luogo, quali siano i presupposti sostanziali in presenza dei quali l’intervento dell’ANAC è ammesso (o addirittura imposto), verificando se si tratta di un potere a carattere ampiamente discrezionale, oppure di una funzione contrassegnata anche da elementi di

doverosità, quanto meno nelle ipotesi in cui siano stati compiuti determinati atti di segnalazione “qualificati”.

L’isolata lettura dell’art. 211, comma 2, non offre elementi univoci di interpretazione.

Sotto il profilo lessicale, l’espressione neutra “*qualora ritenga sussistente un vizio di legittimità*” non è tra le più cristalline. Di sicuro, “in negativo”, la locuzione evidenzia la scelta di non adoperare altre formule che sarebbero apparse probabilmente più coerenti con la natura pienamente discrezionale del potere (quali, per esempio: “l’ANAC *può invitare*”).

La diversa dizione prescelta dalla norma, tuttavia, non determina con certezza l’opposto esito interpretativo, secondo cui si tratterebbe di un’attività del tutto priva di connotati discrezionali e totalmente vincolata al verificarsi del solo presupposto oggettivo, costituito dalla verifica della illegittimità della procedura di gara. Peraltro, risulta plausibile anche l’opposta interpretazione, secondo cui la locuzione “*qualora ritenga*”, isolatamente considerata, postula, in ogni caso, proprio la conclusione di un *procedimento decisionale* complesso, basato sulla cura degli interessi pubblici istituzionali affidati all’Autorità.

Tuttavia, altri elementi sistematici, tratti dall’incerto quadro legislativo di riferimento, potrebbero indurre a conclusioni diverse.

- A) L’attivazione del procedimento di autotutela descritto dalla disposizione non richiama più espressamente (a differenza di quanto stabilito nel testo approvato in via preliminare) la disciplina tipica dell’art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990, indiscutibilmente riferita ad un tipico atto discrezionale.
- B) La nozione generale di “*precontenzioso*”, utilizzata dalla rubrica dell’art. 211 per descrivere il contenuto della disciplina, può far pensare all’esercizio di una funzione tipica orientata alla definizione corretta della legittimità della procedura, anche al fine di risolvere o prevenire il possibile contenzioso giudiziario.
- C) A ben vedere, anche volendo sottolineare la presenza, nel procedimento di raccomandazione vincolante, di una funzione centrale di realizzazione dell’“**interesse pubblico**”, si dovrebbe evidenziare che quello primario perseguito dall’ANAC è diretto proprio alla garanzia di legittimità delle procedura di gara, in perfetta sintonia con gli obiettivi di politica generale perseguiti dal legislatore europeo. La raccomandazione vincolante presuppone certamente un interesse pubblico da realizzare, ma questo è immanente nell’esigenza di assicurare la piena legalità degli affidamenti.