

---

Margherita Ramajoli

## **IL PRECONTENZIOSO NEI CONTRATTI PUBBLICI TRA LOGICA PREVENTIVA E TUTELA OGGETTIVA**

in **Diritto Processuale Amministrativo, fasc. 2, 2018**

Sommario: 1. Contratti pubblici e rimedi non contenziosi. — 2. L'impostazione anticipatrice della disciplina processuale dei contratti pubblici. — 3. Vita breve dei rimedi non contenziosi pubblicistici. — 4. L'evoluzione normativa del parere di precontenzioso. — 5. Regolazione flessibile e consensualità. — 6. Rimedi di precontenzioso o di moltiplicazione del contenzioso? — 7. Una tutela di tipo oggettivo del mercato dei contratti pubblici?

1. Il settore dei contratti pubblici da tempo è divenuto terreno di sperimentazioni di istituti inediti, riconducibili, almeno in senso lato, alla grande famiglia degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie (ADR ovvero Alternative Dispute Resolution). Infatti le ADR evocano un fenomeno dai contorni sfumati e ancora indefiniti, caratterizzato dal minimo comune denominatore dell'obbedienza a un modello non tradizionale di regolazione dei conflitti, sia attuali sia potenziali.

In generale gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie si prefiggono numerose finalità: non solo la riduzione del carico giudiziario, l'eliminazione degli alti costi, delle lungaggini e dei tecnicismi del processo tradizionale, in un'ottica di risposta alle disfunzioni del sistema giudiziario; ma anche l'adozione di soluzioni condivise e la soddisfazione di un'istanza di differenziazione nella tutela, all'insegna della specificità, proporzionalità e appropriatezza. In ambito pubblicistico poi a questi scopi se ne aggiungono ulteriori, quali il miglioramento della qualità delle decisioni pubbliche e la moralizzazione dell'amministrazione, rendendo palesi accordi altrimenti destinati a non emergere.

Tuttavia sono profondamente errate le rappresentazioni manichee che collocano, da una parte, la giustizia tradizionale, costosa, lontana ed inefficiente e, dall'altra,

la giustizia non giurisdizionale, accessibile, vicina ed efficace (1).

Per sfuggire a questa trappola occorre condurre un ragionamento di più ampio respiro. Tanti sono i possibili modelli di giustizia non tradizionale, anche rimanendo nello stretto ambito pubblicistico. Il loro buon funzionamento e la loro reale efficacia dipendono da molteplici variabili, non tutte d'immediata individuazione. Di conseguenza ogni generalizzazione è fuorviante.

In ordinamenti di civil law diversi dal nostro i mezzi di tutela alternativa previsti in campo pubblicistico sono stati concepiti prevalentemente, anche se non esclusivamente, come rimedi endoprocessuali. Ciò significa che essi sono una sorta di parentesi all'interno di una procedura giurisdizionale già avviata, con una rigida separazione tra fase conciliativa e fase decisoria.

In Germania nel 2012 e in Francia nel novembre 2016 sono state adottate due importanti riforme che hanno generalizzato l'impiego della mediazione in seno al giudizio amministrativo, anche per le controversie squisitamente pubblicistiche.

Il codice di giustizia amministrativa francese dedica un intero capitolo alla disciplina della médiation, introdotta dalla loi n. 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI siècle, che istituisce un regime unitario per la mediazione ad iniziativa di parte e per la mediazione su impulso giudiziale (2). La riforma s'inserisce nel filone normativo che fin dal lontano 1986 aveva demandato ai Tribunaux administratifs e successivamente nel 2011 anche alle Cours administratives d'appel una missione di conciliazione (3).

Simile sotto certi aspetti alla francese la soluzione adottata in Germania. Infatti anche nell'ordinamento tedesco la mediazione è stata codificata normativamente con la legge federale sulla mediazione del 12 luglio 2012, riguardante controversie civili, commerciali e di diritto amministrativo e che estende al processo amministrativo il modello del giudice amichevole compositore, da tempo utilizzato nel processo civile (4).

Sta di fatto che la mediazione endoprocessuale a carico del giudice può risultare problematica, non essendo sempre facile assicurare l'imparzialità del decisore e la separazione dei poteri dello Stato. Così in Belgio la Corte costituzionale ha

dichiarato l'illegittimità della disciplina del c.d. administrative loop, che consiste nel potere del giudice amministrativo di rinviare all'amministrazione il provvedimento impugnato con l'invito ad emendarlo nel caso in cui esso presenti vizi formali tali da non incidere sul suo contenuto, rendendo non suscettibile di ulteriori impugnazioni il provvedimento corretto. A detta del giudice costituzionale belga, il meccanismo in questione metterebbe a repentaglio la terzietà del giudice: costui, invitando l'amministrazione ad intervenire in senso correttivo, si pronuncerebbe già sulla sussistenza del vizio, difettando così della necessaria indipendenza nell'eventualità di prosecuzione del giudizio (5).

In Italia, invece, anzitutto manca una disciplina sui rimedi alternativi pubblicistici di portata generale, ossia valevole per ogni tipo di controversia con la pubblica amministrazione (6).

In secondo luogo, i rimedi alternativi, laddove previsti dal legislatore di diritto speciale, obbediscono al differente modello del rimedio extraprocessuale e non endoprocessuale; ciò in linea con la concezione del processo come risorsa scarsa da preservare (7).

Ad esempio, nei settori di pubblica utilità (energia elettrica, gas, servizi idrici, comunicazioni elettroniche) il rimedio alternativo è configurato come una tappa intermedia e spesso necessaria rispetto alla (eventuale) tappa finale rappresentata dal processo. La tutela giurisdizionale è concepita dal legislatore come rimedio estremo, attivabile solo una volta che siano stati esperiti tutti i rimedi giudiziali e stragiudiziali di risoluzione della controversia.

Nei settori di pubblica utilità giocano a vantaggio dei rimedi alternativi tempi più rapidi e costi più contenuti, che sono esigenze universali per il soggetto richiedente tutela. Nel caso poi in cui siano coinvolti gli utenti dei servizi le controversie sono per lo più bagatellari e conseguentemente l'ulteriore funzione assolta dai rimedi alternativi è, in parte, simile a quella propria delle azioni di classe: far emergere un contenzioso latente, che altrimenti non avrebbe modo di manifestarsi a causa della sproporzione tra il modico valore della controversia e le alte spese per adire la tutela giurisdizionale. Ancora, coloro che agiscono in questi specifici settori sono soliti intrattenere tra loro relazioni giuridiche di lunga durata. Pertanto ben si adatta a questa specifica circostanza un rimedio, come quello alternativo, caratterizzato

dalla ricerca di una possibilità di permanenza e di convivenza proiettata nel futuro, piuttosto che dall'intento di stabilire chi abbia avuto ragione o torto nel passato (8).

Non altrettanto agevole è individuare la logica dei rimedi alternativi nel settore dei contratti pubblici e in particolare nella fase propriamente pubblicistica, contraddistinta da spendita di potere amministrativo e dalla titolarità di interessi legittimi in capo ai privati (9).

In tale fase i rimedi extraprocessuali sono alternativi al giudizio in una forma blanda ed edulcorata: essi hanno la funzione, non di sostituire, bensì di evitare il contenzioso, e così si collocano nella terra di mezzo tra procedimento amministrativo e processo. Essi operano come rimedi precontenziosi, nel senso che sono attivabili prima dell'apertura di un giudizio, proprio al fine di evitare la patologia delle vie giudiziarie impedendo in via anticipata il sorgere di una controversia (10).

L'elemento anticipatorio caratterizza e qualifica tutti i rimedi non giurisdizionali in ambito contrattualistico e merita di essere approfondito nella sua problematicità. In particolare la problematicità è dovuta al condizionamento derivante dal termine di decadenza per ricorrere in giudizio, che opera come strumento di garanzia dell'interesse pubblico in senso lato (11).

Alla logica anticipatoria si lega poi un altro elemento caratterizzante i rimedi, più controverso e non d'immediata percezione: nel settore dei contratti pubblici sottotraccia agli strumenti di precontenzioso vi è anche un'istanza di ripristino della legalità, idonea a provocare una torsione in senso oggettivo dei rimedi in questione.

2. Alzando lo sguardo e prestando attenzione all'intero sistema degli appalti pubblici emerge come una logica anticipatrice e preliminare non caratterizzi solo i rimedi alternativi, ma pervada pure l'attuale processo in materia.

Infatti il codice impone l'impugnazione immediata dei provvedimenti di esclusione e di ammissione, con l'impossibilità di far valere i relativi vizi in sede d'impugnazione dell'aggiudicazione. Gli eventuali vizi della fase di ammissione devono essere contestati prima dello svolgimento della gara, alla quale possono partecipare solo i

soggetti in possesso dei requisiti necessari.

Dispone infatti l'art. 120, comma 2-bis, del c.p.a., introdotto dal codice dei contratti, che “il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa [...] va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante [...]. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale”.

Quest'anticipazione della tutela costituisce una reazione alla distorsione patologica subita nel corso del tempo dal contenzioso amministrativo sui contratti pubblici. Esso — come è stato evidenziato (12) — era divenuto in gran parte “retrospettivo” e “incentrato sulla fase prodromica dell'effettiva presenza dei titoli di partecipazione”. Di conseguenza, la “ipertrofia di un contenzioso sostanzialmente postumo” si traduceva spesso nella caducazione ex post dell'intera procedura per vizi relativi alla fase preliminare, con un chiaro dispendio di risorse sia economiche sia temporali.

Così, mentre la disciplina precedente precludeva l'impugnazione diretta e immediata delle ammissioni, sulla base del presupposto che l'impresa fosse titolare di un interesse concreto e attuale a contestare l'ammissione altrui solo a conclusione della procedura selettiva, ora è previsto l'onere di impugnazione immediata dell'altrui ammissione alla procedura di gara. L'interesse concreto ed attuale a contestare l'ammissione altrui è declinabile anche come interesse al corretto svolgimento della gara, scisso ed autonomo, sebbene strumentale, rispetto a quello all'aggiudicazione (13).

In questa maniera è tutelato in via autonoma l'interesse alla legittima formazione della platea dei partecipanti alla gara. In altri termini, emerge l'esigenza pubblica della moralità della gara e dell'efficienza nel risultato della scelta del contraente, con l'effetto di colorare di oggettività i tratti della giurisdizione in materia (14).

L'enfaticizzazione dell'interesse alla legalità delle procedure di gara non è propria del solo diritto interno. Essa risulta anche dal complesso delle direttive del 2014 (2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE) e in particolar modo dal 122° considerando della direttiva 24. Quest'ultimo prevede che “i cittadini, i soggetti

interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso” “hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto”. Di conseguenza, essi “dovrebbero ... avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso ... e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all'autorità o alla struttura competente”.

Ma soprattutto elementi di oggettività nella disciplina dei contratti pubblici emergono nella fase preprocessuale. Si chiude così idealmente un cerchio che riporta alle origini delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione, in cui dominava una garanzia a presidio della legalità ordinamentale. Si tratta di una tendenza recente, in quanto strettamente legata agli incisivi poteri attribuiti all'ANAC in tema di precontenzioso. Questi ultimi obbediscono a una logica di tutela rafforzata della legalità nelle procedure di gara. Il tratto caratterizza specialmente il complesso meccanismo attivabile d'ufficio ed eventualmente sfociante nella legittimazione a ricorrere in capo all'ANAC.

Tuttavia l'attuale assetto dei rimedi di precontenzioso demandati all'ANAC non nasce dal nulla e ciò impone anzitutto di guardare al passato.

3. La storia dei rimedi precontenziosi nei contratti pubblici mostra un procedere per continui tentativi, come se fosse difficile, quasi impossibile, congegnare uno strumento che non porti con sé più questioni di quante intenda risolvere.

La materia è sempre in evoluzione e stenta a trovare un suo assetto stabile. Varie ragioni rendono il quadro problematico e mutevole. In primo luogo due elementi di specialità condizionano i rimedi di precontenzioso nei contratti pubblici: da un lato, le decisioni da assumere in ordine alla conclusione di un contratto per l'acquisto di beni o per ottenere un servizio oppure ancora per eseguire dei lavori devono essere prese in maniera rapida, a tutela dell'interesse generale della collettività; dall'altro, le controversie in materia solitamente non sono bilaterali, bensì multipolari, in quanto coinvolgono una pluralità di soggetti (la stazione appaltante, l'impresa aggiudicataria, le imprese non vincitrici, e, ancor prima, le eventuali imprese escluse dalla competizione). Anche altri fattori, non più fattuali, bensì giuridici incidono sull'effettività dei rimedi in questione: il legislatore difetta nel

predisporre le condizioni normative per rendere efficaci i rimedi; le caratteristiche dei vari strumenti poco si conciliano con i principi generali del diritto amministrativo; il termine brevissimo di decadenza per la proposizione dell'azione giurisdizionale tende a sovrapporsi al termine di conclusione della parentesi precontenziosa.

Così vi è una costante in materia di contratti pubblici, una sorta di movimento a pendolo tra la previsione di un meccanismo alternativo e il suo successivo superamento. Si tratta di una invariante che emerge plasticamente già dalla dialettica tra la direttiva 92/13/CEE, che aveva introdotto una procedura di conciliazione attivabile da chiunque avesse avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un appalto e che ritenesse di essere stato leso a causa di una pretesa violazione del diritto comunitario in materia (artt. 9 ss.) e la successiva direttiva 2007/66/CE, che di contro ha abolito questo meccanismo di conciliazione. La ragione alla base della soppressione del rimedio alternativo è esplicitata dal 30° considerando della direttiva 2007/66/CE, che evidenzia la “sua natura difficilmente compatibile con il rispetto dei termini particolarmente brevi dei ricorsi diretti ad ottenere provvedimenti provvisori e di annullamento delle decisioni illegittime”.

Venendo ai concreti strumenti introdotti dal nostro legislatore, vita breve ha avuto l'istituto dell'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale, previsto dall'art. 243-bis del precedente codice degli appalti pubblici (d. lg. 12 aprile 2006, n. 163) e non più ripreso dal nuovo codice. L'informativa è stata costruita dalla legge non come requisito di procedibilità del ricorso giurisdizionale, né come produttiva dell'effetto di sospensione del decorso del breve termine di proposizione del ricorso stesso. Sono quindi mancati i presupposti normativi per agevolare l'adozione da parte della stazione appaltante di un provvedimento in autotutela idoneo a porre fine già in sede di precontenzioso a un potenziale conflitto (15).

Vita breve, se non brevissima, ha avuto la raccomandazione vincolante rivolta dall'ANAC alla stazione appaltante, introdotta dall'art. 211, comma 2, del nuovo codice, ma eliminata dopo solo un anno dal correttivo al medesimo (art. 52-ter del d. lg. 19 aprile 2017, n. 56).

Anche questo invito vincolante dell'ANAC ad esercitare l'autotutela amministrativa, al pari dell'informativa del privato dell'intento di proporre ricorso giurisdizionale, è rimedio di prevenzione del contenzioso in un senso lato. Esso infatti impedisce alla

radice l'esplosione di conflitti formali e obbedisce alla logica guicciardiana delle quarantaglie amministrative (16).

La raccomandazione ad agire in autotutela ed a rimuovere gli eventuali effetti degli atti di gara reputati illegittimi, presidiata da una sanzione amministrativa pecuniaria e da conseguenze sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, ha fatto versare fiumi di inchiostro, anche se in concreto non ha trovato pressoché alcuna applicazione.

Tantissimi i profili problematici che siffatta imposizione dell'esercizio dell'autotutela recava con sé. Due almeno meritano di essere ricordati: da un lato, sanzionare una condotta non perché contrastante con la disciplina di settore, quanto piuttosto perché non in linea con il pur autorevole avviso dell'Autorità di settore risultava di difficile accettabilità sistematica, specie in considerazione del fatto che nessun rapporto gerarchico era configurabile tra Autorità di settore e stazione appaltante; dall'altro, l'espressa previsione dell'impugnabilità della raccomandazione vincolante rischiava di produrre un incremento dei ricorsi giurisdizionali, con un effetto di moltiplicazione, anziché di riduzione dei conflitti, del tutto in contrasto con la logica dei rimedi di prevenzione del contenzioso (17).

Si arriva dunque all'attuale disciplina, in cui i rimedi preventivi sono due e precisamente il parere di precontenzioso dell'ANAC e il complesso meccanismo che prevede una fase preliminare in cui sempre l'ANAC emana un parere-diffida e una eventuale fase processuale che s'instaura a seguito della mancata ottemperanza a siffatto parere. Rimedi diversi tra loro, basti pensare che il primo è provocato dall'istanza di parte, mentre il secondo è attivabile d'ufficio, e che generano problematiche distinte.

4. Come già osservato, il parere di precontenzioso è rimedio alternativo alla giurisdizione nel senso -anticipatorio- che mira ad impedire preventivamente il sorgere di una controversia. La sua disciplina risulta dall'art. 211, comma 1, del codice e dal relativo regolamento emanato dall'ANAC il 5 ottobre 2016. L'ANAC rilascia un parere qualora abbia ricevuto una richiesta vuoi dalla stazione appaltante vuoi da una delle altre parti coinvolte nella procedura di gara, vuoi da associazioni e comitati portatori di interessi collettivi. Il parere deve riguardare questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara (relative, ad

esempio, ad atti di avvio, ammissioni oppure esclusioni delle imprese, valutazione delle offerte, aggiudicazione, ma può trattarsi anche di semplici questioni di carattere interpretativo) ed è rilasciato, una volta sentite le parti coinvolte, entro il termine di trenta giorni dal momento in cui è stata formulata la richiesta.

L'attuale parere costituisce un'evoluzione del parere facoltativo non vincolante espresso in precedenza dall'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici e poi dall'ANAC, nell'ambito del suo più generale potere di controllo. Infatti il vecchio codice dei contratti aveva già contemplato la possibilità che l'Autorità di settore rilasciasse un parere vertente su questioni sorte durante le procedure di gara, il quale poteva eventualmente sfociare nella formulazione di un'ipotesi di soluzione (art. 6, comma 7, lett. n), del d. lg. n. 163/2006).

Nel regime precedente il carattere espressamente non vincolante del parere determinava alcune conseguenze: da un lato, il destinatario del parere avrebbe potuto discostarsi da esso con un provvedimento congruamente motivato; dall'altro, la concreta lesività del parere si manifestava solo nell'ipotesi in cui esso fosse stato trasposto o richiamato nell'atto conclusivo del procedimento che disponeva in senso negativo per l'interessato, mentre di lesività non si poteva parlare prima di tale recepimento formale (18).

“L'incidenza sulla fattispecie” del parere dell'ANAC privo di valore vincolante doveva essere valutata solo in relazione alla “capacità d'integrare la motivazione del provvedimento finale”, con la conseguenza che l'atto era ritenuto impugnabile unitamente al provvedimento finale che lo recepiva, altrimenti il ricorso era da ritenere inammissibile per carenza di lesività (19).

In questa maniera il parere era privo di natura provvedimentale e non era idoneo a cagionare direttamente e immediatamente pregiudizio, in quanto le parti non erano obbligate a seguirlo. Esso si limitava a costituire “un contributo utile all'orientamento dei comportamenti degli operatori del settore” (20). L'effetto di moral suasion insito nel parere si ricavava anche dall'attribuzione all'Autorità di settore del potere di emanare direttive generali, qualora la richiesta di parere fosse stata reputata inammissibile, ma nondimeno il tema venisse ritenuto d'interesse generale (ancora art. 6, comma 7, lett. n), del codice previgente).

Con il passaggio dal vecchio al nuovo codice dei contratti il parere va incontro a una trasformazione che porta a un cambio radicale di modello. Il parere, da un lato, è ancora facoltativo, dall'altro, è riconosciuto per la prima volta come vincolante (21).

Vincolante però non per espressa previsione normativa, con un conseguente effetto automatico, ma per volontà di parte. Da ciò discende che la vincolatezza non sussiste sempre e per tutti, ma solo per coloro che manifestano la volontà di uniformarsi al parere stesso. Precisa infatti l'art. 211 del codice che il parere “obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito” e pure nel caso di istanza singola è necessario manifestare espressamente la volontà di aderire al parere (art. 3, c. 1, del Regolamento ANAC).

Il responso contenuto nel parere non fa venire meno la discrezionalità dell'amministrazione — che mantiene la propria potestà decisionale ed è tenuta solo all'obbligo di motivare l'eventuale atto difforme —, né s'impone in ogni caso ai soggetti privati, liberi di aderirvi o meno (22).

Elemento qualificante dell'attuale rimedio è dunque il consenso prestato dalle parti in gioco, secondo la logica propria dei rimedi alternativi. L'efficacia dello strumento passa attraverso la disponibilità ad aderire al parere e siffatta disponibilità è strettamente legata all'autorevolezza riconosciuta al soggetto che lo ha emanato (23).

Del resto, già i pareri dell'Autorità di settore previsti dal previgente codice, pur non essendo vincolanti, raramente venivano disattesi, proprio in ragione di un condizionamento di tipo reputazionale e fiduciario, dominante in ambiti caratterizzati dalla presenza di Autorità di regolazione (24). Se nel precedente regime l'osservanza spontanea ai pareri mai vincolanti era affidata alla persuasività implicita nell'autorevolezza dell'Autorità, a maggior ragione il nuovo parere di contenzioso deve essere visto come un tassello di un disegno più ampio, ora da tracciare.

5. Per il raggiungimento della loro missione le autorità di regolazione necessitano, oltre che di strumenti giuridici di tipo tradizionale (ad esempio, sanzionatori), anche di strumenti non autoritativi, intesi ad orientare e non ad imporre. È lo stesso codice

dei contratti pubblici, all'art. 213, comma 2, a prevedere che l'ANAC debba utilizzare strumenti di regolazione flessibile (25).

Si ritiene che vi sia un profondo legame tra un diritto sostanziale non tradizionale e forme di tutela alternativa in senso lato. Infatti l'attuale ri-definizione dei nostri sistemi di giustizia è legata alla ri-definizione dei sistemi istituzionali e del sistema delle fonti del diritto.

Sul versante sostanziale si stanno imponendo istituzioni diverse (alternative) rispetto a quelle classiche, cui sono attribuite sia funzioni normative sia funzioni giudiziarie in senso ampio, come è appunto l'ANAC (26).

Sul versante del sistema delle fonti del diritto invece sta emergendo un diritto, lo si voglia chiamare soft law o meno, che è comunque espressione di cooperazione, in quanto pone in essere precetti privi di sanzione, la cui ottemperanza è volontaria e si fonda sull'autorevolezza di chi pone la regola (27).

Così l'ANAC opera anche e soprattutto mediante linee guida, che sono atti difficilmente inquadrabili all'interno delle categorie tradizionali, perché hanno qualcosa dei regolamenti classici, qualcosa delle direttive, qualcosa delle circolari, ma anche un qualcosa che sfugge ancora alla riflessione scientifica. L'art. 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici, il quale accomuna linee guida e altri atti di regolazione flessibile, lega tutti questi strumenti all'obiettivo della promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, che sono i tipici risultati attesi dalla soft law, e in questa logica le linee guida assolvono la funzione di orientamento anch'essa propria degli atti di soft law (28).

Come già sopra osservato, anche la giustizia non giurisdizionale è caratterizzata da un approccio consensuale che consente l'elaborazione di una soluzione condivisa, suggerita o agevolata da un soggetto parimenti autorevole, che è posto a signoria di un determinato settore (29).

Tra linee guida e pareri di precontenzioso dell'ANAC vi è una indubbia continuità: entrambi aspirano a svolgere una funzione di certezza e d'uniformità interpretativa e applicativa, ad orientare condotte e prevenire conflitti, svolgendo un benefico effetto sul piano della moral suasion.

Il Consiglio di Stato, nel suo parere sullo schema di regolamento dei pareri di precontenzioso, parla di “qualcosa di più di una consulenza qualificata”, sul modello dei responsa dell'antico diritto romano, “poiché il terzo da cui proviene non è un privato ma un'Autorità pubblica, che ha compiti di vigilanza e regolazione del settore” (30).

Il parere, indifferentemente vincolante o meno, si trova ad assolvere un'autentica funzione di regolazione (Regulation by litigation), nel senso che è atto idoneo ad incidere profondamente sulle condotte di tutti i soggetti che operano nel settore dei contratti pubblici. A conferma di ciò vi è la previsione, ripresa dalla precedente disciplina codicistica già sopra menzionata, secondo cui, qualora la richiesta di parere sia inammissibile (per mancanza di una questione controversa tra le parti interessate, oppure per mancanza in capo al richiedente di un concreto interesse al conseguimento del parere), l'Autorità, nonostante ciò, ha il potere di emettere ugualmente una pronuncia se ritiene di rilevante interesse la questione giuridica. Anzi, il legame tra attività generale e attività puntuale, tra indirizzo di massima e risoluzione di una singola questione controversa è reso ancora più accentuato dal fatto che in tali ipotesi la pronuncia dell'ANAC resa su istanza di parte può avere “anche carattere generale” (art. 6, comma 2, del regolamento ANAC per il rilascio dei pareri di precontenzioso).

6. Tuttavia quando dal piano delle prospettazioni teoriche si passa a quello del funzionamento concreto degli istituti emergono problematiche di non poco conto (31).

In un'ottica generale ha modo di risaltare tutta l'ambiguità degli atti di soft law: essi devono necessariamente trasformarsi in hard law, ossia in precetti vincolanti, se intendono manifestare la loro effettività nel campo giuridico. Nel momento in cui gli atti d'indirizzo o di orientamento vanno incontro a un processo d'indurimento e divengono idonei a produrre un vincolo formale (e cioè nel nostro caso da pareri tout court si tramutano in pareri vincolanti), devono soggiacere alle regole dei tradizionali atti di hard law e, conseguentemente, devono essere riconosciuti come impugnabili (32).

Tuttavia è indubbio che l'impugnabilità di atti concepiti per prevenire il contenzioso

reca con sé il rischio di un incremento del contenzioso stesso, con una eterogenesi dei fini.

Il paradossale pericolo d'incremento del contenzioso a causa della presenza di uno strumento concepito proprio per evitare tale contenzioso è particolarmente evidente nel settore dei contratti. In tale settore il passaggio dalle costruzioni astratte alla concreta operatività degli istituti fa riaffiorare quegli elementi di complessità già prima evidenziati, che rendono difficile disegnare adeguate tutele non tradizionali in tema di appalti. Il settore è animato da una molteplicità di attori che intrattengono tra loro relazioni giuridiche articolate e reclama certezza del diritto, ma, al tempo stesso, celerità dell'agire amministrativo. Così il legislatore ha dato voce a queste istanze contrapposte introducendo una disciplina dell'istituto in parte contraddittoria rispetto al suo fine ultimo di risoluzione definitiva delle questioni controverse al di fuori del processo.

Nello specifico la previsione dell'efficacia vincolante del parere ha lo scopo di rafforzare l'effettività del rimedio di precontenzioso. Tuttavia la mancata previsione di un'efficacia vincolante automatica e piena gioca a sfavore della certezza del diritto, potendosi creare tanti complicati scenari di relazioni tra parti che hanno manifestato la volontà di aderire al parere e parti che non hanno dato il loro consenso (33).

In secondo luogo l'espressa previsione dell'impugnabilità del parere rischia di aumentare e non di deflazionare il contenzioso in materia, con ciò che ne consegue in termini di costi della giustizia, ma anche, ancora una volta, di certezza del diritto. Infatti la circostanza fatto che lo strumento di precontenzioso sia impugnabile davanti al giudice porta a un allungamento della tempistica di conclusione reale delle gare d'appalto, a dispetto del fatto, sopra sottolineato, che la materia dei contratti pubblici ha invece bisogno di tempi rapidi. La parola definitiva sulla vicenda è spostata ulteriormente nel tempo, con buona pace della stabilità delle relazioni giuridiche e della tutela dell'affidamento delle parti (34).

Infine il mancato coordinamento temporale tra il termine per il rilascio del parere (trenta giorni dal momento in cui è stata formulata la richiesta di parere, termine interpretato dall'Autorità come ordinario e comunque sospeso nel caso di supplemento d'istruttoria, ai sensi del combinato disposto dell'art. 211 del codice e

dell'art. 8, comma 3, del regolamento) e il brevissimo termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale (trenta giorni ai sensi dell'art. 120 c.p.a.) rende concreto il rischio di sovrapposizione tra il rimedio di precontenzioso e il rimedio giurisdizionale.

Di conseguenza, se la questione sottoposta all'ANAC è relativa a un atto impugnabile in sede giurisdizionale (35), il parere non è idoneo a produrre un sostanziale effetto dissuasivo, visto che il soggetto interessato adirà in attesa del parere le vie giurisdizionali per non incorrere nell'inoppugnabilità dell'atto. In mancanza di correttivi legislativi, quale, ad esempio, la previsione che ricolleggi alla presentazione della richiesta di parere la sospensione del decorso del termine per la presentazione del ricorso davanti al giudice, risulta oltremodo difficile conciliare gli strumenti di deflazione del contenzioso con la struttura impugnatoria del processo sottoposta a un termine breve di ricorso (36).

7. Il rimedio maggiormente in linea con l'attuale logica della disciplina normativa dei contratti pubblici è il complesso meccanismo dato dal parere dell'ANAC di sollecito all'autotutela, inascoltato il quale sorge la legittimazione dell'Autorità stessa ad impugnare i provvedimenti della stazione appaltante. Il meccanismo, introdotto dal d.l. n. 50/2017, prevede che l'ANAC, qualora ritenga che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del codice, emette un "parere motivato" nel quale "indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati". Se la stazione appaltante non si conforma al parere entro il termine assegnato, l'ANAC può presentare ricorso al giudice amministrativo (art. 211, comma 1-ter) (37).

Al "ricorso previo parere motivato" (comma 1-ter) il legislatore del correttivo ha affiancato un "ricorso diretto" (comma 1-bis), per utilizzare il linguaggio del regolamento sull'esercizio dei poteri dell'ANAC di cui all'art. 211, commi 1-bis e 1-ter, del d. lg. n. 50/2016, attualmente in fase di approvazione. Risulta così attribuito all'Autorità un duplice potere d'agire in giudizio, a tutela dell'interesse pubblico generale, vuoi in via diretta, vuoi previo parere motivato al quale la stazione appaltante non si sia conformata. Come giustamente osservato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato (parere 26 aprile 2018, n. 1119), i poteri attribuiti all'Autorità sono diversi, "sia per il modo in cui si esprimono (ricorso diretto, nell'ipotesi del comma 1-bis; ricorso previo parere motivato, qualora la stazione

appaltante non si sia conformata a quest'ultimo, nell'ipotesi del comma 1-ter), sia per i presupposti (bandi, atti generali e provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, violativi di norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nell'ipotesi di cui al comma 1-bis; provvedimenti viziati da gravi violazioni del (presente) Codice, nell'ipotesi di cui al comma 1-ter)". Ma soprattutto solo la complessa sequenza parere motivato-legittimazione ad agire risponde -sia pure con alcune precisazioni che verranno fatte in seguito- alla logica della prevenzione del contenzioso, mirando all'adozione di soluzioni condivise dalla stazione appaltante.

La legittimazione a ricorrere previo parere motivato nasce a seguito della soppressione della raccomandazione vincolante e si colloca a metà strada tra il mero potere di segnalazione e consultivo, non dotato di particolare effettività, e, appunto, il potere di raccomandazione vincolante, che sostanzialmente si risolveva — come osservato al paragrafo 3 — in un potere d'annullamento di atti di altre amministrazioni, impossibile da attuare in mancanza di un rapporto gerarchico.

Anche se il legislatore parla di parere, in realtà l'atto in questione assolve una funzione non consultiva, bensì di controllo di legittimità su atti già emanati dalla stazione appaltante. Mentre nel modello della raccomandazione vincolante era la stazione appaltante a doversi rivolgere al giudice per sottrarsi alla raccomandazione stessa e l'ANAC era tenuta a difendere in giudizio la propria determinazione, l'attuale rimedio risponde a uno schema differente: se la stazione appaltante non si adegua all'avviso dell'Autorità, sarà quest'ultima ad adire le vie giurisdizionali, attaccando così in giudizio i provvedimenti della stazione appaltante.

L'istituto risponde alla logica della tutela preventiva volta ad evitare il ricorso agli strumenti giurisdizionali, con la spontanea collaborazione del soggetto sollecitato all'autotutela. Più precisamente esso si scompone in due momenti, un primo momento propriamente di precontenzioso, caratterizzato dall'emanazione del parere rivolto alla stazione appaltante, in cui sono segnalate le violazioni riscontrate e i rimedi per eliminarle, e un secondo momento invece contenzioso.

Esso trova la sua matrice originaria nella legittimazione ad agire in giudizio riconosciuta all'Autorità garante della concorrenza e del mercato contro i provvedimenti che violino le norme a tutela della concorrenza (art. 21-bis della

legge 10 ottobre 1990, n. 287).

La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che la logica sottostante a quest'ultimo istituto consiste nella “volontà di assicurare un momento di interlocuzione preventiva dell'Autorità con l'amministrazione emanante l'atto”, in nome del principio di leale collaborazione, laddove invece il ricorso giurisdizionale è concepito come “extrema ratio”, “in considerazione del fatto che dà luogo ad un giudizio fra p.a.” (38).

Questo inquadramento generale è ben estensibile anche al rimedio esistente in materia di contratti pubblici, pure esso inteso ad evitare che si arrivi al processo, risolvendo la questione in una fase amministrativa preliminare.

Tuttavia, come già nel caso previsto dall'art. 21-bis della legge antitrust, anche nell'ipotesi contemplata dall'art. 211, comma 1-ter del codice dei contratti pubblici, la funzione di prevenzione dei conflitti va intesa in una maniera del tutto peculiare. Infatti qui non sussiste il rischio che due soggetti partecipanti a un procedimento ad evidenza pubblica addivengano a una lite e per evitare questo esito s'introduce un meccanismo deflattivo. Qui un'amministrazione pubblica estranea alle parti procedurali, che ha il compito di vigilanza di un determinato settore, è dell'avviso che un atto di un'altra amministrazione pubblica non rispetti il dettato normativo e l'ordinamento attribuisce al soggetto pubblico vigilante un potere prima di sollecito a rivedere quanto statuito e poi, nel caso di mancanza di conformazione all'invito contenuto nel parere, di legittimazione ad agire in giudizio.

Così l'obiettivo di deflazione del contenzioso acquista una differente coloritura rispetto a quella finora emersa. Come sottolineato dal giudice amministrativo con riferimento alla previsione normativa in tema di antitrust, “la fase precontenziosa costituisce un significativo strumento di deflazione del contenzioso”, “essendo ragionevole ritenere che il legislatore guardi con disfavore le situazioni in cui due soggetti pubblici si rivolgano direttamente e solo al Giudice per la tutela di un interesse pubblico primario, comune ad entrambi”. Occorre che la composizione del conflitto avvenga “all'interno della stessa P.A.”, mentre solo quando la soluzione interna non risulta possibile la risposta ultima è fornita in via giurisdizionale (39).

È la particolare rilevanza dell'interesse di cui è titolare l'ANAC a giustificare questo potere, che si affianca ai tanti altri poteri (tradizionali oppure di regolazione flessibile), previsti dal codice dei contratti pubblici, a presidio dell'interesse stesso. Come si è sopra notato nell'analizzare il parere di precontenzioso ad istanza di parte, esiste una connessione tra i rimedi di precontenzioso e l'attività complessivamente svolta dall'Autorità: essi sono strumentali e completano il quadro dei mezzi di regolazione offerti per il perseguimento dell'azione specifica dell'Autorità. Il rimedio preventivo è un tassello d'una azione unitaria e globale, che si concretizza in interventi di persuasione, al di là di un interesse immediato e concreto (40).

Vero è che con riferimento all'Autorità garante della concorrenza e del mercato la giurisprudenza, anche costituzionale, ha avuto modo di affermare che l'interesse sostanziale sottostante al combinato disposto di parere-legittimazione ad agire è una “situazione giuridica individuale qualificata e differenziata, benché soggettivamente riferita ad una autorità pubblica”, rilievo che è funzionale alla successiva affermazione per cui l'azione giurisdizionale riconosciuta al titolare di tale interesse mira alla tutela non di un interesse generale, bensì di situazioni giuridiche soggettive di carattere individuale (41).

Tuttavia si è giustamente osservato che questa ricostruzione “opera una forzatura”, dal momento che la nozione di “bene della vita” alla base di una situazione individuale qualificata e differenziata consiste in un'utilità sostanziale concreta, protetta da una norma, che il titolare della situazione mira a conservare oppure ad acquisire, suscettibile di misurazione e risarcibile qualora lesa. Tale nozione non può essere estesa fino al punto da farla coincidere con la nozione di interesse pubblico affidato alla cura di un'autorità amministrativa, perché altrimenti ogni amministrazione pubblica diverrebbe portatrice di una situazione giuridica individuale costituita dall'interesse pubblico per il perseguimento del quale è stata istituita (42).

Si è dunque di fronte a un vero e proprio interesse pubblico demandato alla cura dell'ANAC, interprete privilegiato dell'interesse al corretto svolgimento delle procedure contrattuali. Del resto la giurisprudenza amministrativa, a proposito dell'antefatto del meccanismo in questione e cioè della raccomandazione vincolante, aveva precisato che il rimedio “prescinde dall'interesse del singolo

partecipante all'aggiudicazione”, mirando al “ripristino della legalità procedurale” e “al corretto svolgimento delle procedure di appalto nell'interesse di tutti i partecipanti e finanche di quello collettivo dei cittadini, interesse quest'ultimo che va via via emancipandosi dallo schema del mero interesse di fatto” (43).

Il rimedio non obbedisce a una logica di composizione consensuale dei conflitti, ma è frutto della precisa scelta ordinamentale di privilegiare l'interesse al corretto svolgimento delle procedure contrattuali, come dimostra il fatto che esso risulta attivabile d'ufficio e non ad iniziativa di parte, la quale ha semmai un mero potere di denuncia inidoneo a far sorgere un obbligo di procedere in capo al soggetto pubblico.

Lo strumento di precontenzioso presenta un'indubbia coloritura oggettiva, volta alla tutela della legalità nel settore. I tratti di oggettività della tutela paiono ancora più accentuati se si ha riguardo alla seconda — già menzionata — legittimazione all'impugnativa riconosciuta all'ANAC dal comma 1-bis dell'art. 211 nel caso di contratti di rilevante impatto e che non richiede un previo parere motivato. Anche questo potere d'iniziativa processuale ha il fine di assicurare il pieno ed effettivo rispetto dei principi vigenti in materia di appalti pubblici. Come evidenziato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato nel suo parere allo schema di regolamento in materia, il c.d. ricorso diretto, “con una modalità più incisiva di quello mediato con il parere motivato, costituisc(e) una forma di vigilanza collaborativa ai fini della tutela dell'interesse pubblico alla legittimità ed alla legalità dell'azione amministrativa in materia di procedure relative all'affidamento di contratti pubblici, che si ritiene violata”.

L'interesse alla base di queste due ipotesi di legittimazione straordinaria dell'ANAC pare sotto certi aspetti diverso da quello sottostante al rimedio affidato all'AGCM. Quest'ultimo interesse, come è stato osservato, è “debole, perché diffuso”, quindi “facilmente leso da atti contro i quali nessuno ha interesse a ricorrere” (44). Siffatto rilievo non è estensibile al settore dei contratti pubblici, caratterizzato da alta litigiosità e da una progressiva dilatazione dei confini dell'interesse legittimo (45).

In definitiva si ha un rimedio di precontenzioso, a tutela oggettiva del mercato dei contratti pubblici, che rischia, da un lato, di aumentare il contenzioso, qualora sfoci nella fase processuale, dall'altro, di ostacolare la stabilità delle relazioni nel settore,

in contrasto con la tempistica super-accelerata del rito in materia di appalti (46).

Abstract:

Lo scritto analizza gli attuali due rimedi di precontenzioso nei contratti pubblici — il parere di precontenzioso dell'ANAC, a seguito d'istanza di parte, e il parere-diffida, sempre di competenza dell'ANAC, che in tal caso agisce d'ufficio —, sottolineandone il duplice, ambivalente, scopo di prevenzione dei conflitti intersoggettivi e di tutela oggettiva della legalità nelle procedure di gara. La logica di anticipazione della tutela caratterizza sia i rimedi non contenziosi, sia il processo (come emerge dall'obbligo di impugnazione immediata dei provvedimenti d'ammissione) e costituisce una reazione alla distorsione patologica subita in passato dal contenzioso in materia. Sottostante a questa impostazione vi è enfattizzazione dell'interesse al corretto svolgimento delle procedure, che determina una torsione in senso oggettivo dei rimedi in questione. Per quanto riguarda poi il concreto funzionamento dei rimedi, il legislatore non ha predisposto le condizioni normative necessarie per renderli efficaci, generando anzi il paradossale rischio d'incrementare il contenzioso in ragione dell'introduzione di strumenti concepiti proprio per evitare i conflitti.

Abstract: The pre-litigation remedies in public contracts: between prevention and objective protection

Abstract:

The paper analyzes the current two pre-litigation remedies in public contracts: the ANAC pre-litigation opinion (so called parere di precontenzioso) following the request of the party, and the warning opinion (so called parere-diffida), again adopted by ANAC, but on its own initiative. The remedies underline the ambivalent purpose of the legislator: on one hand, preventing intersubjective conflicts and, on the other, objectively protecting legality in tender procedures. The anticipatory logic of protection characterizes not only the pre-litigation remedies, but also the judicial remedy, which currently provides the immediate appeal of the admission measures. The anticipatory logic constitutes a reaction to the pathological dysfunctions of public tenders disputes in the past. The emphasis of the interest in the correct execution of tendering procedures leads to an objective twisting of the

remedies in question. As for the proper functioning of the remedies, there is a lack of legislation in defining the conditions to make them effective. This could generate the paradoxical risk of increasing, instead of decreasing, the disputes.

Keywords: public contracts - ANAC - pre-litigation remedies

**Note:**

(1) Mette in guardia da letture schematiche, sia pure nella contigua materia della mediazione penale, A. Ceretti, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in *Scritti in ricordo di Giandomenico Pisapia*, III, Milano, 2000, 717 ss.

(2) Ai sensi dell'art. L. 114-1 "Lorsque le Conseil d'État est saisi d'un litige en premier et dernier ressort, il peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord"; in tema cfr. J.-M. Le Gars, *La juridiction administrative saisie par la médiation?*, in *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, 2016, 2272 ss.

(3) Cfr. altresì V. Caputi Jambrenghi, *Per una sentenza sempre meno ingiusta: uscita di sicurezza dal processo amministrativo e mediazione giustiziale*, in *giustamm.it*, 11/2017; A. Masucci, *La mediazione in Francia, in Germania e nel Regno Unito. Un valido rimedio alternativo alla sentenza nelle liti con la pubblica amministrazione*, in M.P. Chiti - F. Mastragostino (a cura di), *Forme alternative di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione ed effettività della tutela*, Bologna, 2009, 23 ss.; A. Simonati, *Giustizia amministrativa e rimedi alternativi: l'esperienza francese*, in G. Falcon - B. Marchetti (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giudiziari a confronto*, Napoli, 2015, 179 ss.

(4) In tema cfr. C. Fraenkel-Haeberle, *La mediazione in Germania tra diritto amministrativo e new public management*, in G. Falcon - B. Marchetti (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi?*, cit., 209 ss.; molto interessante anche la previsione di organi di ricorso specializzati in materia di appalti sopra la soglia comunitaria (*Vergabekammern*), su cui ampiamente F. Aperio Bella, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, 399 ss.; nonché 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 di precontenzioso ANAC*, in *Diritto e società*, 2017, 263 ss.

(5) Per un'analisi dell'istituto cfr. M. Delsignore, *The Italian Legal System and the Possible Implications of the Belgian Constitutional Court's Rulings on the*

Administrative Loop, in Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2017-5, in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com); Id., La disponibilità degli interessi legittimi: nuovi spazi per la risoluzione extragiudiziale del contenzioso?, in Riv. arb., 2017, 521 ss., spec. 530 ss.

(6) Sugli ostacoli all'introduzione di ADR pubblicistiche cfr., se si vuole, M. Ramajoli, Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche, in Dir. amm., 2014, 1 ss.; Id., Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici, in questa Rivista, 2015, 481 ss.

(7) Sulla giurisdizione amministrativa come servizio e come risorsa scarsa cfr. A. Pajno, La giustizia amministrativa nel 2018, in Giorn. dir. amm., 2018, 9 ss.; G.D. Comporti, Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio; F. Merusi, Sulla giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza) a 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana; G. Pericu, Giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza), tutti in G.D. Comporti (a cura di), La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza), Firenze, 2016, rispettivamente 7 ss., 233 ss., 255 ss.

(8) Riassuntivamente sul punto cfr. M. Ramajoli, Tutele differenziate nei settori regolati, in Rivista della regolazione dei mercati, 1/2015.

(9) M. Clarich, I ricorsi dinanzi alle autorità amministrative indipendenti, in G. Falcon - B. Marchetti (a cura di), Verso nuovi rimedi amministrativi?, cit., 125 ss., spec. 130, nota che, mentre nel caso di procedure di ricorso davanti alle autorità indipendenti vengono in rilievo diritti disponibili e obblighi, qui “siamo al cospetto di situazioni che noi identificheremo di interesse legittimo”. Per quanto riguarda poi la fase di esecuzione dei contratti pubblici, in essa trova applicazione il diritto privato dal momento che la pubblica amministrazione è collocata su un piano di tendenziale parità con l'impresa aggiudicataria e pertanto le relative controversie coinvolgono diritti soggettivi. In tale fase da tempo sono stati previsti strumenti alternativi, come l'arbitrato, l'accordo bonario e la transazione, che presentano caratteristiche ormai consolidate. In essi l'alternatività rispetto al rimedio giurisdizionale è reale e allo stato puro, specie se si ha riguardo all'arbitrato, vera e propria giustizia privata. In tema cfr. B. Marchetti, ADR e Amministrazione pubblica, in Ufficio Studi della Giustizia Amministrativa (a cura di), Giustizia amministrativa ed economia. Efficienza del sistema e soddisfazione dei cittadini. Profili di diritto interno e comparato, Milano, 2017, 323 ss., spec. 340-345. Per una recente proposta di riforma dell'arbitrato nei contratti pubblici cfr. Aa. Vv., Un progetto di

riforma delle ADR, Napoli, 2017, spec. 117 ss., nonché G. Alpa, Arbitration and ADR Reforms in Italy, in *Dir. comm. int.*, 2017, 259 ss.

(10) La metafora della terra di mezzo è ormai divenuta d'uso comune ed è stata impiegata per la prima volta in Italia negli ormai lontani anni Novanta del secolo scorso da un criminologo (G.V. Pisapia, Editoriale, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 1993, IV), a testimonianza della trasversalità del fenomeno della giustizia non giurisdizionale, che attraversa tutte le branche del diritto, dal diritto penale al diritto civile, dal diritto commerciale al diritto del lavoro, dal diritto tributario per arrivare al diritto amministrativo.

(11) Sui diversi tipi di condizionamento che l'esistenza di un termine breve di decadenza produce nel nostro sistema di diritto amministrativo, processuale e sostanziale, cfr. A. Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012, spec. 53 ss.

(12) G. Severini, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che ricorda anche come l'uso del ricorso incidentale escludente abbia condotto “all'esasperazione per cui la logica della valutazione del titolo all'ingresso del micromercato finisce, distorsivamente, per prevalere sull'utilità generale del mercato complessivo”. Sull'istituto del ricorso incidentale escludente cfr., da ultimo, R. Villata, *Finale di partita*, in questa *Rivista*, 2015, 826 ss.; A. Squazzoni, *Morire per il ricorso incidentale paralizzante?*, *ivi*, 2018, 442 ss.

(13) Consiglio di Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014. Sui caratteri dell'interesse a ricorrere si rinvia, per tutti, a R. Villata, voce *Interesse ad agire*, II) *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, XVII e ora anche in *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 585 ss.

(14) Il parere del Consiglio di Stato, comm. spec., n. 855/2016 del 1° aprile 2016 sullo schema del codice, parla di struttura bifasica della tutela complessiva in materia di gare, per cui, in vista del prevalente interesse generale alla speditezza della procedura e alla certezza della formazione della platea dei concorrenti s'impone un'immediata giustiziabilità di ammissioni o esclusioni. In senso analogo cfr. G. Severini, *op. ult. cit.*; esprimono perplessità in materia M.A. Sandulli, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 8/2016; G. Greco, *Il contenzioso degli appalti pubblici tra deflazione e complicazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 971 ss.; cfr. altresì L. Torchia, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 605 ss.; E. Follieri, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016, 873 ss.

- (15) Cfr. M. Delsignore, *Le adr nell'attuazione della dir. 2007/66/CE*, in questa Rivista, 2011, 1519 ss.; B. Marchetti, *Le A.D.R. nel contenzioso dei contratti pubblici*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Atti del LXI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Milano, 2016, 425 ss.
- (16) Secondo la nota sistematica esposta in E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, III ed., Padova, 1954.
- (17) Sui molti profili critici della disciplina della raccomandazione vincolante cfr. Consiglio di Stato, comm. spec., parere n. 855/2016, sul codice dei contratti pubblici, parere n. 2777/2016, sullo schema di regolamento in materia di attività di vigilanza dell'ANAC, parere n. 782/2017, sul decreto correttivo del nuovo codice dei contratti pubblici, nonché, in dottrina, S. Tuccillo, *Le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 6/2017 e bibliografia ivi riportata; Id., *Le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC: "cronaca di un'abrogazione annunciata"*, in F. Liguori - S. Tuccillo (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, 2017, 165 ss.
- (18) Tar Lazio, Roma, sez. I, 3 novembre 2016, n. 10857.
- (19) Tar Lazio, Roma, sez. I, 15 settembre 2016, n. 9759.
- (20) Così Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2503.
- (21) Sulle diverse tipologie di pareri amministrativi insuperato è ancora A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV edizione, Napoli, 1984, 619 ss.
- (22) O. Forlenza, *Con il parere di precontenzioso si evita la lite*, in Guida al diritto, 2016, parla di "autovincolo" cui si sottomettono le parti. Ritiene invece che il rimedio abbia i caratteri dei ricorsi amministrativi ordinari, con qualche contaminazione con gli elementi strutturali dell'arbitrato, P. Cirillo, *Processo amministrativo e metodi alternativi di risoluzione delle controversie amministrative*, in Ufficio Studi della Giustizia Amministrativa (a cura di), *Giustizia amministrativa ed economia. Efficienza del sistema e soddisfazione dei cittadini*, cit., 303 ss., spec. 320-321.
- (23) Critica la disposizione ritenendo che la stazione appaltante dovrebbe essere sempre tenuta ad adeguarsi al parere, al fine di rendere lo strumento efficace e di evitare il contenzioso, E. Follieri, *Le novità*, cit., 893; in tema, ampiamente, cfr. anche B. Marchetti, *La tutela non giurisdizionale*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2017, 423 ss.
- (24) Sul fatto che la prassi registrava una consistente percentuale di adesione delle stazioni appaltanti agli indirizzi dei pareri non vincolanti dell'Autorità cfr. F. Cintioli,

Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della Pubblica amministrazione, in questa Rivista, 2009, 917 ss., spec. 988 ss.

(25) Per un approfondimento in tema cfr. L. Torchia, La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari, in *Dir. amm.*, 2015, 291 ss.; S. Valaguzza, La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2016.

(26) Uno sguardo d'insieme su queste dinamiche è offerto da M.R. Ferrarese, Sulla governance paragiudiziaria. Arbitrati e investimenti esteri, in *Politica del diritto*, 2014, 375 ss.; con riferimento specifico all'ANAC cfr. E. D'Alterio, Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 425 ss.

(27) Sul fenomeno cfr., se si vuole, M. Ramajoli, Soft law e ordinamento amministrativo, in *Dir. amm.*, 2017, 147 ss.

(28) Per un inquadramento del fenomeno cfr. G. Morbidelli, Linee Guida dell'ANAC: comandi o consigli?, in *Dir. amm.*, 2016, 273 ss.

(29) Su questi aspetti, che qui non possono essere approfonditi, ci si permette di rinviare a M. Ramajoli, Tutele differenziate, cit.

(30) Consiglio di Stato, comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1920, in *giustizia-amministrativa.it*.

(31) In questa sede ci si limita ad evidenziare i profili problematici riguardanti i pareri di precontenzioso, mentre per quanto riguarda le questioni irrisolte derivanti dalle linee guida, vincolanti e non, cfr., se si vuole, M. Ramajoli, Pretesa precettiva e flessibilità della Linee guida ANAC, in F. Liguori - S. Tuccillo (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, cit., 79 ss.

(32) Su questo fenomeno di trasformazione di atti di soft law in atti di cripto hard law si rinvia a M. Ramajoli, Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016.

(33) Per un'illustrazione di tali dinamiche cfr. E. Follieri, *Le novità*, cit., secondo cui non ha senso “che venga espresso un parere sugli atti adottati o da adottarsi dall'amministrazione che, in mancanza della sua richiesta o preventiva determinazione di attenersi, non è vincolata e può ignorarlo”; F. Aperio Bella, *Tra procedimento e processo*, cit., 456 ss.; F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in questa Rivista, 2017, 381 ss., spec. 430 ss.; M. Delsignore, *Gli istituti del precontenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici*, ivi, 2017, 754 ss.

(34) La previsione dell'impugnabilità del parere vincolante è stata introdotta su sollecitazione della commissione speciale del Consiglio di Stato in sede consultiva, per il quale il parere è, contrariamente al suo nome formale, una vera e propria decisione. Sempre alla commissione speciale del Consiglio di Stato si deve il suggerimento, divenuto legge, secondo cui, allo scopo di “rafforzare l'impegno delle parti al rispetto del parere a cui esse stesse abbiano preventivamente acconsentito” e di “scongiurare liti temerarie”, in caso di rigetto del ricorso, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente in relazione al pagamento delle spese di giudizio e di una sanzione pecuniaria. Perplessità in ordine alla complessiva disciplina manifestano M.A. Sandulli, Nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs. n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto eurounitario e la Costituzione, in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it); G. Tropea, Art. 211. Pareri di precontenzioso dell'ANAC, in L.R. Perfetti (a cura di), Codice dei contratti commentato, Milano, 2017, 1698 ss.: sulle complicazioni processuali derivanti dalla previsione dell'impugnabilità del parere si veda anche Tar Lazio, Roma, sez. I, 8 maggio 2017, n. 5459, su cui cfr. F. Aperio Bella, La lettura (restrittiva) del TAR Lazio sull'ambito di applicazione del parere di precontenzioso ANAC ex art. 211: due ragioni per un ripensamento, in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it).

(35) È possibile che la res dubia non riguardi un atto impugnabile, dal momento che l'art. 211 fa riferimento a “questioni” e non a “provvedimenti” da sottoporre all'ANAC.

(36) A tal riguardo si è suggerito o di abbreviare il termine di conclusione del procedimento volto all'emanazione del parere, oppure di far tornare il termine d'impugnativa da trenta a sessanta giorni, eventualmente trasformando la fase precontenziosa in condizione di procedibilità del ricorso giurisdizionale; in questo senso R. De Nictolis, Il nuovo codice dei contratti pubblici, in Urb. app., 2016, 503 ss.; in tema cfr. altresì F. Cintioli, Il sindacato, cit., 430; M. Delsignore, La disponibilità degli interessi legittimi, cit., 530 ss.; sull'esperienza tedesca, in cui la proposizione del ricorso alla Camera degli appalti (Vergabekammern) ha effetto sospensivo automatico dei termini processuali, cfr. C. Fraenkel-Haeberle - F. Aperio Bella, Gli “organi di ricorso”, cit.

(37) La sollecitazione all'introduzione del meccanismo è giunta dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, che aveva suggerito “una riformulazione in chiave di controllo collaborativo” dell'istituto della raccomandazione vincolante (parere 1 aprile 2016, n. 464). Per un'accurata analisi dell'istituto cfr. M. Lipari, La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale

speciale dell'ANAC, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In tema cfr. altresì N. Posteraro, La nuova legittimazione ad agire dell'ANAC (e la soppressione della raccomandazione vincolante all'esercizio dell'autotutela), in M.A. Sandulli, M. Lipari, F. Cardarelli (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici: guida alle modifiche*, Milano, 2017, 493 ss.

(38) Tar Lazio, Roma, sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720.

(39) Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246.

(40) Per un inquadramento dei c.d. poteri di advocacy nel più ampio contesto della regolazione cfr. M. D'Alberti, I poteri di advocacy delle autorità di concorrenza in prospettiva comparata, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 871 ss.

(41) C. cost., 14 febbraio 2013, n. 20; Tar Lazio, Roma, sez. III, n. 2720/2013, cit.; contra Tar Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451; cfr. altresì la rassegna giurisprudenziale riportata da G. Dimitrio - M. Filice, I poteri di competition advocacy dell'Agcm ex art. 21 bis, L. n. 287/1990, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 262 ss.; il tema è stato ampiamente dibattuto anche a livello dottrinale e pertanto si rinvia a M. Libertini, I nuovi poteri dell'Autorità antitrust (art. 35, d.l. n. 201/2011), in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 24/2011; F. Cintioli, Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti, *ivi*; M.A. Sandulli, Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287/1990, *ivi*; M. Clarich, I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21 bis della L. N. 287/1990, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 867 ss.; B.G. Mattarella, I ricorsi dell'autorità antitrust al giudice amministrativo, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 291 ss.

(42) Così M. Clarich, I poteri di impugnativa dell'AGCM, *cit.*, 867 ss.

(43) Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014.

(44) In questo senso cfr. B.G. Mattarella, I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo, *cit.*, 291 ss., 297.

(45) Antesignana sul punto è stata la pronuncia del Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 1984, n. 49, in *Riv. trim. App.*, 1986, 200 ss.

(46) M.P. Chiti, Le modifiche al Codice dei contratti pubblici: un "correttivo scorretto"?, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 453 ss., 460, osserva che "è palese che il rito speciale previsto nel CPA per i contratti pubblici rappresenta una procedura diversa da quella normalmente tipica dell'AGCM".

