

## Traccia n. 14

# IL NUOVO POTERE DI IMPUGNAZIONE RICONOSCIUTO ALL'ANAC DALL'ART. 52 TER DEL D.L. N. 50 DEL 2017

### SOMMARIO

■ 1. Considerazioni preliminari. La legittimazione ad impugnare delle Autorità amministrative indipendenti e la natura del processo amministrativo. ■ 2. Le raccomandazioni vincolanti e le loro criticità. ■ 3. L'abrogazione del comma 2 dell'art. 211 del D.lgs. 50/2016 e l'introduzione della vigilanza collaborativa (commi 1bis, 1ter, 1quater art.211 D.lgs. 50/2016). ■ 4. Il ricorso dell'ANAC: profili processuali. ■ 5. Il potere di impugnazione ANAC nel sistema dei controlli. ■ 6. Conclusioni.

### ■ 1. Considerazioni preliminari. La legittimazione ad impugnare delle Autorità amministrative indipendenti e la natura del processo amministrativo.

Per inquadrare correttamente la fattispecie di cui all'art. 211, c. 1-*bis* e 1-*ter*, D.lgs. 50/2016 - che attribuisce all'ANAC il potere di impugnare i bandi e i provvedimenti illegittimi in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - è opportuno muovere da una breve riflessione relativa alla natura del processo amministrativo e delle situazioni giuridiche soggettive che in esso trovano tutela.

Come è noto, il processo amministrativo, nel vigente ordinamento, è un **processo di parti**. La sua finalità **non è quella di tutelare il diritto oggettivo**, ma le **situazioni giuridiche soggettive** (differenziate e qualificate) di cui sono titolari le persone fisiche o gli enti.

La **natura soggettiva della giurisdizione amministrativa** è resa evidente da molteplici disposizioni sia di rango costituzionale che di rango ordinario. In questo senso si possono ricordare gli artt. 103 e 113 della Costituzione che pongono al centro della giustizia amministrativa l'interesse legittimo e, nei casi previsti dalla legge, estendono la tutela anche al diritto soggettivo. Ad una prospettiva soggettiva della garanzia giurisdizionale è ispirato anche l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE che attribuisce ad "ogni individuo" il "diritto a un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice".

Sul piano della legislazione ordinaria, l'intero sistema del codice del processo amministrativo ha come proprio presupposto la necessità di tutelare posizioni individuali. Questo dato emerge, tra le sue tante manifestazioni, dal principio di effettività della tutela giurisdizionale (art. 1 c.p.a.), dal giusto processo (art. 2 c.p.a.), dal principio della domanda (art. 34 c.p.a. e 99-112 c.p.c.), dalla concentrazione (art. 7 c. 7

c.p.a.) e dall'atipicità delle tutele (Ad. Pl. n. 3 e 15 del 2011), dall'iniziativa istruttoria rimessa (tendenzialmente) alle parti (art. 64 c.p.a.), dalla rinunciabilità all'azione (art. 84 c.p.a.).

La natura soggettiva della giurisdizione amministrativa porta con sé che non sia possibile agire in giudizio in mancanza delle condizioni dell'azione. La tutela davanti al giudice amministrativo, infatti, è soggetta, sulla falsariga del processo civile, a tre condizioni fondamentali che, valutate in astratto e con riferimento alla *causa petendi*, devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino a quello della decisione. Tali condizioni sono il **titolo** (o possibilità giuridica dell'azione), inteso come l'astratta configurabilità di una situazione meritevole di tutela rispetto ad un bene della vita derivante dalla posizione qualificata del soggetto che lo distingue, in rapporto all'esercizio del potere amministrativo, dal *quisque de populo*; **l'interesse ad agire** ex art. 100 c.p.c., riscontrabile in presenza di una lesione (concreta ed attuale) della situazione giuridica azionata e della possibilità di ottenere un'utilità o un vantaggio (anche potenziale) dall'accoglimento del ricorso; **la legitimatio ad causam** o legittimazione attiva, discendente dall'affermazione di colui che agisce in giudizio di essere titolare del rapporto controverso.

La natura soggettiva della giurisdizione amministrativa è stata recentemente ribadita da alcuni importanti interventi dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. In particolare, l'Adunanza Plenaria n. 4 del 2015, proprio sulla base del fatto che il processo amministrativo è un giudizio di parti, ha ritenuto che il giudice amministrativo non possa convertire la domanda proposta dal ricorrente (caducatoria) in un'altra differente (risarcitoria), potendo al più determinare la portata dell'annullamento, ma sempre in conformità a quanto richiesto dal ricorrente e nel suo interesse, senza che a questo osti il pregiudizio che, in considerazione del tempo trascorso, rischiano di subire i controinteressati. Il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa ha inoltre guidato l'Adunanza Plenaria n. 5 del 2015 in un'articolata analisi relativa ai limiti e alle modalità di graduazione dei motivi di ricorso. Secondo il Supremo organo della giustizia amministrativa, la parte, proprio in considerazione del fatto che in giudizio viene invocata la tutela di posizioni individuali, può graduare, esplicitamente e in modo vincolante per il giudice, i motivi e le domande di annullamento, ad eccezione dei casi in cui, ex art. 34 co. 2 c.p.a., il vizio si traduca nel mancato esercizio del potere da parte dell'autorità competente per legge. In mancanza di rituale graduazione dei motivi e delle domande di annullamento, il giudice amministrativo, in base al principio dispositivo e di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, è obbligato a esaminarli tutti, salvo che non ricorrano i presupposti per disporre l'assorbimento nei casi ascrivibili alle tre tipologie dell'assorbimento per legge, per pregiudizialità necessaria e per ragioni di economia.

Il carattere (generalmente) soggettivo della giustizia amministrativa conosce anche alcune limitate eccezioni. Tra queste si ricorda l'art.9 del D.lgs. 267/2000 che prevede che ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune e alla provincia (c.d. azione popolare di tipo suppletivo). In questa ipotesi, il giudizio, attivato sulla base di un fenomeno di sostituzione processuale, viene a connotarsi in senso oggettivo.

Alla luce di questo quadro della giurisdizione amministrativa, come si colloca il nuovo potere di impugnazione attribuito all'ANAC? È una nuova forma di giurisdizione

oggettiva posta a tutela della legalità o, invece, in conformità alla natura (generalmente) soggettiva del processo amministrativo, l'ANAC agisce in giudizio sulla base di un proprio interesse meritevole di tutela differenziato e qualificato dal legislatore?

Questi stessi interrogativi si erano già posti nel 2011 quando il D.L. 6 dicembre 2011 n. 201 introduceva all'interno della L. 287/1990 l'art. 21-*bis* che attribuisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) la legittimazione a impugnare innanzi al giudice amministrativo *“gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato”*.

Secondo una prima tesi, il generico riferimento alla “concorrenza” contenuto nell'art. 21-*bis* rimanderebbe ad una giurisdizione di diritto oggettivo, in discontinuità con i principi propri del processo amministrativo sopra esaminati. L'Autorità non sarebbe quindi titolare di un interesse legittimo in senso proprio, ma, al contrario, agirebbe d'ufficio per assicurare il rispetto della legge. L'interesse alla concorrenza, infatti, coinciderebbe con una sommatoria di interessi di mero fatto ascrivibili alla collettività, che ne renderebbero impossibile l'imputazione in capo ad uno specifico soggetto di diritto, tanto da rendere necessario l'intervento di un'autorità istituzionalmente posta alla sua tutela che agisce pur in assenza di una specifica posizione soggettiva.

Questa tesi non è stata però accolta dalla **prevalente giurisprudenza** che, in più occasioni, è intervenuta per **negare espressamente che l'art. 21-*bis* abbia introdotto un'ipotesi di giurisdizione oggettiva** (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720; Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 8 luglio 2016, n. 1356; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 29 giugno 2016, n. 1373; T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 7 dicembre 2017, n. 1521; Cons. St., Sez. VI, 30 aprile 2018, n. 2583).

Secondo la tesi prevalente, infatti, l'interesse alla concorrenza non è un interesse di mero fatto, ma un interesse pubblico qualificato e differenziato dall'art. 21-*bis* in rapporto a un bene della vita di cui è portatrice, sul versante pubblico, l'AGCM. L'Autorità agisce quindi non a tutela della legalità, ma in forza di un ordinario potere di azione riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali. L'art. 21-*bis* ha, in altri termini, trasformato il ruolo dell'AGCM da mera interveniente in grado di fare osservazioni a parte processuale che agisce in giudizio per poter assicurare la piena effettività delle regole preordinate alla tutela della concorrenza secondo un fenomeno, ricorrente in molteplici settori, di concretizzazione di un interesse latente in beni collettivi di cui sono titolari enti esponenziali dotati di rappresentatività (in questo caso l'Autorità).

Anche alla luce delle conclusioni cui è giunta la giurisprudenza in riferimento all'art. 21-*bis* della L. 287/1990, **l'art. 211 c. 1-*bis* e 1-*ter* del D.lgs. n. 50/2016 può essere letto non come una deroga ai principi generali della giustizia amministrativa, ma come una forma di concretizzazione dell'interesse alla legittimità e trasparenza delle procedure ad evidenza pubblica che risulta qualificato e differenziato rispetto ad uno specifico ente esponenziale pubblico (l'ANAC).**

Questa collocazione sistematica della nuova norma trovava conferma già nel parere del Consiglio di Stato n. 855 del 2016, reso in riferimento allo schema del nuovo codice dei contratti pubblici. Il Consiglio di Stato, infatti, nel pronunciarsi in termini

critici in merito all'allora vigente c. 2 dell'art. 211, rilevava che è da preferire una riformulazione della norma in chiave di controllo collaborativo, ispirata alla disciplina dettata dall'art. 21-*bis* della L. 287/1990. A tal fine la Commissione speciale proponeva due possibili formulazioni della norma, la seconda delle quali è stata in larga parte ripresa dal Legislatore del 2017.

Se lo stesso Consiglio di Stato, nel suggerire l'introduzione della norma in commento, ha avuto come riferimento l'art. 21-*bis* è allora ragionevole ritenere che l'inquadramento della nuova disposizione sia avvenuto in conformità alle conclusioni già raggiunte dalla giurisprudenza proprio rispetto a questa norma e in linea di continuità rispetto alla tradizionale configurazione della giurisdizione amministrativa e delle situazioni giuridiche soggettive che in essa trovano tutela. Invero, la giurisprudenza amministrativa, nel dare applicazione alla nuova disposizione, non si è discostata dalla lettura fin qui offerta dell'art. 21-*bis* della L. 287/1990, considerando l'intervento dell'ANAC come strumento di tutela di un interesse generale, che richiede, pertanto, la legittimazione straordinaria dell'Autorità garante del settore (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, Ord. 20 luglio 2018, n. 1097; Cons. St., Sez. III, Ordinanza di remissione, 7 novembre 2017, n. 5138).

È doveroso, però, sottolineare come secondo un autorevole commentatore (DE NICTOLIS), atteso che lo scopo dell'istituto è quello di assicurare la legittimità dell'azione amministrativa anche a prescindere da una iniziativa dei privati o di un intervento in autotutela della stazione appaltante, **l'interesse pubblico e generale al corretto svolgimento delle procedure di gara trova tutela immediata e diretta, e non per il tramite dell'interesse legittimo quale interesse individuale.**

Secondo questa tesi, che rispecchia la prima delle letture sopra riportate dell'art. 21-*bis*, L'ANAC risulta- come già l'AGCM *“titolare di una legittimazione “straordinaria” basata non già sulla titolarità di un interesse legittimo, e un interesse concreto e attuale alla rimozione dell'atto, ma direttamente sull'interesse pubblico e generale alla legalità dell'azione pubblica. Un modello simile a quello del pubblico ministero nel processo penale o del procuratore presso la Corte dei conti. Un modello che introduce dunque, una legittimazione ad agire pubblicistica davanti al giudice amministrativo e che tuttavia non si spinge a connotare il processo amministrativo come un processo officioso; esso continua ad avere, anche nel caso di legittimazione straordinaria (dell'ANAC o dell'AGCM) i connotati del processo di parti.”*

Così ricostruite le possibili letture sul piano sistematico della disposizione in commento, è ora possibile scendere ad una specifica analisi della stessa partendo dalla figura immediatamente previgente: le raccomandazioni vincolanti.

## 2. Le raccomandazioni vincolanti e le loro criticità.

Nell'originaria formulazione (dopo l'*errata corrige* del luglio 2016), l'art. 211 del codice dei contratti pubblici prevedeva, al c. 2, un potere di “raccomandazione” nei confronti delle stazioni appaltanti finalizzato a **sollecitare l'esercizio del potere di autotutela** in relazione ad atti della procedura di gara (ma non della successiva fase di esecuzione) affetti da vizi di legittimità. In tal caso l'ANAC invitava la stazione appaltante ad eliminare l'atto e a rimuoverne gli effetti assegnando un termine non superiore a 60