

Numero 02781/2018 e data 28/11/2018 Spedizione



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 20 novembre 2018

NUMERO AFFARE 00863/2018

OGGETTO:

Autorita' nazionale anticorruzione

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

LA COMMISSIONE SPECIALE del 20 novembre 2018

Vista la nota di trasmissione della relazione prot. n. 6067 in data 02 maggio 2018 con la quale l'Autorità nazionale anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e uditi i relatori Claudio Contessa e Giulia Ferrari

1. La richiesta di parere

Con relazione del 2 maggio 2018, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac) aveva chiesto a questo Consiglio di Stato il parere sullo schema di Regolamento recante modifica del Regolamento del 5 ottobre 2016 per il rilascio dei pareri di precontenzioso ai sensi dell'articolo 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in considerazione del carattere di novità delle modifiche introdotte alla disciplina attualmente in vigore, nonché del

significativo impatto che le modifiche produrranno sul procedimento per il rilascio di tali pareri.

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

Nel testo inizialmente trasmesso in data 2 maggio 2018 lo schema di Regolamento sottoposto all'esame di questa Commissione modificava soltanto gli articoli 3 (*Modalità di presentazione dell'istanza singola*); 4 (*Modalità di presentazione dell'istanza congiunta*); 6 (*Inammissibilità e improcedibilità delle istanze*); 10 (*Parere in forma semplificata – in seguito: “in forma breve”*) e 13 (*Adeguamento al parere*) del Regolamento del 5 ottobre 2016.

2. Osservazioni di carattere generale

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

Con il parere interlocutorio n. 1632 del 26 giugno 2018 la Commissione speciale ha chiarito che – seguendo un criterio già utilizzato in occasione della redazione del parere reso su altri provvedimenti (Primo correttivo al Codice dei contratti pubblici, regolamenti e linee guida Anac) – non si sarebbe soffermata solo sulle modifiche apportate con lo schema di Regolamento correttivo, ma avrebbe esaminato anche le disposizioni del regolamento del 2016 per le quali lo schema non aveva proposto modifiche.

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

Dello schema di Regolamento che era stato trasmesso dall'Anac la Commissione speciale ha, in particolare, affermato di condividere:

- a) le misure introdotte all'articolo 3, finalizzate a consentire la massima partecipazione di tutti i soggetti interessati, che l'Anac potrebbe non riuscire ad individuare, con conseguente obbligo dell'istante di non limitarsi a comunicare la presentazione della richiesta di parere, dovendo – pena l'improcedibilità della stessa richiesta – allegare alla comunicazione, da inviare a “tutti i soggetti interessati alla soluzione della questione controversa”, il modulo A allegato al Regolamento del 5 ottobre 2016 (contenente le informazioni identificative della gara, dei soggetti coinvolti e i vizi riscontrati nella procedura, in relazione ai quali si chiede il parere), sebbene senza la relativa documentazione che va, invece, trasmessa all'Anac unitamente all'istanza;
- b) la previsione del comma 2 dell'articolo 4, che attiene alla richiesta congiunta di parere della stazione appaltante e di una o più altre parti interessate;
- c) la necessità di prevedere l'invio della comunicazione con il modulo A come condizione di procedibilità della richiesta di parere, salvo garantire la possibilità alla parte istante di integrare la comunicazione che risulti incompleta entro un termine perentorio (5 giorni).

Ha peraltro rilevato la carenza di documentazione rilevante, quale:

- a) la Valutazione dell'impatto di regolazione – VIR, indispensabile per predisporre, su una base istruttoria adeguata e ‘quantitativamente informata’, i più efficaci interventi integrativi e correttivi;
- b) i dati dai quali desumere il flusso delle richieste di parere, quali, solo a titolo di esempio, la tipologia dei richiedenti e dei pareri (*id est*, quanti

vincolanti e quanti non vincolanti), l'esito degli stessi e il numero delle sanzioni applicate ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del Regolamento del 5 ottobre 2016;

c) i dati quantitativi a supporto delle proposte modifiche (basti qui richiamare: *i*) quanto riferito a pag. 1 in relazione all'art. 3, ove si rappresenta che "spesso" è risultato difficile per l'Autorità individuare i soggetti controinteressati sulla base di quanto esposto dai richiedenti il parere, *ii*) quanto riferito a pag. 2 in relazione all'art. 6, ove si rappresenta che "[un] numero consistente di istanze pervenute" concerne la fase esecutiva). Sicché l'asserita acquisita esperienza operativa rimane, in questi termini, patrimonio esclusivamente dell'ANAC, non contribuendo a rendere il presente parere più precisamente informato.

Nel citato parere n. 1632 la Commissione speciale ha poi svolto alcune osservazioni in ordine all'opportunità:

a) di indicare sempre la denominazione dell'Ufficio, atteso che in diversi articoli si fa riferimento all'Ufficio dell'Autorità, senza specificare a quale si intende riferirsi;

b) di coordinare l'istituto del precontenzioso con l'esercizio della legittimazione speciale introdotta dai commi 1-*bis* e 1-*ter* dello stesso articolo 211 a seguito delle modifiche di cui all'articolo 52-*ter* del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50 (per come modificato dalla relativa legge di conversione).

La stessa Commissione ha inoltre suggerito di modificare:

a) l'articolo 2 (*Soggetti richiedenti*), comma 1, in relazione al quale la Commissione ha ricordato che nel parere n. 1920 del 14 settembre 2016 il Consiglio aveva manifestato perplessità sulla disposizione in esame, consigliando di espungerla.

La Commissione speciale ha quindi ribadito le ragioni che avevano indotto il Consiglio, nel parere n. 1920, a espungere il comma dall'articolato. Poiché l'Anac ha ritenuto, viceversa, di mantenerla, è stata

segnalata la necessità che sul punto, in occasione dell'adempimento istruttorio sopra richiesto, l'Autorità facesse pervenire le sue autorevoli considerazioni in merito.

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

b) l'articolo 8, che disciplina sia la sospensione feriale dei termini durante il mese di agosto sia la sospensione dei termini procedurali al fine di acquisire, qualora necessario, ulteriore documentazione. La Commissione ha ribadito quanto già osservato nel parere n. 1920 del 2016 – senza che i propri suggerimenti fossero recepiti dall'Anac – e cioè che la previsione, contenuta nel comma 2, relativa alla sospensione feriale dei termini di emissione dei pareri dall'1 al 31 agosto di ogni anno è priva di base legale, atteso che tale sospensione riguarda solo i termini processuali e non può quindi essere estesa, in mancanza di una norma che lo preveda, ai procedimenti amministrativi (quale è quello del parere precontenzioso).

In ogni caso è stata ravvisata altresì l'opportunità di aggiungere, al comma 3, un termine di durata della sospensione disposta dal Consiglio per acquisire la documentazione integrativa ed effettuare un supplemento istruttorio, e ciò al fine di non vanificare i tempi ristretti previsti per la chiusura della fase precontenziosa dinanzi all'Autorità;

c) l'articolo 13, comma 1, sostituendo le parole *“rilasci parere”* con le parole *“adotti un parere”*;

d) l'articolo 14, che individua l'entrata in vigore del Regolamento.

La Commissione ha osservato che l'entrata in vigore del Regolamento deve essere prevista dopo 15 giorni dalla sua pubblicazione sulla Gazzetta

ufficiale della Repubblica italiana, non potendo un Regolamento diminuire il periodo di *vacatio legis*.

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

3. L'adempimento dell'istruttoria da parte dell'Anac

In data 7 novembre 2018 l'Anac ha trasmesso gli adempimenti istruttori richiesti con il parere interlocutorio n. 1632 del 26 giugno 2018.

In particolare, con riferimento alla trasmissione di documentazione utile per evadere la richiesta di parere, l'Anac ha rappresentato che il nuovo Regolamento dell'Autorità del 13 giugno 2018 - recante la disciplina "*della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e di una metodologia di acquisizione e analisi qualitativa dei dati rilevanti ai fini dell'analisi di impatto della regolazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolazione (VIR)*", che ha sostituito il regolamento del 27 novembre 2013 - ha specificato preliminarmente, all'articolo 3, punto 3.3, che non sono sottoposti a consultazione, fra gli altri, "*gli atti emanati a seguito di richieste specifiche, quali i pareri di precontenzioso e i pareri sulla normativa*", nonché "*gli atti di organizzazione interna e quelli non aventi rilevanza esterna*". Ha aggiunto che "*Sono, di regola, sottoposti alla verifica di impatto della regolazione i provvedimenti per la cui approvazione è stata adottata una procedura AIR e i provvedimenti ritenuti di particolare interesse o che hanno avuto un significativo impatto sul mercato*" (articolo 14). Ne consegue – secondo quanto rappresentato dall'Autorità - che l'adozione del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso, destinato a disciplinare il relativo procedimento, di regola non viene preceduta da una consultazione dei portatori dei diversi interessi coinvolti, in quanto, trattandosi di un procedimento che non mira a disciplinare il rilascio di atti a carattere generale, bensì di pareri con effetti, vincolanti o

meno, fra le parti di una controversia sorta in una specifica gara, si era ritenuto che lo strumento dell'AIR non fosse utile allo scopo.

L'Anac ha, quindi, concluso chiarendo che le modifiche proposte, e sottoposte alla valutazione della Commissione speciale, non derivano tanto da una valutazione di impatto scaturita da consultazioni o da una preventiva AIR, bensì dall'esperienza maturata dall'Autorità nella gestione quotidiana dei procedimenti e dalla esigenza di velocizzare, ove possibile, il rilascio dei pareri.

Peraltro, per adempiere l'incombente istruttorio l'Anac ha offerto alla Commissione una serie di dati relativi al periodo 1 gennaio 2017 - 2 febbraio 2018.

L'Anac, nella relazione trasmessa il 7 novembre 2018, ha poi affermato di aver modificato:

a) il comma 1 dell'articolo 3 (articolo 2, nella versione del precedente schema di Regolamento), che individua i “*Soggetti richiedenti*”, come suggerito nel parere n. 1632, ovvero richiamando espressamente quanto previsto dall'articolo 211, comma 1, del Codice (“*Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti*”) ed espungendo il riferimento ai “*soggetti portatori di interessi collettivi costituiti in associazioni o comitati*”. Conseguentemente il successivo comma 2 è stato riformulato tenendo conto di suddetta modifica;

b) l'articolo 6 (articolo 5, nella versione del precedente schema di Regolamento), relativo all’“*Ordine di trattazione delle istanze*” aggiungendo, al comma 1, l'eccezione “*salva diversa indicazione del Consiglio*”, volendo in tal modo riservare al Consiglio dell'Autorità la facoltà di individuare, al di fuori dell'ordine prestabilito al comma 2, istanze, che per motivi istituzionali o ragioni contingenti di urgenza, devono essere trattate con priorità.

Inoltre, rispetto allo schema di Regolamento sottoposto a parere e a quello attualmente in vigore, è stata espunta la lettera c) in quanto non è stato

ritenuto congruo attribuire, ai fini della trattazione, prevalenza alle istanze di parere avanzate dalle stazioni appaltanti rispetto a quelle degli operatori economici indipendentemente dal contenuto della richiesta (come invece avviene con il Regolamento attualmente in vigore);

c) l'articolo 7 (articolo 6, nella versione del precedente schema di Regolamento), relativo all'“*Inammissibilità e improcedibilità delle istanze*”, nel quale, al comma 1:

c1) è stata introdotta, rispetto allo schema di Regolamento originariamente sottoposto a parere, una nuova causa di inammissibilità (lettera c), quando le istanze siano “*dirette a far valere l'illegittimità di un atto della procedura di gara autonomamente impugnabile, rispetto al quale siano già decorsi i termini di impugnazione in sede giurisdizionale*”. Si tratta di una modifica che – secondo quanto riferito dall'Autorità - ha recepito un recente arresto del Consiglio di Stato, sez. V, 25 luglio 2018, n. 4529, secondo il quale l'istanza di parere di precontenzioso ai sensi dell'articolo 211, comma 1, del decreto legislativo n. 50 del 2016 è inammissibile quando è volta a far valere l'illegittimità di un atto della procedura di gara autonomamente impugnabile, rispetto al quale siano già decorsi i termini di impugnazione in sede giurisdizionale, non potendo tale istanza di parere fungere da strumento per eludere i termini processuali o per rimettere surrettiziamente in termini le parti che siano decadute dall'azione in giustizia. Tale conclusione è pienamente condivisa dall'Anac, sull'assunto che se il fine prioritario dell'istituto del pre-contenzioso è quello deflattivo del contenzioso giurisdizionale (attraverso un rimedio sostanzialmente alternativo a quest'ultimo), venendo meno da parte dei soggetti legittimati la possibilità di azionarlo, verrebbe meno anche la necessità (e forse persino l'opportunità) di una pronuncia dirimente dell'Autorità laddove si fosse consolidato definitivamente il provvedimento asseritamente viziato.

L'Autorità ha evidenziato un possibile rilievo che potrebbe essere opposto a tale modifica, secondo cui in tal modo il perimetro di azione del

precontenzioso risulterebbe troppo circoscritto svilendo così la sua funzione originaria, che dovrebbe essere quella di garantire una forma di tutela anche a coloro che non possono o non vogliono instaurare un contenzioso giurisdizionale. Ha tuttavia osservato che tale rilievo appare più formale che sostanziale considerato che qualora un operatore economico, che abbia o meno partecipato alla gara, ritenesse di sollecitare una valutazione da parte dell'Autorità in ordine a qualsiasi fase o aspetto della relativa procedura oppure ad una decisione o un provvedimento ritenuti viziati, potrebbe comunque presentare una istanza di parere di cui al Regolamento del 20 luglio 2016 (recante “*Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva svolta dall'Autorità nazionale anticorruzione ai sensi della legge 6 novembre 2012, n. 190 e dei relativi decreti attuativi e ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al di fuori dei casi di cui all'art. 211 del decreto stesso*”), oppure un esposto per l'avvio dell'attività di vigilanza di cui al Regolamento del 15 febbraio 2017 (recante “*Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*”). Sotto il profilo del valore e dell'efficacia della pronuncia dell'Autorità, laddove l'istanza di parere di precontenzioso non fosse "congiunta", unico caso in cui quest'ultima risulta per legge vincolante per le parti che vi hanno preventivamente aderito, essa sarebbe considerata nient'altro che un semplice parere al pari di quello espresso ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva e del Regolamento sull'attività di vigilanza dianzi citati. In tal modo la deroga al principio del consolidamento dell'atto amministrativo non impugnato (e non più impugnabile), implicitamente introdotta con l'ammissibilità della richiesta di precontenzioso indipendentemente dal decorso dei termini per l'impugnativa giurisdizionale, non risulterebbe neppure compensata dall'ipotetico beneficio per le parti di ottenere una soluzione, sia pur stragiudiziale, della controversia, attesa appunto la non vincolatività del parere originato da una istanza non congiunta.

Da segnalare che connesso a tale modifica è il disposto del comma 2 dell'articolo 15, articolo introdotto con il nuovo schema di Regolamento e che ne disciplina la fase transitoria. Il comma 2, in deroga al precedente comma 1 (secondo il quale il Regolamento si applica alle istanze pervenute dopo la sua entrata in vigore), prevede che il Regolamento si applica anche alle istanze pervenute prima della sua entrata in vigore per le quali non sia stato ancora avviato il relativo procedimento. Tale deroga, ha sottolineato l'Anac, è destinata a risolvere, formalmente, soprattutto il destino delle istanze c.d. "tardive", ovvero quelle istanze presentate quando siano già decorsi i termini di impugnazione in sede giurisdizionale dell'atto ritenuto illegittimo, oggetto della nuova ipotesi di inammissibilità già più sopra discussa (articolo 7, comma 1, lett. c). Se infatti la motivazione principale, per cui il Consiglio di Stato, con la già menzionata sentenza n. 4529 del 2018, ha statuito il principio dell'inammissibilità dell'istanza di precontenzioso tardiva, si basa sulla considerazione che: *“l'istanza di parere precontenzioso non può fungere da strumento per eludere i termini processuali o per rimettere surrettiziamente in termini le parti che siano decadute dall'azione in giustizia”*, appare evidente che tale esiziale effetto si determinerebbe con una portata tanto maggiore e grave quanto più le istanze sono tardive e quanto più tardivo è il rilascio del parere da parte dell'Autorità. Per tale motivo si considera indispensabile, proprio per non frustrare la ratio dell'intervento chiarificatore e dirimente del Consiglio di Stato, derogare al principio generale dell'applicazione del nuovo Regolamento alle istanze pervenute successivamente alla sua entrata in vigore;

c2) per coerenza con la modifica del comma 1 del precedente articolo 3, è stata eliminata la lettera c) del comma 1;

c3) alla lettera d), con riferimento all'ipotesi dell'*“esistenza di un ricorso giurisdizionale avente contenuto analogo”* – che comporterebbe l'inammissibilità dell'istanza – il presupposto del *“contenuto analogo”* è

stato sostituito con quello di “*medesimo contenuto*”, essendo la prima una formulazione ritenuta potenzialmente suscettibile di condurre ad applicazioni non uniformi della disposizione medesima ai fini dell'archiviazione di una istanza.

Per coerenza, la stessa modifica è stata reiterata nel successivo comma 3, lettera b) (“*sopravvenienza di un ricorso giurisdizionale*”), che fa riferimento alle cause di improcedibilità delle istanze di parere.

c4) è stata eliminata la lettera f), relativa al caso delle istanze “*interferenti con esposti di vigilanza e procedimenti sanzionatori in corso di istruttoria presso l'Autorità*”, essendo stato dedicato un apposito articolo (il successivo articolo 8, introdotto con il nuovo schema di Regolamento) alla disciplina dei rapporti con altri procedimenti dell'Autorità eventualmente interferenti con le istanze di precontenzioso.

d) come accennato sub c), è stato aggiunto, rispetto al precedente schema di Regolamento, l'articolo 8 (“*Rapporti con altri procedimenti dell'Autorità*”), che al comma 1 disciplina l'eventualità che un procedimento di precontenzioso abbia il “*medesimo oggetto*” di un procedimento di vigilanza in materia di contratti di lavori, servizi e forniture, stabilendo che quest'ultimo possa non essere avviato (ove l'esposto o la segnalazione siano pervenuti successivamente all'istanza di precontenzioso) ovvero possa essere sospeso (nel caso di avvio del procedimento di vigilanza prima della richiesta di precontenzioso).

Il comma 2 è stato invece introdotto per chiarire espressamente che non si dà luogo all'esercizio dei poteri di cui all'articolo 211, commi 1-*bis* e 1-*ter* del Codice in caso di procedimento per l'emissione di un parere di precontenzioso vincolante;

e) il comma 4 dell'articolo 9 (articolo 7, nella versione del precedente schema di Regolamento), relativo all’“*Istruttoria*”, ha sostituito con il previo parere del Consigliere relatore la previsione, contenuta nel vecchio schema di regolamento, dell'approvazione e dell'eventuale modificazione,

da parte dello stesso Consigliere relatore, della bozza di parere ricevuta dall'Ufficio. Tale modifica si è resa necessaria per adeguare la disposizione alle reali modalità procedurali, atteso che, da un punto di vista formale e sostanziale, il Consigliere relatore non adotta nessun provvedimento o atto di approvazione né di modifica della bozza di parere, ma interloquisce con il dirigente dell'Ufficio e il funzionario assegnatario dell'istanza per avere maggiori chiarimenti sulla questione oggetto di parere o per fornire eventualmente indicazioni al fine di contribuire al corretto inquadramento della fattispecie giuridica sottoposta a valutazione;

f) all'articolo 10 (articolo 8, nella versione del precedente schema di Regolamento), al fine di conformarsi al parere n. 1632 del 2018, da un lato, in relazione al comma 2, si è eliminata la parola "*feriale*" e, dall'altro, con riferimento al comma 3, è stato introdotto il richiesto termine di durata della sospensione per l'acquisizione della documentazione integrativa, quantificato in un massimo di 10 giorni dalla richiesta del necessario supplemento istruttorio;

g) l'articolo 11 del vecchio schema di Regolamento, che disciplinava le istanze di riesame, è stato espunto, con la conseguenza che il riesame delle deliberazioni contenenti i pareri di precontenzioso seguirà i principi generali dell'ordinamento in materia di esercizio del potere di autotutela;

h) all'articolo 14 (articolo 13, nella versione del precedente schema di Regolamento), recante "*Adeguamento al parere*" è stato modificato il comma 1 (che era stato oggetto di osservazione, nel parere n. 1632 del 2018, ma per ragioni di mero *drafting*) ed introdotto un comma 2 (con la conseguenza che il comma 2 del precedente schema di Regolamento è divenuto comma 3). Rispetto alla formulazione precedente sottoposta a parere, si è ritenuto preferibile distinguere gli adempimenti a cui sono tenute le parti destinatarie del parere a seconda che esso sia vincolante o meno, prevedendo, nel primo caso, termini più stringenti e maggiori

formalità in ordine alla comunicazione delle determinazioni adottate a seguito del parere medesimo;

i) l'articolo 16 (articolo 14, nella versione del precedente schema di Regolamento) recepisce i suggerimenti contenuti nel parere n. 1632 del 2018 in ordine all'entrata in vigore, che deve essere prevista dopo 15 giorni dalla sua pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, non potendo un Regolamento diminuire il periodo di *vacatio legis*.

4. Osservazioni sugli adempimenti istruttori e sul nuovo articolato

Preliminarmente, con riferimento alla ricognizione effettuata dall'Ufficio Precontenzioso e Pareri sul periodo 1 gennaio 2017 - 2 febbraio 2018, attraverso le banche dati a disposizione, al fine di fornire le informazioni sulla efficacia del regolamento, la Commissione speciale rileva che, come chiarito dall'Autorità, su 976 istanze di parere di precontenzioso, circa la metà *“sono state istruite e il relativo procedimento si è concluso con l'adozione di un formale provvedimento (deliberazione da parte del Consiglio o archiviazione diretta da parte dell'Ufficio)”*. Non risulta l'esito del restante 50 per cento circa. Non è chiaro al riguardo se il riferito esito solo parziale delle istanze pervenute sia dovuto ai tempi necessari alla lavorazione delle stesse, ovvero se ciò sottenda che, in via sistematica, l'Autorità proceda a non esaminare un numero significativo delle istanze pervenute. Sul punto si segnala la necessità che tutte le istanze abbiano un esito che trovi compiuta disciplina nel regolamento sul rilascio dei pareri di precontenzioso ai sensi dell'articolo 211, comma 1, del Codice dei contratti pubblici.

Si segnala altresì, in considerazione della percentuale delle istanze di precontenzioso non concluse con l'adozione di un formale provvedimento, l'esigenza di procedere, ad oltre due anni dall'entrata in vigore del Regolamento, ad una verifica sulla tenuta del sistema disegnato con lo stesso Regolamento, al fine di verificare se eventuali ritardi nell'evasione

delle istanze dipendano da profili di carattere organizzativo o sia necessario rivedere ulteriormente la disciplina regolamentare.

Queste due ultime osservazioni giovano a fornire un chiarimento sulle finalità e portata dell'AIR e della VIR richieste dalla Commissione speciale.

L'analisi di impatto della regolazione (e della successiva verifica di impatto *ex post*) ha lo scopo di individuare le conseguenze prodotte dalle norme giuridiche da introdurre nell'ordinamento. E ciò, sia con riferimento alla società aperta su cui incidono (e dunque i suoi c.d. *stakeholders*) sia all'ordinamento nel suo complesso, anche con riferimento alla organizzazione interna delle P.A. Anche se, ordinariamente, l'accento è posto sull'incidenza nei confronti della società, del mercato, dei consumatori, dei cittadini in genere, degli operatori del settore etc., ciò non significa che l'AIR e la VIR debbano essere effettuate solo nei confronti di questi ultimi. Anzi, l'AIR e la VIR rivolte ai profili organizzativi e interni rivestono una notevole importanza ai fini del contenimento dei costi e di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa in aderenza all'art. 97 Cost.

L'AIR deve contenere, quindi, anche una analisi interna delle norme organizzative, procedurali e operative proprie della amministrazione che provvede ad introdurle, anche al di là di un confronto con gli *stakeholders* i quali, in riferimento a talune norme organizzative puramente interne, evidentemente potrebbero non esistere.

Si osserva, per altro, che nella fattispecie, la procedura, l'istruttoria e la individuazione dei casi di inammissibilità, improcedibilità etc., come anche ulteriori norme riguardanti la legittimazione attiva alla richiesta, l'onere di comunicazione a controinteressati etc., sono ben lungi da costituire mere norme di organizzazione interna, avendo al contrario importante impatto sugli operatori interessati.

Si raccomanda, quindi, anche per il futuro, di procedere all’AIR e alla VIR, come per tutte le amministrazioni pubbliche, nelle forme e con gli strumenti di analisi anche organizzativa, dei costi, della efficienza ed efficacia dell’organizzazione ipotizzata e con gli interlocutori dovuti a seconda dei casi.

Nella citata relazione trasmessa il 7 novembre 2018 l’Anac ha dato atto delle modifiche apportate allo schema di Regolamento, alcune di propria iniziativa, oltre alla luce dei suggerimenti resi con il parere n. 1632 del 2018.

In relazione alle nuove modifiche apportate la Commissione speciale:

a) prende atto ed approva l’introduzione dell’articolo 1 (“*Definizioni*”), che contiene le definizioni dei termini più utilizzati nel Regolamento.

In relazione all’osservazione contenuta nel parere n. 1632 del 2018 – secondo cui in diversi articoli si fa riferimento all’Ufficio dell’Autorità, senza specificare a quale si intende riferirsi – nell’articolo 1 è stato chiarito che per «Ufficio» si intende l’ufficio competente in materia di pareri di precontenzioso;

b) prende atto delle modifiche introdotte all’articolo 3 (“*Soggetti richiedenti*”);

c) non ha nulla da eccepire sulla modifica, di mero *drafting*, del comma 2 dell’articolo 4 (“*Modalità di presentazione dell’istanza singola*”), laddove, dopo le parole “*questione controversa*”, è aggiunta la parola “*insorta*” e sono state eliminate le parole “*oggetto della medesima*”. Analoga modifica è stata introdotta al comma 2 del successivo articolo 5 (“*Modalità di presentazione dell’istanza congiunta*”).

d) con riferimento all’articolo 6 (“*Ordine di trattazione delle istanze*”), si concorda con l’aggiunta dell’eccezione alla regola del rispetto dell’ordine della trattazione, facendo salva la diversa indicazione del Consiglio.

La Commissione non condivide, invece, l’aver espunto dall’elenco delle istanze che hanno priorità quella fatte pervenire dalla stazione appaltante,

atteso che l'autorevole parere reso dall'Anac al soggetto che ha bandito la gara può evitare sul nascere vizi procedurali che poi conducono, anche dopo molto tempo e a gara conclusa, all'annullamento – in autotutela o giurisdizionale – della procedura.

La Commissione segnala, infine, che non è chiaro se la preferenza accordata riguardi tutte le categorie indicate, in maniera promiscua, o se si intenda introdurre un ordine di preferenza. In questo secondo caso è opportuno aggiungere, al comma 1, dopo le parole “*viene data*” le parole “*nell'ordine*”;

e) con riferimento all'articolo 7 (“*Inammissibilità e improcedibilità delle istanze*”), la Commissione prende atto del recepimento (avvenuto con l'aggiunta della lettera c) delle conclusioni alle quali era pervenuta la sez. V del Consiglio di Stato con la sentenza n. 4529 del 2018.

Peraltro, sempre con riferimento all'articolo 7, la Commissione osserva che:

1) al comma 1:

1.1) alla lettera a) è stata aggiunta, alla fine, la precisazione che la controversia in relazione alla quale può essere chiesto il parere deve insorgere “*in fase di gara*”.

Alla Commissione tale riferimento appare non necessario, dal momento che il comma 1 dell'articolo 211, del decreto legislativo n. 50 del 2016 prevede espressamente che il parere possa essere chiesto all'Anac solo “*relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara*”, con ciò espressamente escludendo quelle insorte dopo l'aggiudicazione e, quindi, non solo quelle durante lo svolgimento del rapporto contrattuale ma anche, prima, tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto.

La precisazione aggiunta dall'Anac alla lettera a) del comma 1 finisce per essere anche foriera di dubbi interpretativi nei casi in cui si faccia generico riferimento alla “*questione controversa*”, senza nulla specificare.

Aggiungasi che già con il parere n. 1920 del 2016, reso sullo schema di Regolamento *ex* comma 1 dell'articolo 211 del decreto legislativo n. 50 del 2016, era stato chiarito che *“la norma primaria non fissa la stipulazione contrattuale come limite, essendo ben possibile che la questione si ponga dopo tale momento, pur riguardando la fase di gara”*;

1.2) la Commissione guarda con favore la modifica della lettera d). Aggiunge peraltro che l'ipotesi di *“esistenza”* del ricorso giurisdizionale dà luogo a una causa di inammissibilità e non di improcedibilità.

In ogni caso, per dare effettività all'obbligo delle parti di comunicare l'esistenza di un ricorso giurisdizionale avente il *“medesimo”* contenuto, occorre individuare la sanzione da applicare in caso di omissione, richiamando il successivo articolo 13, comma 2;

1.3) occorre chiarire le ragioni per cui dallo schema di Regolamento è stato espunto il testo della lettera c) (secondo cui sono dichiarate inammissibili le istanze *“manifestamente mancanti dell'interesse concreto al conseguimento del parere”*). Vi è infatti ragione di ritenere che possa trattarsi di un mero refuso. Se non si trattasse di un refuso – e in assenza di ragioni in senso opposto, che non emergono – il testo in questione andrebbe reintrodotta.

2) al comma 3:

2.1) lettera a), le parole *“mancata notifica”* andrebbero sostituite con le parole *“mancata comunicazione”*;

2.2) per le ragioni esposte *sub* a3, la Commissione condivide la modifica della lettera b), in relazione alla genericità del termine *“analogo”* e alla necessità di richiamare la sanzione prevista dall'articolo 213, comma 2;

2.3) alla lettera d) il riferimento alla rinuncia non appare esatto, atteso che la stessa, istituto tipicamente processuale, può essere solo espressa. Se tacita essa altro non è che una *“improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse”*. Ne consegue che alla lettera d) le parole riferibili alla rinuncia implicita possano essere soppresse e alla precedente lettera c)

vada aggiunta, alla fine, la frase *“anche desumibile da inequivoci comportamenti concludenti”*;

f) la Commissione guarda con favore l'introduzione dell'articolo 8 (*“Rapporti con altri procedimenti dell'Autorità”*), il cui contenuto elimina possibili contrasti tra poteri esercitati dall'Anac, ed in particolare con la vigilanza in materia di contratti di lavori, servizi e forniture.

In relazione al comma 2 dell'articolo si rileva la coerenza con la previsione di cui all'articolo 12, comma 3 del Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni e integrazioni (delibera in data 13 giugno 2018). Sul comma, comunque, si veda anche l'osservazione nell'esame dell'art. 11.

g) l'articolo 9 (*“Istruttoria”*):

g1) al comma 1, prevede la valutazione da parte dell'Ufficio dell'ammissibilità e procedibilità delle istanze pervenute e, in caso di valutazione positiva, l'assegnazione delle stesse ai singoli Consiglieri relatori da parte del Presidente. La Commissione osserva che tale norma non si coordina con la novella introdotta al successivo articolo 10, che demanda al Dirigente la competenza ad adottare pareri non vincolanti di *“pacifica risoluzione”* negli appalti sotto soglia.

Si suggerisce quindi di sostituire il comma 1 con la previsione secondo cui *“1. L'Ufficio valuta l'ammissibilità e la procedibilità delle istanze pervenute e in caso di valutazione positiva, se l'istanza ha ad oggetto un parere non vincolante di “pacifica risoluzione” negli appalti sotto soglia, lo trattiene per essere deciso dal Dirigente. In tutte le altre ipotesi, il Presidente assegna le istanze ai singoli Consiglieri relatori”*.

g2) nessuna osservazione critica anche con riferimento alla modifica del comma 4 dell'articolo 9, che adegua il procedimento regolamentare con quella attualmente vigente.

h) con riferimento all'articolo 10 ("*Approvazione del parere*"), la Commissione osserva che le modifiche apportate al comma 2 in asserito recepimento dei suggerimenti resi nel parere n. 1632 del 2018 non sono sufficienti. Nel citato parere, ribadendo peraltro quanto già affermato nel parere n. 1920 del 14, era stato rilevato che la previsione, contenuta nel comma 2, relativa alla sospensione feriale dei termini di emissione dei pareri dall'1 al 31 agosto di ogni anno è priva di base legale, atteso che tale sospensione riguarda solo i termini processuali e non può quindi essere estesa, in mancanza di una norma che lo preveda, ai procedimenti amministrativi (quale è quello del parere precontenzioso). Ritiene la Commissione speciale che tale rilievo non può considerarsi superato con l'eliminazione del termine "*feriale*" che qualifica la sospensione.

La Commissione prende invece atto della modifica intervenuta nel comma 3 relativamente all'apposizione di un termine di durata della sospensione disposta dal Consiglio per acquisire la documentazione integrativa ed effettuare un supplemento istruttorio.

i) con riferimento all'articolo 11 ("*Archiviazione delle istanze*") la Commissione osserva che l'archiviazione di una istanza non è compatibile con la sua definizione in termini di inammissibilità o di improcedibilità. La inammissibilità e la improcedibilità, infatti, non hanno valenza procedurale ma sostanziale, nel senso che esse determinano la reiezione della domanda, a prescindere che sia stato valutato il merito della questione sottostante. Quindi, procedere alla mera "*archiviazione*" costituirebbe semplicemente un *non liquet* non previsto dalla legge. Ne consegue che la inammissibilità o improcedibilità costituiscono una decisione che può essere assunta solo dal Collegio. Né, al fine di rispettare la competenza decisionale del Collegio, appare sufficiente la mera comunicazione mensile dell'elenco delle archiviazioni disposte. All'uopo appare necessaria, almeno, una ratifica da parte del Collegio delle inammissibilità o improcedibilità proposte dall'Ufficio. Ciò anche al fine di rendere concretamente effettiva

la iniziativa del Collegio, prevista nell'art. 7, comma 2, circa la sottoposizione ad esame e decisione delle istanze inammissibili riguardanti questioni giuridiche ritenute rilevanti.

A tale proposito, occorre, anche, coordinare l'art. 11 con l'art. 7 al fine di chiarire in qual modo la rilevanza della questione giuridica possa emergere.

che presuppongono che vi sia stato un esame delle stesse, seppure non nel merito.

Si suggerisce quindi di sostituire, nella Rubrica dell'articolo, il termine "*archiviazione*" con il termine "*esame da parte dell'Ufficio*" delle istanze, nonché di sostituire il comma 1 - la cui formulazione sembra comportare che sulle istanze definite come inammissibili o improcedibili, e che dunque non saranno mai esaminate nel merito, decida solo l'Ufficio e non il Consiglio - prevedendo: "*L'ufficio verifica se le istanze sono ammissibili e procedibili e, in caso contrario, dichiaratele inammissibili o improcedibili ai sensi del precedente articolo 7, le invia al Consiglio, che le per la ratifica. In sede di ratifica il Collegio applica il comma 2 dell'art. 7, anche su proposta dell'Ufficio*".

1) l'articolo 12 ("*Parere in forma breve*") disciplina la redazione del parere in forma breve, termine che sostituisce, nella Rubrica, la locuzione "*forma semplificata*". Rileva peraltro la Commissione che ad essere semplificato non è il contenuto del parere, che semmai è succinto, ma la procedura. Peraltro, proprio perché l'articolo 12 individua anche una procedura diversa e più semplice rispetto a quella ordinaria, si suggerisce di sostituire la Rubrica "*parere in forma breve*" con "*Procedura semplificata*".

La Commissione ritiene peraltro che siano configurabili ipotesi in cui gli appalti, anche sopra le soglie previste per demandare la competenza al Dirigente dell'Ufficio (id est, inferiore alla soglia comunitaria per servizi e forniture e inferiore a 1.000.000 di euro per lavori), siano di soluzione pacifica, alla luce della normativa di riferimento, della giurisprudenza

intervenuta sul punto, di pareri già emessi sulla quesitone. Si ritiene che, verificandosi questa evenienza, sia opportuno prevedere la possibilità anche per il Consiglio di emettere un parere reso in forma semplificata, sebbene con la procedura ordinaria. Diversamente, con la modifica proposta si rischia di sortire l'effetto (certamente estraneo alla ratio dell'intervento proposto) di aggravare il lavoro del Collegio, privandolo della possibilità – ad oggi esistente – di definire in forma semplificata le istanze di parere che risultino “*di pacifica risoluzione*”.

Si suggerisce quindi di aggiungere un comma 5 che preveda: “*In caso di pareri non vincolanti in appalti sopra soglia e in caso di pareri vincolanti, ove gli stessi siano di pacifica risoluzione ai sensi di cui al comma 1, l'Ufficio, in deroga all'art. 7 9, comma 4, predispose direttamente una bozza di parere con una motivazione in forma semplificata anche attraverso il richiamo a precedenti pareri già adottati, che, previa approvazione del Presidente, viene sottoposto all'approvazione del Consiglio*”;

m) all'articolo 14 (“*Adeguamento al parere*”) la Commissione condivide che sia opportuno distinguere gli adempimenti a cui sono tenute le parti destinatarie del parere a seconda che esso sia vincolante o meno, prevedendo, nel primo caso, termini più stringenti e maggiori formalità in ordine alla comunicazione delle determinazioni adottate a seguito del parere medesimo;

n) l'articolo 15 (“*Disciplina transitoria*”) è stato introdotto dall'Anac in recepimento del suggerimento offerto dalla Commissione, nel parere n. 1632 del 2018, in occasione dell'esame dell'articolo relativo all'entrata in vigore del Regolamento, di disciplinare una fase transitoria.

La Commissione prende atto della decisione dell'Anac di prevedere (comma 1) che il Regolamento si applichi alle istanze pervenute dopo la sua entrata in vigore e a quelle (comma 2) pervenute prima della sua entrata in vigore “*per le quali non sia stato ancora avviato il relativo*

procedimento”. Per queste ultime, trattandosi in tutti i casi – a quanto è dato comprendere - di istanze di parere non congiunte (e dunque non vincolanti), il mancato avvio del procedimento istruttorio le rende assimilabili, quantomeno sotto il profilo sostanziale, alle istanze (sempre non congiunte) pervenute successivamente all'entrata in vigore del Regolamento;

o) la Commissione prende atto della modifica dell'articolo 16 (“*Entrata in vigore*”), che recepisce i suggerimenti contenuti nel parere n. 1632 del 2018 in relazione all'articolo 14, che disciplinava nel vecchio schema di regolamento la sua entrata in vigore.

P.Q.M.

La Commissione Speciale esprime il richiesto parere nei termini sopra indicati.

GLI ESTENSORI
Claudio Contessa, Giulia Ferrari

IL PRESIDENTE
Claudio Zucchelli

IL SEGRETARIO
Cinzia Giglio