

INDICE

| | |
|---------------------|-------|
| Presentazione | XXVII |
|---------------------|-------|

PARTE I

IL NUOVO SISTEMA GENERALE DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE E PRECONTENZIOSA NEL CODICE N. 50/2016

CAPITOLO I

*Le scelte fondamentali compiute dal nuovo codice
dei contratti pubblici. La “rivoluzione” del decreto correttivo
e la soppressione delle raccomandazioni vincolanti.
La mini-controrivoluzione del decreto legge n.50/2017
e la legittimazione processuale speciale dell’ANAC*

1. Il sistema della tutela giurisdizionale e il nuovo “*precontenzioso*” in materia di controversie sui contratti pubblici. Dalle direttive al codice n. 50/2016, attraverso la legge delega n. 11/2016. I nuovi poteri di intervento dell’ANAC4
2. La tutela giurisdizionale e la soluzione precontenziosa delle controversie nelle tre direttive del 2014. La salvezza delle procedure di ricorso di cui alla direttiva n. 89/665/CEE, 92/13/CEE e n. 66/2007/UE. La protezione dell’*interesse legittimo* del cittadino-contribuente al corretto svolgimento della procedura: la tutela minima davanti alle autorità indipendenti7
3. I principi generali della legge delega n. 11/2016: la “*razionalizzazione*” dei rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale e del processo di cui all’art. 120 CPA. Gli spe-

| | | |
|----|---|----|
| | cifici criteri riguardanti la tutela cautelare e l'impugnazione immediata delle ammissioni ed esclusioni..... | 11 |
| 4. | La problematica affermazione degli ADR nelle controversie affidate alla cognizione di legittimità del giudice amministrativo. Le liti relative alla fase di affidamento: dal sistema classico dei rimedi amministrativi e del ricorso straordinario alla informativa preventiva dell'intento di proporre ricorso. Le incertezze del legislatore | 17 |
| 5. | L' <i>autotutela</i> richiesta alla stessa stazione appaltante, quale possibile rimedio alternativo alla giurisdizione: il dovere di provvedere e la parabola (poco felice) dell'art. 243- <i>bis</i> del vecchio codice degli appalti. I limiti dell'istituto e la sua soppressione | 22 |
| 6. | Il ruolo dell'ANAC nel sistema degli appalti. Dalla regolazione del mercato alla composizione delle controversie. Il controllo concreto sulle patologie delle procedure di affidamento. La concentrazione dei poteri. Il rischio di inflazione del precontenzioso..... | 27 |
| 7. | Il correttivo e i "ritocchi" alla disciplina dell'art. 211, comma 1. Il contraddittorio nel procedimento precontenzioso. La rivoluzionaria <i>sorprendente</i> soppressione delle raccomandazioni vincolanti: il Governo ammette un <i>errore tecnico</i> . La nuova scelta politica di introdurre una legittimazione processuale straordinaria dell'ANAC | 29 |
| 8. | L'ambito temporale di applicazione della nuova disciplina del codice n. 50/2016 e il regime <i>transitorio</i> "graduale" riferito alle sole procedure avviate a partire dal 20 aprile 2016. L'applicazione della regola anche alla tutela giurisdizionale e precontenziosa. La deroga al principio <i>tempus regit actum</i> | 33 |

PARTE II

IL PRECONTENZIOSO E I PARERI VINCOLANTI

CAPITOLO I

La disciplina legislativa e i problemi generali del precontenzioso

| | | |
|----|---|--|
| 9. | Il nuovo sistema dei " <i>pareri di precontenzioso</i> " ad ef- | |
|----|---|--|

| | | |
|-----|---|----|
| | ficacia obbligatoria dell'ANAC (art. 211, comma 1, del d. lgs. n. 50/2016). Il raccordo con la tutela giurisdizionale. Le differenze tra il testo preliminare e quello definitivo..... | 41 |
| 10. | La necessità logica della motivazione del parere e il parametro di giudizio dell'ANAC. Le tecniche conciliative delle ADR e la valutazione di legittimità..... | 43 |
| 11. | Le due ipotesi distinte accomunate nell'art. 211: il concetto ampio di “precontenzioso”. L'ulteriore fattispecie dei pareri su questioni interpretative “concrete” | 44 |
| 12. | La criticabile assimilazione fra le diverse ipotesi dell'art. 211, commi 1 e 2 (e ora dei commi 1-bis, 1-ter e 1-quater), e la necessità di esaminare separatamente l'istituto del precontenzioso in senso stretto: la funzione di risoluzione delle questioni controverse affidata all'ANAC..... | 47 |
| 13. | I caratteri essenziali del <i>precontenzioso</i> facoltativo nel codice degli appalti n. 163/2006 e nel <i>vecchio</i> regolamento ANAC del 2 settembre 2014. Il confronto con il nuovo istituto di cui all'art. 211, comma 1 | 49 |
| 14. | Le novità della disciplina di rango legislativo. Il rilievo dell'autonoma collocazione sistematica del precontenzioso: la distinzione dagli altri compiti affidati all'ANAC. Il significato letterale della formula “ <i>pareri di precontenzioso</i> ” | 51 |
| 15. | La manifestazione di volontà delle parti di sottostare all'efficacia vincolante del parere e l'iniziativa – anche disgiunta – di avvio del procedimento precontenzioso | 54 |
| 16. | Il momento di definizione del consenso preventivo all'efficacia vincolante del parere. Le conseguenze di un assenso successivo. La revocabilità. L'assenso prestato prima dell'insorgere della questione controversa e per una serie aperta di contenziosi..... | 59 |
| 17. | La legittimazione alla richiesta di parere e la titolarità dell'iniziativa. Il riferimento circoscritto alla nozione di “ <i>parti</i> ” | 61 |
| 18. | Il difficile coordinamento con la tutela giurisdizionale: i termini decadenziali per la proposizione del ricorso e l'assenza di termini per la richiesta di parere. Le lacune del testo legislativo e le possibili soluzioni | 63 |
| 19. | La “determinazione” dell'Autorità conclusiva del procedimento. La natura giuridica e il contenuto del “ <i>parere</i> ” | |

| | | |
|-----|---|----|
| | di precontenzioso dell'ANAC. L'inquadramento dogmatico nell'ambito delle “ <i>decisioni amministrative</i> ”: le conseguenze sulla disciplina residuale applicabile al procedimento | 67 |
| 20. | Le possibili tesi interpretative per qualificare la natura del parere vincolante dell'ANAC | 71 |
| 21. | L' <i>obbligo di attenersi</i> alla pronuncia dell'ANAC e il nuovo carattere vincolante della pronuncia di precontenzioso. La portata dell'innovazione. I dubbi sull'efficacia – limitata ma non irrilevante – del vecchio parere facoltativo | 72 |
| 22. | La struttura logica <i>decisoria</i> del “parere motivato” vincolante. Il dovere delle parti e della stazione appaltante di attenersi alla pronuncia dell'ANAC. Vi è necessità di un atto di recepimento? Assenza di discrezionalità dell'eventuale determinazione della Stazione appaltante. I contenuti dichiarativi, costitutivi, obbligatori e conformativi del parere: criticità | 74 |
| 23. | Il significato della nuova efficacia obbligatoria del parere dell'ANAC. La dimensione soggettiva del vincolo e gli aspetti problematici. La divisibilità soggettiva dell'efficacia della decisione: le problematiche | 75 |
| 24. | Nel nuovo ordinamento legislativo esiste ancora spazio per il parere “ <i>totalmente non vincolante</i> ” dell'ANAC? La soluzione affermativa seguita dall'ANAC: il parere ad efficacia obbligatoria integra, ma non sostituisce, il vecchio regime del precontenzioso | 77 |
| 25. | Lo spazio dei pareri di precontenzioso totalmente non vincolanti alla luce del regolamento del 20 luglio 2016 per l'esercizio della generica funzione consultiva. Il coordinamento imperfetto tra due funzioni distinte dell'ANAC. Il problema della consulenza su “ <i>questioni concrete</i> ” | 78 |
| 26. | Il termine finale – ordinatorio – di trenta giorni per la pronuncia del parere di precontenzioso e il suo inutile decorso. Il problema del raccordo con la successiva tutela giurisdizionale e il valore giuridico del silenzio | 81 |
| 27. | Gli strumenti giuridici per l'attuazione del parere vincolante di accoglimento. È sempre necessaria la <i>mediazione</i> di un provvedimento attuativo e costitutivo della stazione appaltante? La problematica applicabilità del | |

| | | |
|-----|---|-----|
| | giudizio di ottemperanza. Gli argomenti per una soluzione conforme al principio di effettività della tutela..... | 85 |
| 28. | L'assenza di specifiche sanzioni alla stazione appaltante e al dirigente per il caso di mancato adeguamento al parere vincolante: la differenza dalla previsione di cui all'art. 211, comma 2..... | 91 |
| 29. | Il problema dello <i>stand still</i> procedimentale e processuale e della tutela cautelare. La mancanza di indicazioni legislative specifiche. L'applicabilità delle regole flessibili del regolamento ANAC del 2014. I limiti della soluzione e la scelta del nuovo regolamento..... | 92 |
| 30. | La previsione espressa dell'impugnabilità del parere vincolante dell'ANAC. La regola legislativa e la portata effettiva dell'innovazione. I casi di impugnabilità del parere non vincolante ammessi dalla giurisprudenza..... | 94 |
| 31. | La problematica compatibilità con la Costituzione degli istituti di ADR relativi alle controversie affidate alla cognizione di legittimità del giudice amministrativo. La natura <i>indisponibile</i> delle posizioni di interesse legittimo. La necessaria previsione del sindacato giurisdizionale sulla pronuncia precontenziosa..... | 97 |
| 32. | L'impugnazione del parere di precontenzioso di accoglimento da parte dei soggetti privati..... | 99 |
| 33. | Un parziale disincentivo all'impugnazione del parere vincolante dell'ANAC: la condanna alle spese della parte soccombente dinanzi all'ANAC, in caso di rigetto del ricorso giurisdizionale..... | 103 |
| 34. | L'abrogato regolamento dell'ANAC sul precontenzioso non vincolante e i dubbi sulla sua base normativa. Il potere di disciplinare il procedimento nel nuovo quadro sistematico del decreto n. 50/2016. L'applicazione "residuale" del CPA. Lo spazio per l'operatività dei principi dell'arbitrato e dei ricorsi amministrativi. La disciplina generale del procedimento nella legge n. 241/1990 e i criteri propri dell'attività decisoria contenziosa..... | 104 |
| 35. | La sorte del vecchio regolamento di <i>autorganizzazione</i> dell'ANAC nel periodo transitorio. La perdurante vigenza delle disposizioni non incompatibili con il nuovo assetto normativo di rango legislativo. La necessità di una disciplina secondaria di completamento..... | 105 |

36. I problemi del raccordo con la tutela giurisdizionale. L'impugnazione del parere di rigetto, dell'originario provvedimento contestato e dell'eventuale atto di adeguamento adottato dalla stazione appaltante 109
37. Il *comunicato* del Presidente ANAC del 5 ottobre 2016 sulla disciplina transitoria dei procedimenti precontenziosi. L'onere di ripresentare l'istanza di precontenzioso, adeguata al nuovo regolamento 112

CAPITOLO II

La disciplina regolamentare del precontenzioso

38. Il nuovo regolamento ANAC del 5 ottobre 2016: “*Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all’art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*”, in vigore dal 20 ottobre 2016. Una disciplina unitaria per i pareri non vincolanti e per quelli facoltativi 120
39. Il contenuto essenziale del regolamento e i suoi molteplici obiettivi. L'attuazione mera della disciplina legislativa e la sua sostanziale integrazione. Le norme del procedimento 121
40. Il fondamento del potere regolamentare esercitato dall'ANAC e i suoi limiti. I dubbi prospettati dal Consiglio di Stato. Il concetto di autorganizzazione e l'incidenza sui rapporti con i terzi 122
41. L'ambito oggettivo del nuovo regolamento: i soli pareri di precontenzioso, vincolanti e facoltativi 125
42. I “*Soggetti richiedenti*” il parere. La legittimazione e l'ambito oggettivo del precontenzioso. La disciplina dell'art. 2 del Regolamento. La legittimazione dei *soggetti portatori di interessi collettivi costituiti in associazioni o comitati* 127
43. Le modalità di presentazione dell'istanza. La possibilità di istanze *singole e congiunte*. La disciplina degli artt. 3 e 4 del regolamento. La sovrapposizione tra l'istanza e la manifestazione di adesione all'efficacia vincolante 128
44. La comunicazione dell'istanza di precontenzioso effettuata dalla parte: tempi e modalità. L'assenza di termini decadenziali 129
45. L'adesione delle parti all'efficacia vincolante del parere 132

| | | |
|-----|--|-----|
| 46. | I contenuti dell'istanza di precontenzioso. Le indicazioni del modulo allegato al regolamento e le esigenze di semplificazione | 135 |
| 47. | Gli effetti sospensivi della richiesta di parere. L'impegno assunto dalla parte istante | 137 |
| 48. | L'invito rivolto dall'ANAC alla stazione appaltante <i>a non porre in essere atti pregiudizievoli</i> alla risoluzione della questione | 138 |
| 49. | Le regole formali previste per la presentazione dell' <i>istanza congiunta</i> secondo l'art. 4 del regolamento. La necessaria proiezione verso la pronuncia di un parere vincolante | 141 |
| 50. | L'ordine di trattazione delle istanze | 144 |
| 51. | L'inammissibilità e l'improcedibilità delle istanze secondo l'art. 6 del regolamento | 145 |
| 52. | L'assenza di termini decadenziali per la richiesta di parere vincolante | 147 |
| 53. | L'improcedibilità delle istanze (art. 6, comma 3, del regolamento). Il caso della proposizione di un ricorso giurisdizionale di contenuto "analogo" | 149 |
| 54. | L'istruttoria: il contraddittorio e l'audizione – meramente eventuale – delle parti. Le competenze dell'Ufficio istruttore | 150 |
| 55. | L'approvazione collegiale del parere e la sua definitiva formazione (art. 8 del regolamento) | 153 |
| 56. | Il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. L'irretrattabilità del parere | 154 |
| 57. | L'archiviazione semplificata delle istanze inammissibili o improcedibili (art. 9) | 155 |
| 58. | Il parere in forma semplificata (art. 10 del regolamento): la limitazione ai soli casi di decisioni non vincolanti | 157 |
| 59. | L'istanza di riesame in caso di sopravvenute ragioni di fatto (art. 11 del regolamento) | 159 |
| 60. | Le comunicazioni e la pubblicità del parere (art. 12 del regolamento) | 161 |
| 61. | L'adeguamento al parere e gli obblighi di comunicazione posti a carico della stazione appaltante e delle altre parti (art. 13 del regolamento) | 161 |
| 62. | L'entrata in vigore e la disciplina transitoria | 164 |
| 63. | La sorte della funzione conciliativa sulle controversie riguardanti l'esecuzione del contratto, prevista dall'abrogato regolamento del 2014 | 165 |

PARTE III
LE NUOVE RACCOMANDAZIONI VINCOLANTI
DELL'ANAC E L'ATTIVITÀ DI VIGILANZA

CAPITOLO I

*La disciplina legislativa e i problemi generali
delle raccomandazioni vincolanti
e la soppressione dell'istituto*

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..... 171
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*..... 173
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..... 173
67. Le differenze tra lo schema preliminare e il testo definitivo 174
68. I rinnovati dubbi di compatibilità con la legge delega, manifestati dal parere della Commissione Speciale sul regolamento attuativo 175
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 175
70. Il rispetto della delega e la riconduzione ai principi generali della autotutela discrezionale. La fattispecie complessa descritta dall'art. 211, comma 2..... 175
71. Le lacune strutturali della disciplina legislativa evidenziate dalla Commissione speciale. Il rischio di proliferazione del contenzioso 176
72. La ricerca della natura giuridica dello strumento della raccomandazione vincolante. La differenza dagli istituti

| | | |
|-----|---|-----|
| | della <i>raccomandazione semplice</i> e dall'intervento sostitutivo. Le peculiarità dell'autotutela "doverosa"..... | 177 |
| 73. | La " <i>struttura bifasica</i> " del procedimento di raccomandazione vincolante e della successiva autotutela doverosa della stazione appaltante. La raccomandazione vincolante quale " <i>ordine di revisione</i> "..... | 177 |
| 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 <i>scelte discrezionali</i> riservate all'Autorità e alla stazione appaltante..... | 178 |
| 75. | La limitazione oggettiva dei vizi di legittimità rilevanti nel procedimento di raccomandazione vincolante disposta autonomamente dall'ANAC..... | 179 |
| 76. | Il carattere doveroso o discrezionale dell'autotutela nelle due fasi del procedimento. IL diverso ruolo dell'ANAC e della stazione appaltante..... | 179 |
| 77. | I limiti alla doverosità dell'intervento dell'ANAC e i profili di discrezionalità della raccomandazione vincolante..... | 180 |
| 78. | Il contenuto dell'invito rivolto dall'ANAC alla stazione appaltante. Il significato dell'espressione " <i>agire in autotutela</i> ": dovere di procedere o dovere di annullare?..... | 182 |
| 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..... | 182 |
| 80. | L'interesse pubblico all'autotutela, il contraddittorio e le garanzie procedimentali..... | 183 |
| 81. | Il " <i>termine ragionevole</i> " dell'autotutela, il limite inderogabile dei diciotto mesi e la disciplina specifica delle raccomandazioni vincolanti. la decorrenza e il calcolo del termine finale..... | 183 |
| 82. | La stipulazione e l'esecuzione del contratto quali possibili limiti dell'atto di raccomandazione vincolante..... | 185 |
| 83. | Il termine ragionevole per l'autotutela e il limite temporale dell'inizio dell'esecuzione del contratto..... | 186 |
| 84. | La sospensione eventuale del procedimento di gara e i presupposti del potere cautelare dell'ANAC..... | 187 |
| 85. | La criticità della disciplina dei termini interni del procedimento di vigilanza..... | 188 |

| | | |
|-----|--|-----|
| 86. | I suggerimenti del Consiglio di Stato riguardanti la disciplina dei termini procedurali..... | 189 |
| 87. | La natura e il fondamento del potere esercitato dall'ANAC: le conseguenze sulla disciplina applicabile al procedimento..... | 189 |
| 88. | L'impugnazione giurisdizionale della "raccomandazione vincolante" positiva. La portata del rinvio all'art. 120 del CPA: termini della notificazione del ricorso e decorrenza. Ulteriori criticità dei pareri di precontenzioso e delle raccomandazioni vincolanti dell'ANAC..... | 190 |
| 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? | 190 |
| 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 | 191 |
| 91. | Il problema della tutela <i>precontenziosa</i> dei cittadini titolari di un "interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto", secondo il <i>Considerando</i> n. 122. Un dovere rafforzato di pronuncia dell'ANAC? La legittimazione all'esposto degli operatori economici decaduti dal potere di proporre ricorso | 192 |
| 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..... | 192 |
| 93. | Le conseguenze del mancato adeguamento alla raccomandazione vincolante. La sanzione pecuniaria: la tutela sostanziale e procedimentale del dirigente responsabile dell'inadempimento | 193 |
| 94. | Il problema della responsabilità del dirigente. I dubbi della Commissione speciale in ordine all'inquadramento delle raccomandazioni vincolanti nell'ambito del <i>precontenzioso</i> | 193 |
| 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 | 194 |

| | | |
|------|--|-----|
| 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 | 195 |
| 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..... | 196 |
| 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 <i>rito superspeciale</i> di cui all'art. 120, comma 2- <i>bis</i> del CPA | 196 |
| 99. | Le segnalazioni <i>qualificate</i> 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..... | 197 |
| 100. | Il rapporto tra il procedimento di adozione della raccomandazione vincolante e il contestuale giudizio. La " <i>litispendenza impropria</i> " tra i due procedimenti previsti dal comma 1 e dal comma 2 dell'art. 211 | 198 |
| 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..... | 199 |
| 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 | 201 |
| 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 | 202 |
| 104. | Il coordinamento della raccomandazione vincolante con i procedimenti sanzionatori | 204 |
| 105. | Il coordinamento dei procedimenti di vigilanza e di raccomandazione vincolante con i procedimenti aperti dinanzi a un'autorità giudiziaria | 205 |

CAPITOLO II

La disciplina regolamentare delle raccomandazioni vincolanti e della funzione di vigilanza dell'ANAC

| | |
|------|---|
| 106. | L'oggettiva incompletezza della disciplina legislativa, |
|------|---|

| | | |
|------|--|-----|
| | le lacune normative e il potere regolamentare dell'ANAC. Il nuovo "Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici" (approvato nell'adunanza del 15 febbraio 2017 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 49 del 28 febbraio 2017 e in vigore dal 1 marzo 2017)..... | 208 |
| 107. | La sostituzione integrale del precedente regolamento del 2014 | 209 |
| 109. | L'ambito oggettivo di applicazione del regolamento. La disciplina organica della vigilanza e i limiti della normativa secondaria introdotta dall'ANAC..... | 209 |
| 110. | Gli effetti tipici della vigilanza: la disciplina regolamentare delle "raccomandazioni semplici" e delle "raccomandazioni vincolanti". Le carenze riguardanti l'attività istituzionale dell'ANAC di segnalazione, proposta e denuncia | 210 |
| 111. | Gli elementi innovativi del regolamento. I principi relativi al potere di vigilanza nel vecchio e nel nuovo codice | 211 |
| 112. | La riconduzione del procedimento alla disciplina generale e ai principi della legge n. 241/1990. Gli aspetti positivi della nuova regolamentazione | 211 |
| 113. | Le disposizioni procedurali del regolamento: i limiti e le criticità | 212 |
| 114. | La struttura generale e le definizioni del regolamento. La rilevanza autonoma della categoria della raccomandazione "non vincolante" | 212 |
| 115. | L'oggetto del regolamento: il complessivo esercizio dei poteri di vigilanza di cui agli artt. 211, comma 2, e 213 del Codice. Le funzioni non contemplate dall'atto..... | 213 |
| 116. | La programmazione e i criteri dell'intervento dell'ANAC. La Direttiva annuale sullo svolgimento della funzione di vigilanza | 213 |
| 117. | L'iniziativa del procedimento. L'attività di vigilanza d'ufficio e su segnalazione | 213 |
| 118. | Le modalità di presentazione delle segnalazioni (art. 5) | 214 |
| 119. | Le segnalazioni anonime e la loro ordinaria archiviazione | 215 |
| 120. | L'archiviazione delle segnalazioni carenti e incomplete e il filtro preliminare svolto dagli Uffici..... | 215 |
| 121. | I rapporti tra il procedimento di vigilanza e il procedimento di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1 | 215 |

| | | |
|------|---|-----|
| 122. | I rapporti tra il procedimento di vigilanza e il giudizio innanzi al giudice amministrativo (art. 9 del regolamento)..... | 216 |
| 123. | Il responsabile del procedimento e le competenze del dirigente dell'ufficio..... | 216 |
| 124. | L'ordine di priorità delle segnalazioni..... | 216 |
| 125. | Gli atti conclusivi tipici del procedimento di vigilanza: raccomandazioni <i>vincolanti</i> e raccomandazioni "semplici"..... | 217 |
| 126. | I presupposti sostanziali dell'atto di raccomandazione vincolante. Le <i>gravi violazioni</i> e la loro identificazione regolamentare..... | 217 |
| 127. | La comunicazione di avvio del procedimento di vigilanza..... | 218 |
| 128. | L'avvio del procedimento e il limite dell'inizio dell'esecuzione del contratto..... | 218 |
| 129. | La partecipazione all'istruttoria e le garanzie procedurali della stazione appaltante e dei terzi..... | 219 |
| 130. | Le attività istruttorie dell'Ufficio: La struttura inquisitoria del procedimento e la richiesta di informazioni, chiarimenti e documenti..... | 219 |
| 131. | L'audizione dei soggetti partecipanti al procedimento..... | 219 |
| 132. | Le ispezioni..... | 220 |
| 133. | La sospensione dei termini del procedimento..... | 220 |
| 134. | L'istituto tipico della " <i>comunicazione di risultanze istruttorie</i> " (CRI)..... | 221 |
| 135. | La conclusione del procedimento istruttorio..... | 222 |
| 136. | Il procedimento in forma semplificata (art. 21)..... | 222 |
| 137. | La comunicazione dell'atto di raccomandazione vincolante e la verifica sulla sua esecuzione..... | 223 |
| 138. | Il riesame della raccomandazione vincolante: una disciplina non più contemplata nel testo finale del regolamento..... | 223 |
| 139. | La previsione dello schema regolamentare (superflua) della impugnabilità giurisdizionale della raccomandazione vincolante..... | 225 |
| 140. | La comunicazione dell'atto di <i>raccomandazione non vincolante</i> e la verifica della sua attuazione..... | 225 |
| 141. | L'attività di vigilanza sui casi di somma urgenza e di protezione civile..... | 226 |
| 142. | Il regime generale delle comunicazioni..... | 227 |
| 143. | Le disposizioni transitorie; l'entrata in vigore e le abrogazioni. Le criticità..... | 227 |

PARTE IV
 DAL PRECONTENZIOSO AL *PLUSCONTENZIOSO*
 LA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE *SPECIALE*
 DELL'ANAC AI SENSI DELL'ART. 211, COMMI 1-BIS,
 1-TER E 1-QUATER. I *PARERI MOTIVATI* E L'IMPUGNAZIONE
 DEI PROVVEDIMENTI AFFETTI DA GRAVI VIOLAZIONI
 DEL CODICE

CAPITOLO I

*La nuova disciplina del precontenzioso: il potere speciale
 dell'ANAC di adottare pareri motivati e di impugnare
 i provvedimenti affetti da gravi violazioni del codice*

144. Il nuovo istituto introdotto dall'art. 52-ter del decreto legge n. 50/2017, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 21 giugno 2017, n. 96: dalle ceneri delle raccomandazioni vincolanti sorge il potere di azione (“*advocacy*”) dell'ANAC. L'estensione del modello della legittimazione processuale speciale attribuita all'AGCM234
145. Il modello concettuale della funzione di “*advocacy*”: dalla diretta produzione unilaterale di effetti giuridici alla sollecitazione dei poteri di altri soggetti pubblici. Il coordinamento paritario tra le istituzioni e le suggestioni della “*soft law*”. Il primato del processo giurisdizionale nell'accertamento del diritto oggettivo e delle sue violazioni. Verso un ridimensionamento del ruolo istituzionale dell'ANAC?236
146. La scelta legislativa del 2017 e le sue ragioni. L'adesione alla originaria proposta formulata dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato. L'impossibilità di verifiche sul concreto funzionamento dell'istituto delle raccomandazioni vincolanti239
147. L'inversione del ruolo sostanziale e processuale assegnato all'ANAC nel contrasto alle illegittimità commesse dalla stazioni appaltanti: da parte resistente a soggetto attore in giudizio240
148. Il confronto di dettaglio con la previsione dell'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990: analogie e differenze. Il problema della “*esportabilità*” al settore degli appalti dell'istituto previsto in materia di tutela della concorrenza242

| | | |
|------|---|-----|
| 149. | Le differenze dallo schema proposto dal Consiglio di Stato: il regolamento attuativo dell'ANAC sostituisce le linee guida..... | 246 |
| 150. | La portata sistematica delle differenze di contenuto tra l'art. 21- <i>bis</i> e l'art. 211: l'unitarietà dell'istituto della legittimazione processuale speciale..... | 247 |
| 151. | Il fondamento della legittimazione processuale dell'ANAC. Le tesi della dottrina e della giurisprudenza riferite ai poteri dell'AGCM di cui all'art. 21- <i>bis</i> . La ricerca del collegamento con una posizione sostanziale differenziata. Il carattere speciale o straordinario del potere di azione e le nuove tendenze della giurisdizione oggettiva | 248 |
| 152. | Il riconoscimento problematico della titolarità di una posizione di diritto sostanziale dell'AGCM secondo la giurisprudenza. I dubbi della dottrina..... | 250 |
| 153. | Altre ipotesi di legittimazione processuale speciale attribuita a soggetti pubblici | 251 |
| 154. | La tesi sostanzialista della legittimazione dell'AGCM e dell'ANAC. La portata innovativa e non meramente ricognitiva delle norme. L'attenuazione o la specificazione del requisito dell'interesse al ricorso? Una legittimazione “ <i>espressa</i> ”, “ <i>straordinaria</i> ” o “ <i>speciale</i> ”?..... | 253 |
| 155. | La legittimazione speciale dell'ANAC è basata sulla “superiorità” degli interessi pubblici affidati alla sua cura? | 254 |
| 156. | I possibili dubbi sulla legittimità costituzionale dell'istituto di cui all'art. 21- <i>bis</i> . La loro eventuale estensione alla disciplina della legittimazione speciale dell'ANAC. La compatibilità con gli artt. 103, 113 e 125 della Costituzione | 255 |
| 157. | I limiti della legislazione statale in materia di contratti pubblici e il potere di azione dell'ANAC nei confronti delle Regioni e delle autonomie locali | 257 |

CAPITOLO II

L'ambito di applicazione della nuova disciplina: la “materia” dei contratti pubblici e i suoi confini. Le limitazioni al potere di azione dell'ANAC

| | | |
|------|--|-----|
| 158. | Le questioni operative. L'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione del nuovo istituto: l'intento limitativo perseguito dal legislatore..... | 259 |
|------|--|-----|

| | | |
|------|---|-----|
| 159. | L'ambito soggettivo di applicazione della norma: le "stazioni appaltanti" e la definizione del codice. La dilatazione del concetto di "qualsiasi amministrazione" prevista dall'art. 21- <i>bis</i> | 262 |
| 160. | La limitazione del potere di ricorso ai soli contratti di rilevante impatto. La discrezionalità dell'ANAC nella individuazione delle procedure di affidamento meritevoli di controllo..... | 264 |
| 161. | L'assenza di un potere di azione relativo alla fase di esecuzione dei contratti | 265 |
| 162. | L'elenco degli atti impugnabili. La menzione specifica dei bandi di gara. La legittimazione dell'ANAC comprende anche i regolamenti riguardanti i contratti pubblici? | 266 |
| 163. | Il perimetro oggettivo di applicazione della norma: i "contratti pubblici di lavori servizi e forniture"; gli appalti e gli altri tipi contrattuali, le concessioni..... | 267 |
| 164. | L'ambito oggettivo di applicazione della norma: lavori, servizi e forniture; i contratti esclusi dalla disciplina del codice. Il problema dei contratti attivi | 268 |
| 165. | Il parametro di legittimità delle censure deducibili dall'ANAC: la disciplina dei contratti pubblici e le violazioni "del presente codice" | 269 |
| 166. | La nozione di "grave" violazione del codice..... | 270 |
| 167. | L'ANAC ha il potere di denunciare i vizi di incompetenza e di eccesso di potere? La rilevanza dei "principi" e la flessibilità delle Linee Guida..... | 270 |

CAPITOLO III

La fase procedimentale preliminare alla proposizione del ricorso e l'emanazione del parere motivato

| | | |
|------|--|-----|
| 168. | Il procedimento preliminare all'esercizio dell'azione davanti al giudice secondo il comma 1- <i>ter</i> . Le diverse fasi dell'iter e le questioni aperte..... | 274 |
| 169. | La fase preliminare è condizione di ammissibilità del ricorso? La tesi della giurisprudenza riferita all'art. 21- <i>bis</i> : il parere motivato è sempre necessario presupposto della successiva azione giudiziaria..... | 276 |
| 170. | I termini dell'eventuale ricorso non preceduto dal parere motivato. Gli strumenti per attivare un rapido ricorso giurisdizionale | 278 |

171. La necessità di distinguere le tre fasi in cui si articola l'iter preliminare. Il procedimento, nel suo complesso, ha natura giuridica privata o amministrativa?280
172. La scelta dell'ANAC di attivare il procedimento di cui all'art. 211: è un potere libero, discrezionale, doveroso, o eventualmente autovincolato? Un obbligo limitato di concludere il procedimento, di adottare il parere motivato, di agire in giudizio? La doverosità è condizionata dalla provenienza soggettiva dell'atto di iniziativa?281
173. Gli strumenti di reazione alla violazione dell'eventuale dovere di procedere dell'ANAC. La decisione di non pronunciare il parere motivato e la mera inerzia. La determinazione di non agire in giudizio. La difficoltà di configurare una tutela costitutiva-annullatoria. Una responsabilità risarcitoria dell'Autorità?283
174. La prima fase preliminare, finalizzata all'adozione del parere motivato. L'iniziativa di "denuncia" dei soggetti privati285
175. Le segnalazioni dei terzi autonomamente legittimati al ricorso285
176. La posizione dei terzi autonomamente legittimati al ricorso contro il provvedimento illegittimo della stazione appaltante e il dubbio potere di intervento nel successivo eventuale giudizio proposto dall'ANAC286
177. Il problema della attuazione del Considerando n. 122 e la tutela dei "cittadini-contribuenti" imposta dal diritto UE. L'inadeguatezza dell'istituto della legittimazione speciale dell'ANAC e l'opportunità di un intervento legislativo mirato287
178. Le segnalazioni provenienti da soggetti pubblici qualificati: un dovere di procedere dell'ANAC?289
179. Le possibili sovrapposizioni con il potere di azione dell'AGCM e la leale collaborazione fra le due Autorità. Le violazioni accertate nel corso del procedimento precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1289
180. Gli eventuali atti di preiniziativa adottati da soggetti privati o pubblici possono costituire un obbligo di procedere in capo all'Autorità?290
181. Il termine di conclusione della prima fase del procedimento preliminare (emissione del parere motivato) e la sua decorrenza292

182. La decorrenza del termine di sessanta giorni nella disciplina dell'art. 21-*bis*. La conoscenza qualificata dell'atto e della sua effettiva lesività della concorrenza293
183. La natura perentoria del termine di sessanta giorni per l'emanazione del parere. Il parere motivato tardivo, ma non finalizzato alla proposizione dell'azione dinanzi al TAR, è legittimo? Quali effetti giuridici produce?295
184. La decorrenza del termine per l'emanazione del parere motivato e le regole dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990. Il parere motivato è soggetto al limite temporale di diciotto mesi e al principio del termine ragionevole?296
185. Il problema della partecipazione della stazione appaltante e dei terzi alle due fasi del procedimento. Le possibili ragioni della asserita eliminazione – o attenuazione – del contraddittorio procedimentale nella fase precedente la pronuncia del parere motivato. La tesi del contraddittorio differito alla fase successiva298
186. Le obiezioni alla tesi del “contraddittorio differito”. L'utilità della partecipazione nella fase antecedente la pronuncia del parere motivato. La disciplina regolamentare delle raccomandazioni vincolanti299
187. Il termine perentorio di sessanta giorni riguarda l'adozione del parere motivato o la sua comunicazione alla stazione appaltante? La decorrenza del termine per la conformazione. Le conseguenze della comunicazione301
188. La conclusione della prima fase del procedimento preliminare: la controversa natura giuridica del parere motivato e dei suoi effetti giuridici. La tesi della mera “dif-fida” civilistica. L'avvio di un procedimento di autotutela doverosa? L'obbligo di procedere della stazione appaltante. Il contenuto della motivazione301
189. I possibili effetti sostanziali del parere motivato. Vi è un dovere della stazione appaltante di attivare un procedimento di autotutela e di concluderlo con un provvedimento espresso? La stazione appaltante è soggetta alla disciplina di cui all'art. 21-*nonies*? L'effetto di liceità del parere motivato e la motivazione dell'interesse pubblico. I terzi possono agire per denunciare la mancata conformazione al parere motivato?304
190. Il parere motivato è autonomamente e immediatamente

- impugnabile? La tesi negativa della giurisprudenza e il suo fondamento: l'asserita mancanza di lesività attuale. L'orientamento riguardante la non impugnabilità dei pareri non vincolanti di precontenzioso (art. 211, comma 1). In caso di impugnazione del provvedimento di recepimento adottato dalla stazione appaltante, è necessaria l'impugnazione congiunta del parere dell'Autorità? L'ANAC è parte necessaria di tale eventuale giudizio?307
191. I provvedimenti adottati "spontaneamente" dall'amministrazione in seguito alla pronuncia del parere motivato. La conferma della originaria determinazione; l'annullamento in autotutela. L'inerzia della stazione appaltante è contestabile dai terzi interessati mediante l'azione contro il silenzio?.....309
192. Il termine assegnato all'amministrazione per l'adeguamento al parere motivato: la decorrenza e il problema della sua natura ordinatoria o perentoria. Il provvedimento tardivo e i suoi effetti. La facoltà dell'ANAC di proporre il ricorso prima della scadenza del termine, in caso di rifiuto esplicito di conformazione al parere motivato. La tesi del carattere dilatorio del termine311

CAPITOLO IV

La fase processuale e le peculiarità del giudizio introdotto dall'ANAC

193. Dal parere motivato alla proposizione del ricorso: un procedimento di (semplificata) evidenza pubblica per la decisione di proporre il ricorso? Il problema dei termini316
194. L'oggetto del giudizio nel caso di determinazione espressa di conferma dell'originario provvedimento316
195. L'ANAC deve dimostrare la sussistenza di un concreto diretto e attuale interesse al ricorso? La legittimazione speciale si connette al mero interesse alla legittimità delle procedure? L'ampiezza dell'interesse concreto e la necessità della sua permanenza nel corso del giudizio.....318
196. La competenza territoriale. L'applicazione delle regole generali e la inoperatività della competenza funzionale del TAR Lazio.....321
197. Il rito applicabile all'azione speciale dell'ANAC e il rinvio all'art. 120 del CPA. La previsione ha valore me-

| | | |
|------|--|-----|
| | ramente ricognitivo? Il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso e la sua decorrenza | 322 |
| 198. | Le regole processuali applicabili. La portata del rinvio all'art. 120 CPA. La compatibilità dell'azione proposta dall'ANAC con il rito superspeciale su ammissioni ed esclusioni. Il giudizio in materia di infrastrutture strategiche. Le questioni riguardanti l'inefficacia del contratto e le sanzioni alternative | 323 |
| 199. | Lo spazio per il giudizio cautelare e il problematico coordinamento con la fase preliminare del procedimento. Il pregiudizio concreto, grave e irreparabile, allegato dall'ANAC | 324 |
| 200. | La proposizione di motivi aggiunti da parte dell'ANAC e l'impugnazione di provvedimenti connessi: è necessaria l'emanazione di un nuovo parere motivato? Il problema del ricorso incidentale della stazione appaltante o del terzo avverso il parere motivato o le altre determinazioni presupposte dell'ANAC | 326 |
| 201. | Il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato secondo le regole generali. Le differenze dalla disciplina di cui all'art. 21- <i>bis</i> | 327 |
| 202. | Le domande proponibili al giudice amministrativo. L'azione di annullamento esaurisce la legittimazione speciale dell'ANAC? La richiesta della pronuncia di inefficacia del contratto. L'applicazione delle sanzioni alternative | 328 |
| 203. | La necessaria corrispondenza tra i vizi dedotti in giudizio e quelli enunciati nel parere motivato | 330 |
| 204. | La proponibilità di questioni incidentali di legittimità costituzionale o comunitaria: il limite formale delle "violazioni del codice". Il rapporto dell'ANAC con il legislatore nazionale. La compatibilità con il potere di segnalazione di cui all'art. 213 | 330 |
| 205. | L'appello e le altre impugnazioni | 331 |
| 206. | La fase transitoria e il regolamento attuativo di cui al comma 1- <i>quater</i> | 332 |

APPENDICE NORMATIVA CORREDATA
DAI PARERI DEL CONSIGLIO DI STATO

| | | |
|---|------------------------------------|-----|
| – | D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 | 337 |
|---|------------------------------------|-----|

| | | |
|---|---|-----|
| – | Regolamento del 20 luglio 2016..... | 339 |
| – | Modulo informatico per la presentazione di richiesta di parere | 343 |
| – | Regolamento del 5 ottobre 2016 | 347 |
| – | All. 1 Modulo informatico per la presentazione di istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016..... | 352 |
| – | All. 2 Modulo informatico per la presentazione di istanza congiunta di parere di precontenzioso ex art. 211, com- ma 1, del d.lgs. n. 50/2016 | 353 |
| – | Regolamento del 15 febbraio 2017..... | 355 |
| – | I Pareri del Consiglio di Stato..... | 369 |
| – | Consiglio di Stato, commissione speciale – parere 14 settembre 2016 n. 1920..... | 374 |
| – | Parere numero 2777/2016 del 28 dicembre 2016..... | 396 |
| – | Parere 30/03/2017, n. 782 - Consiglio di Stato - Com- missione speciale | 435 |
| – | Comunicato stampa | 437 |