

SILVIA TUCILLO

Ricercatrice di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Napoli Federico II

silvia.tuccillo@unina.it

LA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI. IL CASO ANAC

STANDING TO SUE OF INDEPENDENT AUTHORITIES. THE CASE OF ANAC

SINTESI

La legittimazione speciale delle autorità indipendenti è tema assai discusso ed alimenta oggi il dibattito in essere sulla più o meno vacillante natura soggettiva della giurisdizione amministrativa. Lo studio si concentra sui profili più controversi della disciplina positiva dei presupposti e delle condizioni previste affinché le autorità possano assumere il ruolo di parte ricorrente. Oggetto di indagine è, in particolare, la legittimazione attiva dell'Autorità nazionale anticorruzione, cui si accompagnano criticità sia dal punto di vista procedimentale che processuale.

ABSTRACT

The paper analyses the standing to sue of independent authorities as a special provision in the administrative process, underlining the compatibility with the principles of judicial review. The research is focused on the main critical issues of the regulation of Anac's standing, where are not clearly defined the rules applicable to these new procedures.

PAROLE CHIAVE: legittimazione ad agire – autorità amministrative indipendenti – procedimento – autotutela.

KEYWORDS: standing to sue - Independent Administrative Authorities – administrative procedures - self defense.

INDICE: 1. La legittimazione processuale *ex lege* delle autorità indipendenti: deroga alla tradizionale struttura del processo amministrativo per esigenze di sistema? - 2. La strutturazione bifasica della legittimazione dell'Agcm e dell'Anac. - 3. Le peculiarità della legittimazione processuale dell'Anac. - 3.1. Le criticità di fondo: la natura del parere dell'Autorità anticorruzione e la dubbia qualificazione del potere della stazione appaltante. Un confronto tra l'articolo 21-bis della legge 287 del 1990 e l'art. 211, comma 1-ter, del d.lgs. 50 del 2016 - 3.2. L'individuazione dell'oggetto del giudizio instaurato innanzi al giudice amministrativo - 4. Considerazioni conclusive.

1. La legittimazione processuale *ex lege* delle autorità indipendenti: deroga alla tradizionale struttura del processo amministrativo per esigenze di sistema?

L'esistenza di ipotesi di legittimazione processuale straordinaria, speciale o *ex lege*, in capo ad alcuni soggetti pubblici non è nuova nel nostro sistema di giustizia amministrativa, per quanto esse si pongano come affatto derogatorie rispetto alla connotazione soggettiva della legittimazione processuale¹.

Con particolare riferimento alla legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti, possono oggi annoverarsi diversi esempi: la legittimazione della Banca d'Italia all'impugnazione delle delibere delle banche assunte in violazione delle prescrizioni di cui all'art. 24, comma 1, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385², assimilabile, nei presupposti, a quella attribuita alla CONSOB dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58³; la legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ex art. 21-*bis* della legge 287 del 1990, avverso gli atti (amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti) di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato⁴; la legittimazione dell'Autorità dei trasporti la quale, ai sensi

¹ Sin dagli albori della giustizia amministrativa si è affermato che compito del giudice fosse «accertare la sussistenza in capo al ricorrente di una situazione protetta che lo legittimasse alla proposizione del ricorso, e di uno specifico interesse ad ottenere attraverso il processo il risultato utile auspicato». Così, V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2014, pp. 341 ss., il quale ricorda anche le poche, ma autorevoli voci che propendevano per una configurazione oggettiva della giustizia amministrativa «condizionate dall'incerta natura degli "interessi" di cui all'art. 24 della legge fondamentale» nonché «ispirate dall'idea, che risaliva a Spaventa, della funzione "politica" della giustizia amministrativa (giustizia nell'amministrazione), mediante i ricorsi esperibili davanti al Consiglio di Stato, come strumento atto in primo luogo a garantire, tra gli altri strumenti previsti dall'ordinamento (sistema dei controlli, autotutela contenziosa), la legalità dell'amministrazione».

² Art. 24. Sospensione del diritto di voto e degli altri diritti, obbligo di alienazione «1. Non possono essere esercitati i diritti di voto e gli altri diritti che consentono di influire sulla società inerenti alle partecipazioni per le quali le autorizzazioni previste dall'articolo 19 non siano state ottenute ovvero siano state sospese o revocate. I diritti di voto e gli altri diritti, che consentono di influire sulla società, non possono essere altresì esercitati per le partecipazioni per le quali siano state omesse le comunicazioni previste dall'articolo 20. 2. In caso di inosservanza del divieto, la deliberazione o il diverso atto, adottati con il voto o il contributo determinanti delle partecipazioni previste dal comma 1, sono impugnabili secondo le previsioni del codice civile. L'impugnazione può essere proposta anche dalla Banca d'Italia entro centottanta giorni dalla data della deliberazione ovvero, se questa è soggetta a iscrizione nel registro delle imprese, entro centottanta giorni dall'iscrizione o, se è soggetta solo a deposito presso l'ufficio del registro delle imprese, entro centottanta giorni dalla data di questo. Le partecipazioni per le quali non può essere esercitato il diritto di voto sono computate ai fini della regolare costituzione della relativa assemblea».

³ Articolo 14, comma 5, richiamato negli articoli 61, 110, 122 e 157 che consentono in diverse ipotesi l'impugnabilità delle delibere societarie assunte in violazione del divieto di esercizio del voto.

⁴ L'art. 21-*bis*, inserito dall'articolo 35 del decreto-legge 201/2011 convertito dalla legge 214 del 2011, stabilisce che «1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire

dell'art. 37, comma 2, lett. n), D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, può ricorrere al Tribunale amministrativo regionale avverso i provvedimenti che con riferimento al servizio di trasporto su taxi siano in qualche modo lesivi del diritto di mobilità degli utenti e, da ultimo, come previsto dall'art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter* del d.lgs. n. 50 del 2016, la legittimazione dell'Anac ad impugnare, in via diretta, bandi e altri atti – anche generali – che riguardino contratti di rilevante impatto e siano considerati illegittimi nonché, previo espletamento di una fase «consultativa», qualunque atto comunque ritenuto lesivo delle norme dettate dal codice dei contratti pubblici⁵.

Tutti questi casi si connotano per l'aver svincolato, di fatto, il presupposto processuale della legittimazione tanto dalla verifica della titolarità di una situazione giuridica soggettiva differenziata e qualificata, quanto dall'accertamento della sussistenza di un interesse concreto ed attuale all'annullamento di un atto amministrativo dal quale discenda un pregiudizio ad un proprio bene della vita⁶.

in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. 2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni. 3. Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104»

⁵ Art. 211. Pareri di precontenzioso dell'ANAC «1. Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere, previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo.

1-*bis*. L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

1-*ter*. L'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Si applica l'articolo 120 del codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. 1-*quater*. L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-*bis* e 1-*ter*».

⁶ Per un'analisi puntuale del dibattito attualmente in essere sulla legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo e per una ricostruzione della fattispecie, cfr. S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2019, nonché F. SAIITA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2-2019, 511 ss.

Elemento sicuramente centrale - da molti messo in luce⁷ - è che il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa non verrebbe ad essere eroso da un ampliamento dei soggetti titolari della legittimazione processuale, benché sganciata dalla titolarità di un interesse legittimo, ma ricollegata invece alla tutela di un interesse generale. Con riguardo a tali fattispecie si è parlato di legittimazione oggettiva che, tuttavia, è cosa diversa dalla giurisdizione di tipo oggettivo⁸.

La singolarità delle previsioni legittimanti si è accompagnata all'emersione di diverse questioni interpretative e si è anche rilevato, con riguardo a più risalenti ipotesi di legittimazioni *ex lege*⁹, che la comparsa di queste fattispecie è di solito sintomatica di una disfunzione del processo divenendo esse «veicoli e sensori» di istanze non recepite in misura ottimale nell'alveo del processo¹⁰. Con riguardo al caso delle autorità indipendenti può condividersi l'idea che, per le ragioni che si illustreranno, piuttosto che la presenza di una

⁷ Tra gli altri, R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in www.giustizia-amministrativa.it; M.A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in www.anticorruzione.it, 2013, e già *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l.n. 287 del 1990*, in www.federalismi.it, 2012; M. ANTONIOLI, *La legittimazione a ricorrere degli enti pubblici tra situazioni sostantive, soggettività della tutela e funzionalizzazione dell'interesse pubblico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 359 ss.

⁸ V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, nt. 2, che esplicita sin dall'apertura dello scritto la sua chiave di lettura in ordine al concetto di legittimazione oggettiva precisando che «con la nozione di legittimazione "oggettiva" ad agire, mi riferisco in queste note, ai casi, molteplici nel nostro ordinamento processuale, nei quali determinati soggetti, in virtù di espressa previsione di legge, ovvero della loro posizione istituzionale nell'ambito dell'ordinamento, possono adire il giudice amministrativo (esercitando l'una o l'altra delle azioni ammissibili) per la tutela di interessi generali (pubblici) di cui sono portatori; cadendo dunque, in tali casi, il carattere prettamente "soggettivo" del processo amministrativo, come quello inteso alla tutela di situazioni soggettive protette (diritti e interessi legittimi: artt. 103, 113, Cost.), la cui sussistenza in concreto, deve essere rappresentata preliminarmente al giudice ai fini dell'esercizio dell'azione. La previsione di casi di legittimazione "oggettiva" non comporta affatto, come si mostra in queste note, che il processo assuma caratteri "di diritto oggettivo" (che in qualche caso si rinvergono anche nel processo amministrativo, del tutto a prescindere dai casi di legittimazione "oggettiva")».

⁹ Si pensi al potere di controllo di legittimità sulle leggi regionali di cui all'art. 127, co. 3 e 4, Cost., nel testo previgente alla riforma del 2001; all'art. 6, co. 9, l. n. 168 del 1989 che prevede che gli statuti e i regolamenti di Ateneo, una volta deliberati, siano «trasmessi al Ministro che, entro il termine perentorio di sessanta giorni, esercita il controllo di legittimità e di merito nella forma della richiesta motivata di riesame...», precisando, al successivo co. 10, che «Il Ministro può per una sola volta, con proprio decreto, rinviare gli statuti e i regolamenti all'università, indicando le norme illegittime e quelle da riesaminare nel merito. Gli organi competenti dell'università possono non conformarsi ai rilievi di legittimità con deliberazione adottata dalla maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti, ovvero ai rilievi di merito con deliberazione adottata dalla maggioranza assoluta. In tal caso il Ministro può ricorrere contro l'atto emanato dal rettore, in sede di giurisdizione amministrativa per i soli vizi di legittimità...»; nonché alla legittimazione del Ministero delle Finanze, ad impugnare i regolamenti tributari emanati dagli enti locali di cui all'art. 52, co. 4, d.lgs. n. 446 del 1997.

¹⁰ P. DURET, *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1-1999, 40 ss. spec. 41.

lacuna in sede processuale sia in realtà percepibile il tentativo di colmare il vuoto lasciato dal superamento del sistema di controlli preventivi¹¹, ai quali non sono seguiti sistemi di controllo alternativo adeguatamente efficaci. A tale assunto, con segnato riferimento alla legittimazione processuale dell'Anac, può aggiungersi la considerazione che il legislatore sia andato probabilmente ben oltre, ma sul punto si tornerà.

Molto si è discusso in ordine all'impatto che un siffatto ampliamento della legittimazione sarebbe stato idoneo a produrre sul vigente sistema di giustizia amministrativa, già interessato da diverse smagliature in direzione «oggettivizzante»¹² e molti sono gli interrogativi rimasti privi di una risposta completamente soddisfacente.

¹¹ F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 2 bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.* 2013, 471 ss., spec. 476, il quale rileva che «il potere della AGCM solo descrittivamente (e comunque riduttivamente) può dirsi di carattere consultivo. Esso rappresenta, sul piano funzionale, una (potenzialmente assai incisiva) potestà di controllo, esterno e successivo, di legittimità. Ciò è reso palese dal fatto che essa mira ad imporre, seppure, se necessario, grazie al coinvolgimento dell'Autorità giudiziale, la rimozione di un atto per ragioni di legittimità (concorrenziale)». Secondo M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, in V. CERULLI IRELLI, a cura di, *La giustizia amministrativa in Italia e Germania. Contributi per un confronto*, in *Quaderni di Diritto processuale amministrativo*, 2017, 147 ss., spec. 149, ove si osserva che «Per rispondere al quesito sull'attuale possibile trasformazione del processo amministrativo, l'analisi concreta mostra come alcune specifiche previsioni di legittimazione oggettiva – ferma restando la loro eccezionalità – siano potenzialmente idonee a mutare la funzione della giurisdizione amministrativa, avvicinandola alla funzione di mero controllo, o, addirittura, d'implementazione della disciplina di diritto sostanziale, rimasta inattuata a livello amministrativo».

¹² Diversi spunti di riflessione sulle “sorti” della giustizia amministrativa possono leggersi in F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazgarolli*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, tra i quali in particolare quelli sottolineati da M. A. SANDULLI nella relazione introduttiva, pubblicata anche in *Federalismi* n. 3/2017, secondo la quale indici dell'oggettivizzazione della giurisdizione darebbero: «a) la legittimazione dell'Autorità Antitrust e di alcune amministrazioni centrali (MIUR, MEF) ad agire in giudizio per l'annullamento di atti contra legem assunti da altre amministrazioni (negli ultimi due casi, a prescindere dall'utilità dell'annullamento per l'interesse pubblico particolare affidato alla tutela dell'amministrazione ricorrente); b) il potere dell'Adunanza plenaria del CdS di decidere “nell'interesse della legge” su questioni di diritto non più rilevanti per definire la controversia; c) il potere/dovere dei giudici di pronunciarsi sull'inefficacia del contratto pubblico in caso di annullamento dell'aggiudicazione per vizi gravi o di irrogare sanzioni pecuniarie sostitutive per vizi meno gravi; d) il potere/dovere dei giudici di disapplicare le leggi in contrasto con il diritto dell'Unione europea e il potere/dovere dei giudici di ultima istanza di rimettere in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE le questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione». Hanno sostenuto che la legittimazione processuale dell'AGCM configuri un'ipotesi di giurisdizione oggettiva, F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*; F. SATTA, *Intorno alla legittimazione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato a chiamare in giudizio pubbliche amministrazioni*, in *ApertaContrada*, 26 novembre 2012; R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della l.287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato. Ovvero: prime riflessioni sul nuovo protagonismo processuale dell'autorità antitrust, tra il Minosse di Dante ed il giudice di De André*, in *www.federalismi.it*, del 5 giugno 2012.

Ad alcuni quesiti ha trovato soluzione la Corte Costituzionale chiamata ad esprimersi sulla compatibilità costituzionale della legittimazione speciale dell'Agcm¹³. Altri nodi sono stati sciolti dal giudice amministrativo in sede di applicazione¹⁴ e la dottrina si è impegnata, dal canto suo, ad individuare una so-

¹³ Corte Cost, n. 20 del 14 febbraio 2013, in *Giur. Cost.*, 2013, 1, 329, secondo la quale «è inesatto parlare di «nuovo e generalizzato controllo di legittimità», là dove la norma - integrando i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità garante dagli artt. 21 e seguenti della legge n. 287 del 1990 - prevede un potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato (art. 21, comma 1, della legge citata) e, comunque, certamente non generalizzato, perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi «che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato» (norma censurata, comma 1). Esso si esterna in una prima fase a carattere consultivo (parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate), e in una seconda (eventuale) fase di impugnativa in sede giurisdizionale, qualora la pubblica amministrazione non si conformi al parere stesso. La detta disposizione, dunque, ha un perimetro ben individuato (quello, per l'appunto, della concorrenza), compreso in una materia appartenente alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, secondo comma, lettera e, Cost.), concernente anche la potestà regolamentare, ai sensi dell'art. 117, sesto comma, primo periodo, Cost.» Cfr. sulla pronuncia della Corte, si vedano i commenti di M. MIDIRI, *La prima sentenza della Corte sul potere d'azione dell'Autorità per la concorrenza*, in *Giur. Cost.*, 1-2013, 342 ss. e di R. CHIEPPA, *Speciale legittimazione a ricorrere della Autorità garante della concorrenza e del mercato e patrocinio dell'Avvocatura dello Stato*, in *Giur. Cost.*, 1-2013, 0337B nonché di F. GOISIS, *op. cit.*

¹⁴ Sul punto esplicito il ragionamento svolto da T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 15 marzo 2013, n.2720, in *Foro Amm.* - T.A.R., 2013, 5, 1587, secondo il quale «L'art. 21 bis, l. n. 287 del 1990, lungi dall'introdurre un'ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo, in cui l'azione giurisdizionale mira alla tutela di un interesse generale e non di situazioni giuridiche soggettive di carattere individuale, che porrebbe problemi di compatibilità specie con l'art. 103 cost. (secondo il quale gli organi della giustizia amministrativa hanno giurisdizione in materia di interessi legittimi e, nei soli casi previsti dalla legge, di diritti soggettivi), delinea piuttosto un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad una autorità pubblica. L'interesse sostanziale alla cui tutela l'azione prevista dall'art. 21 bis in capo all'Autorità Antitrust è finalizzata assume i connotati dell'interesse ad un bene della vita: il corretto funzionamento del mercato, come luogo nel quale trova esplicazione la libertà di iniziativa economica privata, intesa come pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio dell'impresa, tutelato a livello comunitario e costituzionale, costituisce il riferimento oggettivo di una pretesa, giuridicamente rilevante e meritevole di salvaguardia, ad un bene sostanziale. Un bene della vita, dunque, che non si risolve nel mero interesse generale al rispetto delle regole e alla legalità dell'azione amministrativa (rispetto ai parametri di legge che regolano il funzionamento del libero mercato), ma che assume una specifica dimensione sostanziale, che si concretizza e si specifica nelle diverse fattispecie nelle quali trovano applicazione le norme a tutela del buon funzionamento del libero mercato» Cfr. Tar Lazio, Roma, sez.II, 06 maggio 2013, n. 4451, in *Foro Amm.* - T.A.R. , 2013, 5, 1562, il quale ritiene che «la collocazione "sistematica" del nuovo potere di azione di AGCM, con l'inserimento nel corpo della legge istitutiva, tra gli articoli 21 e 22, riveli la volontà del legislatore di valorizzare la tradizionale funzione consultiva e di segnalazione (c.d. competition advocacy) disciplinata da tali norme e ad essa attribuita ab origine. La legittimazione ad agire innanzi al giudice amministrativo conferisce infatti a tale funzione (in passato, mera espressione di un'opinione dell'Autorità, ancorché suscettibile di effetti di moral suasion, sull'esistenza di "situazioni distorsive" della concorrenza derivanti da norme di legge, di regolamento o provvedimenti amministrativi) veri e propri effetti costitutivi, sia pure conseguibili in via mediata attraverso lo scrutinio giurisdizionale. È in ragione di tale correlazione, a parere del Collegio, che l'iniziativa dell'Autorità deve essere necessariamente preceduta da un'attività amministrativa proceduralizzata, essendo il "procedimento" paradigma comune sia alle autorità amministrative tradizionali che indipendenti. In sostanza, come nel settore delle intese e degli abusi di posizione dominante - in cui possiede autonomi poteri di enforcement (decisori e di sanzione) - l'Autorità agisce in contraddittorio con le imprese, così è logico ritenere che, nei confronti degli eventuali abusi di potere regolatorio, e/o provvedimento, compiuti da soggetti pubblici ad essa pariorinati (siano essi espressione dello Stato -

luzione idonea a giustificare il ruolo di parte processuale di queste autorità senza intaccare la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa¹⁵. Di recente, poi, uno spunto interessante giunge dalla pronuncia della Corte costituzionale che nega la legittimazione dell'Agcm a sollevare questione di legittimità costituzionale in considerazione del difetto di terzietà di quest'ultima¹⁶. Da tale presa di posizione della Consulta, si è fatta discendere l'idea che «una volta tramontata la possibilità di qualificare l'autorità indipendente secondo forme ontologicamente differenti dall'ente pubblico affidatario di interessi diversamente adespoti, l'applicazione dei principi generali deve farci considerare come la legittimazione a ricorrere dell'ente esponenziale, pubblico o privato che sia, discenda dal fatto “che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale”»¹⁷.

A prescindere dalla linea interpretativa prescelta, l'assunzione in capo alle autorità amministrative indipendenti della tutela di uno specifico interesse e la definizione dei presupposti per adire il giudice amministrativo da parte di queste ultime, pare allentare la tensione sul tema del mutamento d'abito della giurisdizione amministrativa. Ancora numerosi sono, tuttavia, i profili da chiarire che paiono lasciare quasi sullo sfondo le questioni interpretative di stampo più strettamente processuale. E ciò probabilmente anche in considerazione della eccessiva stringatezza – in alcuni casi dell'assenza – della disciplina procedurale delle fattispecie che si caratterizzano per la presenza di una fase prodromica all'impugnazione diretta.

apparato ovvero, come pure è possibile, altre Autorità indipendenti), vi sia una medesima esigenza di proceduralizzazione, attraverso cui AGCM contestualizza e concretizza la propria valutazione circa la regola giuridica da applicare al caso concreto. In tal modo, essa concorre direttamente alla formazione, e al mantenimento, di un complessivo quadro legale atto a favorire le dinamiche della concorrenza, promuovendo il sindacato del g.a., indipendentemente dall'esistenza (o dall'iniziativa) di soggetti portatori di interessi, individuali e/o collettivi, lesi dall'attività amministrativa».

¹⁵ Seguendo logiche ricostruttive parzialmente differenti, in tal senso, M.A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, cit.; R. GIOVANNOLI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della legge 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, cit. Si veda da ultimo, N. PICA, *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, in *Dir. proc. amm.*, 3-2019, 807 ss.

¹⁶ Corte Cost., n. 13 del 2019. Essa, infatti, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale. Sulla pronuncia, A. PATRONI GRIFFI, *Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull'Agcm: alcune considerazioni*, in www.federalismi.it, 2019, 13.

¹⁷ N. DURANTE, *Riflessioni sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 13/2019*, in www.giustizia-amministrativa.it

2. La strutturazione bifasica della legittimazione dell'Agcm e dell'Anac

Il meccanismo legittimante previsto dalle normative settoriali con riguardo alla legittimazione dell'Agcm e, limitatamente all'articolo 211, comma 1-ter, dell'ANAC, consta di un doppio passaggio: l'accesso alla tutela processuale è preceduto da un procedimento (astrattamente o quantomeno asseritamente) di natura consultiva che si conclude con l'emanazione di un parere con il quale l'autorità indipendente «*invita*» l'amministrazione che ha emanato l'atto (presunto) illegittimo a conformarsi agli indirizzi (prescrizioni) in esso contenuti entro un termine, decorso il quale si perfeziona la legittimazione ad impugnare l'atto innanzi al giudice amministrativo da parte dell'autorità indipendente¹⁸.

La logica di fondo che ha ispirato queste fattispecie sicuramente non manca di accenti virtuosi, venendosi a determinare la nascita di nuove forme di collaborazione e confronto tra amministrazioni in ordine al miglior bilanciamento degli interessi in settori considerati nevralgici per l'economia¹⁹ e nei quali alcuni interessi, considerati in qualche misura, e per diverse motivazioni, prioritari, verrebbero ad essere non adeguatamente tutelati attraverso gli ordinari strumenti di impugnazione condizionati all'impulso di parte.

L'articolo 21-bis, ad esempio, nasce dall'esigenza di superare la prassi poco soddisfacente dei poteri di segnalazione²⁰ rispetto all'attuazione della *mission* dell'Agcm in quanto garante della concorrenza. Il fallimento degli strumenti di

¹⁸ Per la legittimazione dell'Agcm la giurisprudenza ha stigmatizzato come l'esperimento della fase consultiva sia presupposto per la legittimazione, essendo inammissibile l'impugnazione diretta: Tar Lazio, Sez. II, n. 4451 del 2013, cit.. Di recente, con riguardo all'Anac, il giudice amministrativo ha affermato che la fase precontenziosa debba anche concludersi con l'emanazione di un atto dal quale si evincano chiaramente le ragioni della determinazione del Consiglio dell'Autorità: si veda Tar Lombardia, sez. II, 17 ottobre 2019, ord. n. 2182, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁹ M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 64 ss.; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720, secondo cui "l'art. 21 bis, l. n. 287 del 1990, secondo una piana e ragionevole considerazione del suo dato letterale, disciplina l'esercizio della legittimazione al ricorso dell'A.g.c.m. avverso atti amministrativi che assuma essere distorsivi della concorrenza, prevedendo al comma 1 la stessa attribuzione della legittimazione, specificando al secondo comma, in rapporto di perfetta coincidenza oggettiva con il comma 1, le modalità di proposizione del ricorso e, dettando al terzo comma, le regole processuali applicabili. La scelta normativa di condizionare la proposizione del ricorso giurisdizionale al previo espletamento della procedura di cui al secondo comma è espressione della volontà di assicurare un momento di interlocuzione preventiva dell'Autorità con l'amministrazione emanante l'atto ritenuto anticoncorrenziale, allo scopo di stimolare uno spontaneo adeguamento della fattispecie ai principi in materia di libertà di concorrenza. In altri termini, la configurazione della legittimazione dell'Autorità al ricorso giurisdizionale si pone, nell'attuale dato normativo, come "extrema ratio", in considerazione del fatto che dà luogo ad un giudizio fra p.a.; privilegiando piuttosto il legislatore modalità preventive di perseguimento dell'obiettivo di garanzia della libertà concorrenziale riconducibili, nella specie, al rapporto di leale collaborazione fra p.a.".

²⁰ Così M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della L. n. 287/1990*, in www.giustizia-amministrativa.it.

dialogo paracontenziosi, così come la scarsa incisività dei poteri di vigilanza, ha richiesto, dunque, lo spostamento in sede giurisdizionale degli eventuali problemi di risoluzione dei conflitti tra interessi pubblici e interesse alla concorrenza. Tale forma di tutela privilegiata dell'interesse alla concorrenza è stata motivata²¹ in considerazione della natura intrinsecamente «debole» dello stesso, perché diffuso, in taluni casi adespota e spesso in contrasto con quello dell'amministrazione che a volte pone ostacoli alla sua piena realizzazione.

La peculiarità della disposizione è stata ravvisata soprattutto nella deviazione rispetto al principio di «disponibilità dell'interesse alla validità»²² che è, di regola, rimesso alla scelta dell'interessato in quanto l'atto illegittimo è tradizionalmente equiparato a quello legittimo fintanto che, e soltanto se, qualcuno non agisca in giudizio per farne accertare lo stato invalidante ovvero la p.a. non intervenga in autotutela. Nel caso in esame è stato, così, individuato un ulteriore soggetto legittimato a rilevare l'invalidità, affermando che la verifica della violazione di norme a tutela della concorrenza possa trascendere «l'interesse specifico del singolo operatore del mercato»²³.

Diverse le criticità evidenziate con riguardo sia alla fase procedimentale, preordinata all'adozione del parere, che a quella processuale, molte delle quali si ripropongono con riguardo alla ben più recente legittimazione processuale dell'Anac²⁴.

In realtà, va sin d'ora anticipato che la vicenda che vede protagonista l'Anac oltre a contraddistinguersi per le stesse debolezze già emerse con riguardo alla legittimazione dell'Agcm, ne conosce di ulteriori e peculiari sulle quali si vorrebbe in questa sede concentrare l'attenzione.

Come noto, la modifica dell'articolo 211 del d.lgs. 50 del 2016 giunge all'esito del contestato ingresso nella disciplina dei contratti pubblici delle raccomandazioni vincolanti di cui al previgente articolo 211, comma 2. Con tale istituto, infatti, l'Anac, una volta riscontrate delle illegittimità negli atti di gara,

²¹ B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 3-2016, 291 ss., spec. pag. 292.

²² B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, 293.

²³ Consiglio di Stato, V, 30 aprile 2014, n. 2246, in *Foro Amm.*, 2014, 4, 1089.

²⁴ Consiglio di Stato, III, 03 aprile 2017, n. 1521: «Il ricorso ai sensi dell'art. 21-bis, l. n. 287 del 1990 non configura un'ipotesi di "giurisdizione oggettiva", ma delinea piuttosto un ordinario potere d'azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche qualificate e differenziate. La struttura sostanzialmente bifasica dell'art. 21-bis consente di individuare una prima fase a carattere consultivo, che concerne l'emissione del parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate e una seconda fase in sede giurisdizionale. La mancanza di una previsione legislativa suscettibile di individuare un *dies a quo* cui ancorare la decorrenza del termine di sessanta giorni entro il quale l'Autorità può adottare il parere non assume un carattere dirimente e decisivo ai fini di rilevare l'esistenza di un contrasto con gli articoli 24, 103 e 113 della Costituzione».

poteva emanare una raccomandazione vincolante nei confronti della stazione appaltante, con la quale la «*invitava*» all'esercizio del potere di autotutela in senso conformativo alla raccomandazione. In caso di mancato adeguamento, l'amministrazione, in persona del dirigente, incorreva in una sanzione da 250 a 25.000 euro. La raccomandazione poteva comunque essere impugnata innanzi al g.a. da parte dell'amministrazione intimata²⁵.

Il problematico inquadramento della fattispecie, che dietro una ipotesi di invito all'autotutela (doverosa, anzi vincolata²⁶) sottendeva di fatto, una atipica procedimentalizzazione di un potere sanzionatorio²⁷, ha indotto il legislatore, con un vero e proprio «*colpo di mano*», a modificare la norma in sede di conversione del decreto correttivo (d.lgs. 57 del 2017²⁸) introducendo due ipotesi di legittimazione straordinaria in capo all'autorità: una diretta ed una previo parere.

È così che, con una ben più articolata previsione, si è dato ingresso ad una nuova parte processuale anche nelle dinamiche della contrattualistica pubblica, legittimata, a tutela della legalità della disciplina dei contratti pubblici, ad impugnare bandi, atti generali e provvedimenti delle stazioni appaltanti innanzi al giudice amministrativo.

²⁵ Tra i diversi commenti, possono vedersi, M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, in www.federalismi.it, 2016, 10; ID., *Il nuovo precontenzioso A.N.A.C. I pareri e le raccomandazioni vincolanti ex art. 211 del nuovo codice*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2017; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 2016, 15; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, 605 ss., spec. 608; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2016, 5, 503 ss., spec. 539; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, 499 ss., spec. 503; C. CONTESSA, *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, 515 ss., spec. 519-520; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 2016, 6; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb e app.*, 2016, 8-9, 874 ss., spec. 899 ss.; F. GOISIS, *La breve esperienza delle raccomandazioni vincolanti dell'ANAC ex art. 211, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016: doverosità e funzione di giustizia nella autotutela decisoria*, in questa *Rivista*, 2017, 1, 421.

²⁶ Sul tema, con segnato riferimento ai contratti pubblici, N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso (anche alla luce del parere del Consiglio di Stato, comm. spec., 28 dicembre 2016, n. 2777, sullo schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2, e 213 del Codice dei contratti)*, in www.federalismi.it, 2017, 5.

²⁷ F. GOISIS, *o.ult. cit.*, e S. TUCCILLO, *Le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative. (Riflessioni a margine del Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici)*, in www.federalismi.it, 2017, 6.

²⁸ Il comma 2 dell'art. 211 è stato abrogato dall'art. 123 del d. lg. 19 aprile 2017, n. 56. La inattesa modifica della disposizione ha suscitato la sorpresa di molti: G.D. COMPORTI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in F. LIGUORI, S. TUCCILLO, a cura di, *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, 2017, 29 ss., spec. 54, parla di «*giallo dell'abrogazione occulta*».

In particolare, la legittimazione diretta all'impugnazione, disciplinata dall'articolo 211, comma 1-*bis*, del d.lgs. 50 del 2016, così come integrato dal Regolamento Anac del 6 luglio 2018²⁹, è consentita con riferimento ai contratti di rilevante impatto allorché si riscontri l'esistenza, nell'esercizio dell'ordinario potere di vigilanza, di bandi, atti generali o provvedimenti adottati in violazione delle norme sui contratti pubblici.

La legittimazione previo parere motivato, prevista dall'articolo 211, comma 1-*ter*, del medesimo decreto, anch'essa disciplinata in dettaglio dal regolamento di cui sopra, è invece conferita allorché l'Anac verifichi la sussistenza di gravi violazioni della disciplina dettata dal codice dei contratti.

Mentre nel primo caso l'Anac può, constatata la violazione, adire direttamente il g.a., nel secondo caso essa deve previamente avviare il procedimento (solo astrattamente) consultivo già esaminato con riguardo all'articolo 21-*bis*, che si conclude con l'emanazione di un parere motivato. La stazione appaltante è così invitata alla conformazione entro un termine, decorso il quale, in esplicitazione della propria legittimazione processuale, l'Anac potrà adire il giudice amministrativo.

Si osservi, innanzitutto, come manchi nelle ipotesi disciplinate dall'articolo 211 del d.lgs n. 50 del 2016 l'indicazione di uno specifico interesse a tutela del quale l'Autorità sarebbe chiamata ad agire. Sembra, piuttosto, in questo caso potersi ipotizzare una generale e generica attenzione alla legalità delle procedure di gara, il che consentirebbe di individuare una prima deviazione verso la giurisdizione oggettiva³⁰.

Ne emerge, dunque, un quadro soltanto parzialmente sovrapponibile a quello delineato dal legislatore con riguardo alla legittimazione processuale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e non soltanto perché l'Anac è titolare anche di una ipotesi di legittimazione diretta, ma perché la mancata individuazione di un interesse specifico legittimante in capo all'Autorità anticorruzione avvicina questo strumento ad una ipotesi di giurisdizione oggettiva cioè ad una giurisdizione la cui funzione diventa la garanzia del-

²⁹ Su cui si veda, E. ROMANI, *La legittimazione straordinaria dell'ANAC: un frammento di giurisdizione oggettiva nel processo di parti. Riflessioni a margine del parere del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018, n. 1119*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1, 261 ss.

³⁰ Alla luce di questa circostanza, è anche difficile qualificare la legittimazione dell'Anac in termini di legittimazione "oggettiva" in quanto la definizione di legittimazione "oggettiva" fornita da V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, postula che «l'accertamento preliminare richiesto al giudice circa le condizioni dell'azione» sia dislocato «sulla pertinenza dell'interesse tutelato al soggetto agente che ne lamenta la lesione davanti al giudice». Sulla «attrazione fatale verso una giustizia oggettiva» che contraddistingue il processo in tema di contratti pubblici si veda G. D. COMPORTI, *op. cit.*, 61 ss.

la legalità, la cd. giustizia nell'amministrazione³¹, ovvero legittima interpretazioni differenti anche con riguardo alle «precondizioni» della legittimazione. Ma sul punto si tornerà.

3. Le peculiarità della legittimazione processuale dell'Anac.

Molte sono allora le domande che l'articolo 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, oggi pone all'attenzione degli interpreti.

Nel caso della legittimazione processuale dell'Anac, come si è evidenziato, una ulteriore difficoltà è data dal fatto che è più complesso determinare che «il provvedimento che si assume lesivo dell'interesse», lo sia effettivamente, ovvero che gli effetti che esso va a produrre siano piuttosto indifferenti rispetto alla tutela dell'interesse³². Nel caso dell'Agcm è presente la precisazione della tipologia di interesse tutelato, al punto che l'autorità antitrust è qualificata come «autorità monobiettivo»³³. Nell'articolo 211 figura, al contrario, un generico riferimento alle gravi violazioni del codice e viene così a mancare un criterio «funzionale» di selezione dell'interesse.

Un dato di fatto è, tuttavia, enucleabile: il parere è senz'altro un utile strumento per favorire la leale collaborazione tra amministrazioni nella ricerca del miglior perseguimento dell'interesse pubblico. E sicuramente dovrebbe essere questo lo schema esclusivo di esplicazione di questa nuova tipologia di legittimazione straordinaria³⁴, anche perché è quella che meglio risponde all'obiettivo (dichiarato) dall'autorità di implementare le forme di vigilanza collaborativa³⁵ in una logica del miglior perseguimento dell'interesse condiviso da entrambi i soggetti pubblici coinvolti (di vigilanza collaborativa non si ritiene possa propriamente parlarsi nei casi di legittimazione diretta).

³¹ In tal senso già, M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2- 2018, 557 ss. secondo la quale «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, osserva l'A., riportando le riflessioni di B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, è «debole, perché diffuso», quindi «facilmente leso da atti contro i quali nessuno ha interesse a ricorrere». Secondo M. RAMAJOLI, «siffatto rilievo non è estensibile al settore dei contratti pubblici, caratterizzato da alta litigiosità e da una progressiva dilatazione dei confini dell'interesse legittimo».

³² V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*

³³ M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, in www.federalismi.it, 2018, 15.

³⁴ In realtà, nei casi in cui sino ad oggi è stato applicato l'articolo 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, l'Anac ha sempre preferito utilizzare lo schema a doppio stadio in luogo di quello dell'impugnazione in via diretta, anche quando la tipologia contrattuale.

³⁵ Sul tema, E. FREDIANI, *Vigilanza collaborativa e supporto in itinere delle stazioni appaltanti. La funzione "pedagogica" dell'ANAC*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 1, 151 ss.

Eppure, a ben vedere, è proprio l'ipotesi di legittimazione previo parere a destare maggiori perplessità.

3.1 Le criticità di fondo: la natura del parere dell'Autorità anticorruzione e la dubbia qualificazione del potere della stazione appaltante. Un confronto tra l'articolo 21-*bis* della legge 287 del 1990 e l'art. 211, comma 1-*ter*, del d.lgs. 50 del 2016.

I due aspetti sui quali si ritiene prioritario concentrare l'attenzione sono intrinsecamente connessi: anzitutto va chiarita la natura del parere emanato dall'Autorità anticorruzione, in quanto l'incertezza sul punto determina la controversa riconducibilità a sistema del potere che la sua emanazione «attiva» in capo alla stazione appaltante, circostanza quest'ultima che diviene, dunque, l'ulteriore nodo da sciogliere.

In sede interpretativa, si è detto che il parere si sostanzia in un invito all'esercizio del potere di autotutela³⁶. Questa qualificazione, tuttavia, reca con sé conseguenze di rilevanza centrale che investono sia le modalità attraverso le quali la stazione appaltante deve attivarsi all'esito della valutazione dell'Autorità, sia l'esatta perimetrazione dell'oggetto del giudizio successivamente instaurato dall'Anac innanzi al g.a., che finisce - a seconda delle opzioni interpretative cui si accede - con l'oscillare tra la valutazione della mera fondatezza dei rilievi (relativi alla presunta sussistenza di violazioni negli atti di gara) contenuti nel parere, ovvero con l'indagine in ordine al legittimo esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante.

Con riguardo alla fattispecie procedimentale disciplinata dall'articolo 21-*bis* della legge 287 del 1990, si è ritenuto che il parere determini un obbligo di conformazione e dunque sia vincolante per l'amministrazione destinataria³⁷ ed

³⁶ Il parere consultivo del Consiglio di Stato n. 1119 del 2018 afferma che «il parere motivato si atteggia quale presupposto sollecitatorio di un eccezionale esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante» (...), in linea con quanto peraltro si era già affermato con riguardo al parere di cui all'articolo 21-*bis*, l. 287 del 1990. Nella relazione sull'attività svolta dall'ANAC per l'anno 2019 si legge un'affermazione significativa: «il parere ha lo scopo di sollecitare l'esercizio del potere di autotutela amministrativa».

³⁷ Secondo M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/90*, op. cit., «A ben considerare, il parere in questione non sembra equiparabile ai pareri che l'Autorità può esprimere su richiesta di altre amministrazioni o anche d'ufficio ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/1990. Esso invece, al di là del nomen "edulcorato" utilizzato dal legislatore forse per rispetto formale delle prerogative delle pubbliche amministrazioni al cui genus appartiene in realtà anche l'Autorità, ha natura sostanziale di un atto di diffida. Esso sembra infatti equiparabile alle diffide, con fissazione di un termine per l'eliminazione dell'infrazione, che l'Autorità può indirizzare ai soggetti privati nei casi di violazione delle disposizioni in materia di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante (art. 15 della legge n. 287/1990). In entrambi i casi sorge in capo al destinatario un obbligo di conformazione. Cambiano soltanto le

è prevalente l'idea che oggetto del giudizio dovrebbe essere semplicemente la verifica della legittimità o meno dell'atto qualificato dall'autorità indipendente come lesivo dell'interesse alla concorrenza, con la conseguenza che l'eventuale esercizio di potere da parte dell'amministrazione diviene elemento di valutazione nel giudizio successivamente instaurato, ma non direttamente oggetto dello stesso³⁸. È lecito in tale caso chiedersi se la valutazione degli interessi contrapposti venga o meno scaricata sull'autorità indipendente o se, a fronte di determinate violazioni, in considerazione anche della prevalenza dell'interesse alla tutela della concorrenza, tale valutazione sia totalmente fuori campo, divenendo automatico il ricorso al giudice in caso di mancata conformazione.

Secondo altre letture³⁹, il parere di cui all'articolo 21-*bis* «attiva» l'esercizio del potere di autotutela della p.a. (sia nella conformazione⁴⁰ che nell'eventuale decisione contraria).

conseguenze dell'inottemperanza che consistono nel primo caso nel potere di proporre un ricorso innanzi al giudice amministrativo, nel secondo caso nel potere di irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10% del fatturato». Ad opinione di G.B. MATTARELLA, op. cit., 294, la sostanza del parere è «molto più simile a quella di una diffida. È, però, una diffida diversa da quella che l'Autorità antitrust può rivolgere alle imprese, la quale prelude all'emanazione di un provvedimento restrittivo, come una sanzione o la revoca di un'autorizzazione. È una diffida simile a quelle che un privato può formulare a un altro privato, che prelude al ricorso al giudice: l'Autorità invita l'amministrazione a rispettare la legge, minacciando di ricorrere al giudice amministrativo ove ciò non avvenga».

³⁸ Sempre ad avviso di M. CLARICH, op. cit., «il ricorso proposto dall'Autorità contro il provvedimento dell'amministrazione nel caso in cui l'amministrazione non ottemperi al parere diffida deve contenere in realtà gli stessi motivi che concorreranno a determinare l'oggetto del giudizio e dunque dell'accertamento da parte del giudice. Nel giudizio di impugnazione del parere-diffida, l'Autorità ben potrà impugnare in via incidentale il provvedimento dell'amministrazione in modo tale che nell'ipotesi in cui il giudice accerti l'esistenza di uno dei vizi contestati nel parere-diffida il giudizio si concluda con una sentenza che ad un tempo respinga il ricorso proposto dall'amministrazione e annulli il provvedimento emanato da quest'ultima».

³⁹ Secondo il Consiglio di Stato sez. V, 30 aprile 2014, n.2246, in *Foro Amm.*, 2014, 4, 1089, «la funzione di detto parere motivato è duplice: sollecitare la p.a. a rivedere le proprie determinazioni e a conformarsi agli indirizzi dell'Autorità, mediante uno speciale esercizio del potere di autotutela giustificato dalla particolare rilevanza dell'interesse pubblico in gioco, in tal modo auspicando che la tutela di quest'ultimo sia assicurata innanzitutto all'interno della stessa p.a. e restando il ricorso all'Autorità giudiziaria amministrativa "extrema ratio", non essendo l'Autorità dotata di poteri coercitivi nei confronti dell'amministrazione pubblica; d'altro canto, la fase precontenziosa e il relativo parere, in coerenza con i principi comunitari, sono stati ragionevolmente concepiti anche come significativo strumento di deflazione del contenzioso, potendo ammettersi che il legislatore guardi con disfavore le situazioni in cui due soggetti pubblici si rivolgano direttamente ed esclusivamente al giudice per la tutela di un interesse pubblico». Tale linea è ripresa da T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 01 settembre 2014, n. 9264, in *Foro Amm.*, 2014, 9, 2402, che, in maniera ancor più articolata, ricostruisce il rapporto tra fase precontenziosa e fase giurisdizionale contemplate dall'articolo 21-*bis* nel senso che «laddove l'Autorità garante della concorrenza e del mercato non intenda proporre o non avvii alcun percorso giurisdizionale, non vi è alcuna ragione per considerare il termine di sessanta giorni indicato nel comma 2 dell'art. 21 bis, l. n. 287 del 1990 quale perentorio, costituendo esso esclusivamente un presupposto consultivo e di riflessione per l'amministrazione circa la legittimità o meno dell'atto fatto oggetto dell'indagine dell'Autorità e quindi un intervento sollecitatorio all'esercizio del potere di autotutela senza alcuna incisione sull'ampia discrezionalità riconosciuta ordinariamente alle amministrazioni in ordine all'esercizio del cd. potere di ritiro e senza, dunque, che si presenti alcuna necessità di tutelare la certezza dei rapporti tra

Con riguardo all'articolo 211, comma 1-*ter*, malgrado gli evidenti punti di contatto con la previsione che disciplina la legittimazione processuale dell'autorità antitrust, possono cogliersi diversi elementi differenziali, che si appuntano prioritariamente sulla diversa (e a tratti sfuggente) funzione dell'Anac⁴¹ e sulla differente (e multiforme) consistenza degli interessi sottoposti alla sua tutela/vigilanza⁴², dai quali discende una necessaria asimmetria anche dei percorsi interpretativi seguiti con riguardo tanto alla fase precontenziosa che a quella giurisdizionale.

Quanto alla natura del parere emesso dall'Anac all'esito del procedimento avviato ufficiosamente ai sensi dell'articolo 8 del Regolamento del 6 luglio 2018, la tesi maggiormente accreditata opta per quella della vera e propria «*diffida*», «*produttiva di un obbligo di provvedere in ordine alla richiesta di autotutela*»⁴³.

Ci si è chiesti, conseguentemente, se l'amministrazione sia tenuta ad esercitare il potere di autotutela (che verrebbe così a qualificarsi come obbligatoria) in senso conformativo al parere, ovvero se possa discrezionalmente optare per la non conformazione, per quanto gli elementi testuali della fattispecie rimandino evidentemente all'adempimento di un obbligo.

Nel parere consultivo del Consiglio di Stato sullo schema di Regolamento relativo all'esercizio dei poteri di legittimazione, di cui all'art. 211 commi 1-*bis* e 1-*ter*, emerge in diversi passaggi il riferimento alla circostanza che la sta-

l'amministrazione e il soggetto destinatario dell'atto indagato dall'Autorità, tenendo conto che tale valore è già garantito dalla previsione recata dall'art. 21 nonies, l. n. 241 del 1990 nella parte in cui impone che l'atto di annullamento d'ufficio sia adottato "entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei contro interessati". Si aggiunge anche T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 07 dicembre 2017, n.1521, in Foro Amm., 2017, 12, 2451, secondo cui «L'art. 21 bis, comma 2, della legge n. 287/1990 (...) delinea un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad una autorità pubblica, ed individua una prima fase a carattere consultivo, che concerne l'emissione del parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate e una seconda fase in sede giurisdizionale. L'instaurazione del ricorso è rimedio solo eventuale e, comunque, successivo all'esercizio di un potere prettamente amministrativo e, ciò, in considerazione del fatto che il ricorso potrebbe anche non essere proposto, nell'eventualità in cui la stessa Amministrazione proceda in autotutela o, ancora, nell'ipotesi in cui l'AGCM consideri esaustivi i chiarimenti e le osservazioni proposte dall'Amministrazione».

⁴⁰ Nella ricostruzione di B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, 297, si esprime l'idea secondo la quale il contenuto obbligatorio dell'invito alla conformazione non esclude che l'atto dell'amministrazione sia qualificabile come espressione del potere di autotutela.

⁴¹ *Ex multis*, E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, *op. cit.*; M. Ramajoli, *Pretesa precettiva e flessibilità delle Linee guida Anac*, in F. LIGUORI, S. TUCCILLO, a cura di, *op. cit.*, 79 ss.

⁴² M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso*, cit., afferma che «*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*».

⁴³ M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'Anac*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

zione appaltante dispone di un potere di autotutela a tutti gli effetti. E, d'altronde, in questa seconda fase si deve dare comunicazione agli interessati dell'eventuale successiva conformazione al parere⁴⁴.

Nella relazione illustrativa dell'Anac sul Regolamento succitato⁴⁵, si legge che *«il parere, che contiene l'invito a rimuovere i vizi di legittimità riscontrati dall'Autorità, è volto a sollecitare il potere di autotutela della stazione appaltante all'esito di una ponderazione discrezionale di tutti gli interessi coinvolti, relativamente alla volontà di conformarsi, totalmente o parzialmente, ovvero di non conformarsi alle prescrizioni dell'autorità indicando motivatamente le ragioni del rifiuto»*.

I dati testuali riportati, conducono a ritenere che la stazione appaltante sia invitata ad esercitare il potere di autotutela senza alcun obbligo di conformazione, malgrado vi siano alcune letture di diverso segno, secondo le quali in realtà i caratteri dell'autotutela sarebbero da ascrivere al parere dell'Anac⁴⁶ piuttosto che alla successiva attività provvedimentale della stazione appaltante.

Accogliendo, tuttavia, l'idea che il parere attivi l'esercizio del potere di autotutela della stazione appaltante, deve darsi ingresso nella fattispecie a tutte le componenti che l'esercizio legittimo del potere di autotutela prescrive, e dunque l'illegittimità dell'atto della procedura di gara è soltanto un presupposto per l'esercizio del potere cui devono accompagnarsi la valutazione comparativa dei contrapposti interessi e la considerazione della, non secondaria, componente temporale, la quale, come noto, nel caso degli atti ampliativi conosce un termine di decadenza. E proprio alla componente temporale guarda il giudice amministrativo in una delle poche pronunce sul tema⁴⁷ che, confermando l'opzione per la qualificazione del potere dell'amministrazione in termini di autotutela, afferma che *«il potere dell'Autorità nazionale anticorruzione di sollecitare l'esercizio dell'autotutela, sancito dall'art. 211, c. 1-ter, del Codice dei contratti pubblici, mediante un parere motivato da prendere in esame entro un termine non superiore a 60 giorni,*

⁴⁴ Parere n. 1119 del 26 aprile 2018, in www.giustizia-amministrativa.it. ove si legge che *«il parere motivato emesso dall'Autorità è in realtà privo di natura provvedimentale, trattandosi di un atto di sollecitazione all'eventuale autonomo esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante: come tale esso è inidoneo a produrre in modo diretto ed immediato effetti negativi e/o pregiudizievoli nella sfera giuridica degli operatori economici interessati alla vicenda esaminata, il che esclude la necessità di una sua comunicazione ai controinteressati, che in questa fase potrebbe essere solo fonte di equivoci, contrasti e perplessità. D'altra parte la funzione di informazione del controinteressato ai fini dell'esercizio del diritto di difesa è da ricollegarsi all'eventuale avviso di avvio del procedimento che sarà adottato dalla stazione appaltante (che abbia deciso di conformarsi al parere motivato dell'Autorità) ovvero alla notifica del ricorso eventualmente proposto dall'Autorità stessa»*.

⁴⁵ Su www.anticorruzione.it.

⁴⁶ M. LIPARI, *op. cit.*

⁴⁷ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 13 dicembre 2018, n.12160, in www.giustizia-amministrativa.it.

presuppone che l'Amministrazione procedente sia ancora dotata del potere di autotutela decisoria e che non sia decaduta da esso per la scadenza del termine perentorio di 18 mesi dall'adozione del provvedimento di primo grado». Il giudice aggiunge anche che deve considerarsi «irrilevante» il momento in cui l'Amministrazione procedente abbia avuto la consapevolezza soggettiva di presunti vizi di legittimità del procedimento di primo grado in quanto «l'eventuale inconsapevolezza delle cosiddette criticità che avrebbero affetto la procedura di gara non può impedire la decorrenza del termine legale per l'esercizio del potere di autotutela decisoria, oggettivamente connesso al decorso del tempo e all'affidamento, meritevole di tutela, del destinatario del provvedimento di primo grado»⁴⁸.

Alla luce di questo dato ulteriore, non può dunque prescindersi, per le considerazioni che seguiranno, dal qualificare il potere della stazione appaltante rispetto al parere motivato dell'Anac come manifestazione di autotutela decisoria, doverosa sì, per evitare il successivo contenzioso, ma non obbligatoria (il che, come noto, è ben diverso⁴⁹).

3.2 L'individuazione dell'oggetto del giudizio instaurato innanzi al giudice amministrativo

Si percepisce, dunque, una divaricazione del percorso argomentativo che ha segnato la fattispecie di cui all'articolo 21-*bis* della legge 287 del 1990, se non altro perché la stessa Autorità anticorruzione, titolare (a tenore del comma 1-*quater* dell'articolo 211) del potere di autodisciplinare il proprio intervento sugli atti di gara ai sensi dell'articolo 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, ha qualificato in termini di autotutela l'attività della stazione appaltante successiva all'emanazione del parere motivato.

Tale lettura può ritenersi condivisibile, non tanto da un punto di vista testuale, quanto piuttosto sul piano sistematico, dal momento che l'amministrazione deve avere la possibilità di ritenere l'atto illegittimo non meritevole di annullamento alla luce del necessario bilanciamento degli interessi,

⁴⁸ Di recente il Consiglio di Stato, IV, 14 novembre 2019, n. 7831, in www.lexitalia.it, ha, tuttavia, ribadito quanto già affermato nell'Adunanza Plenaria, 17 ottobre 2017, n. 8 circa la decorrenza del termine di 18 mesi previsto dall'articolo 21-*nonies* e cioè che «deve ritenersi integrata la nozione di termine ragionevole tutte le volte che lo stesso decorre, come nel caso in esame, dal momento in cui l'Amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto».

⁴⁹ La bibliografia sul tema è ampia. Per una ricognizione del dibattito, tra gli altri, S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, spec. 200 ss., ID., *Autotutela amministrativa 1. Caratteri generali* (voce), in *Diritto on line Treccani - Approfondimenti enciclopedici*, 2019.

anche in coerenza con l'affermazione che oggi l'autotutela è collocata a grande distanza dal mero ripristino della legalità violata⁵⁰.

Il presupposto perché si possa parlare di annullamento d'ufficio è, d'altronde, l'illegittimità che è elemento invariabile della fattispecie, la cui natura discrezionale implica che l'amministrazione possa decidere se conservare l'atto o annullarlo perché la decisione relativa al bilanciamento degli interessi prevale sul dato dell'illegittimità, diversamente da quanto è tenuto a fare il giudice, il quale deve, invece, accertare l'illegittimità dell'atto sottoposto al suo scrutinio e, salva l'ipotesi tipizzata delle violazioni formali o procedimentali, deve concludere il processo con una decisione di annullamento.

Assumendo questo come dato, diviene allora essenziale capire quale sia l'oggetto del giudizio che dovrà porre in essere il giudice nell'eventualità in cui l'Anac decida di esercitare il proprio diritto di azione processuale⁵¹ a fronte dell'inerzia ovvero della mancata conformazione della stazione appaltante al parere motivato: infatti o deve ipotizzarsi che l'amministrazione, una volta ricevuto il parere – analogamente a quanto è tenuto a fare il giudice – debba limitarsi a vagliare la fondatezza dei rilievi dell'autorità di settore e procedere di conseguenza (e in tal caso il silenzio è mera accettazione della conseguente iniziativa processuale rispetto alla quale l'autorità indipendente esercita un potere), oppure bisogna accettare l'idea che in quella decisione (di conformarsi, di conformarsi parzialmente, di non conformarsi, di rimanere inerte) si cristallizzi una valutazione sugli interessi (non ultimi quello alla realizzazione dell'opera e quelli degli operatori destinatari degli effetti favorevoli degli atti contestati) che deve essere presa in considerazione dal giudice quale oggetto del giudizio.

La circostanza che il giudice debba valutare come oggetto del giudizio anche la decisione dell'amministrazione (rispetto alla cui legittimità l'accertamento dell'illegittimità degli atti di gara scrutinati dall'Anac diviene un mero presupposto), rende doveroso l'esercizio del potere da parte della stazione appaltante. Diversamente opinando, nel silenzio dell'amministrazione la decisione sarebbe scaricata sul giudice: se il giudice non è giudice degli interessi, ma della legittimità, egli, una volta constatata la presenza del vizio dedotto dall'Anac, è tenuto annullare.

⁵⁰ Le pronunce del giudice amministrativo sul punto sono numerosissime e ormai risalenti. Per tutte, anche con riguardo al settore edilizio ove la valutazione sull'interesse pubblico era sempre stata considerata *in re ipsa*, Ad. Plen. n. 8 del 2017 cit. e, da ultimo, Consiglio di Stato, IV, n. 7831 del 2019, cit.

⁵¹ R. DE NICTOLIS, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

Viceversa nel caso in cui l'amministrazione non rinunci al suo ruolo di decisore pubblico e adotti un provvedimento nel quale si dia conto del bilanciamento tra gli interessi, il che non vuol dire che si limiti a contestare la sussistenza della violazione perché questa evenienza giustificerebbe una pronuncia limitata a questo, il giudice dovrà giudicare sul legittimo esercizio del potere di autotutela non (solo) sull'illegittimità dell'atto, che dell'esercizio del potere, così come della legittimazione dell'Anac è il presupposto⁵², non potendo cadere nel vuoto la decisione amministrativa sull'interesse pubblico alla conservazione dell'atto.

Sarebbe illogico, infatti, prevedere un'attività di conformazione al parere dal contenuto "discrezionale" se poi la decisione dell'amministrazione non potesse divenire l'oggetto del successivo giudizio. Anche perché non può essere escluso che l'eventuale atto di conformazione al dettato dell'Anac possa essere oggetto di impugnazione da parte dell'eventuale controinteressato cui andrà notificato. Ne discenderebbe l'assurda conseguenza che l'oggetto del giudizio principale sarebbe limitato solo in caso di mancata conformazione, potendo invece il controinteressato sottoporre all'attenzione del giudice la decisione di conformarsi da parte della stazione appaltante.

Attraverso questa ricostruzione, sicuramente non univoca⁵³, può tuttavia provarsi a dare un senso ad una fattispecie che, accedendo ad una lettura in termini di diffida-conformazione (forse più realistica), appiattirebbe la funzione del parere a quella di un preavviso di ricorso che serve, nell'ottica collaborativa valorizzata con riguardo al modello Agcm, a dare all'amministrazione l'opportunità di agire da sé, ma che di fatto, in caso di non conformazione, finisce solo col procrastinare l'impugnativa giurisdizionale.

Se il punto di vista dell'amministrazione può facilmente essere bypassato dalla decisione giurisdizionale, tanto vale procedere esclusivamente con l'impugnazione diretta.

⁵² E tale dato è confermato dal fatto che il giudice amministrativo la motivazione espressa dal Consiglio dell'ANAC costituisce un requisito necessario dell'autorizzazione all'esercizio del potere. Cfr. Tar Lombardia, sez. II, 17 ottobre 2019, ord. n. 2182, cit..

⁵³ Di diverso avviso, ad esempio, F. GOISIS, *La breve esperienza delle raccomandazioni vincolanti dell'Anac ex art. 211, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016: doverosità e funzione di giustizia nella autotutela decisoria*, op. cit., secondo il quale «il meccanismo servirebbe a poco (o a nulla), se si potesse semplicemente inceppare, tramite il rifiuto della Stazione appaltante di annullare, per pretesa insussistenza di ragioni di interesse pubblico, diverse dal primario obiettivo legislativo della cura per la legalità nel settore degli appalti». Ma si afferma, seguendo questa linea, la prevalenza dell'interesse alla legalità nel settore dei contratti pubblici su altri interessi, quali quello all'esecuzione dell'opera pubblica che è la ragione stessa dell'intera procedura.

E sulla scorta di tali riflessioni si pone in maniera evidente il problema del confronto fra potere dell'amministrazione e potere/dovere del giudice rispetto all'atto illegittimo.

Non può, cioè, non chiedersi se il giudice debba o meno valutare se la violazione sia lesiva degli interessi alla cui tutela l'Anac è preposta ovvero se tale valutazione sia preliminare ai fini dell'accertamento della sussistenza della legittimazione.

Può, però, affermarsi che se l'oggetto del giudizio è limitato alla cognizione dell'atto di cui l'Anac afferma l'illegittimità, il parere motivato altro non è che un parere vincolante sovrapponibile alla previgente raccomandazione, essendo peraltro anche previsto un termine per l'adempimento. Anche in questa circostanza il legislatore sembra maneggiare in maniera ambigua i termini giuridici, preferendo i termini "raccomandazione" o "parere" ad espressioni più dirette quali "invito" o "diffida".

4. Considerazioni conclusive

Gli aspetti positivi della previsione di una legittimazione processuale in capo all'Autorità cui compete la vigilanza nel settore della contrattualistica pubblica sono apprezzabili allorché sia possibile incidere in via preventiva su atti che sono il presupposto della procedura di gara cioè bandi e atti generali: in tali casi se l'intervento è tempestivo è possibile la correzione dell'errore e il dialogo sugli interessi può proficuamente instaurarsi senza pregiudicare gli interessi già consolidati⁵⁴. Le criticità evidenziate, infatti, si apprezzano in maniera particolarmente negativa soltanto con riguardo all'eventuale contestazione di atti aventi carattere provvedimentale perché con riguardo agli atti generali è indubbia l'utilità della fattispecie in termini di deflazione del contenzioso e di correzione della funzione. Tra l'altro, l'eventuale intervento di un soggetto legittimato ad impugnare atti generalmente ritenuti non autonomamente impugnabili (delibere a contrarre, bandi che non abbiano effetti immediatamente escludenti) crea un bilanciamento rispetto alle recenti prese di posizione sul punto della giurisprudenza⁵⁵ e svolge una evidente funzione correttiva e preventiva delle possibili deviazioni in corso di gara.

⁵⁴ Nella fattispecie bisogna comunque distinguere a seconda della tipologia di atti contestati: se si tratta di impugnazione di atti generali si coglie la funzione oggettiva della giurisdizione, nel caso dell'impugnazione di atti puntuali c'è sempre la tutela indiretta di soggetti individuati o individuabili.

⁵⁵ Secondo i principi rinvenibili, da ultimo, nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria, n. 4 del 2018, non sussistono ragioni «per ritenere che il soggetto che non abbia presentato la domanda di parte-

Per cercare di tirare le somme di una ricostruzione che si è concentrata principalmente sulle criticità della legittimazione in via mediata, di cui al comma 1-ter, cioè quella previo parere, bisogna anche dare conto dell'altra ipotesi di legittimazione speciale, quella in via diretta, disciplinata dall'articolo 211, co. 1-bis, cui si è solo accennato, ma che in realtà, per quanto non immune da profili di difficile interpretazione⁵⁶, appare meno problematica proprio perché si risolve nell'instaurazione di un dialogo diretto Anac – giudice amministrativo, quando si tratti di valutare la legittimità o meno di provvedimenti preordinati alla stipulazione di contratti di «rilevante impatto». Questo avvalorava l'idea che solo quando è in discussione la legittimità di tali tipologie contrattuali l'attenzione degli operatori del sistema sia concentrata sulla sussistenza o meno di cause invalidanti, idonee, per il fatto stesso di essere individuate, a travolgere la procedura. In questo caso la valutazione sulla prevalenza dell'interesse alla legittimità della procedura di gara è fatta a monte dal legislatore e al giudice spetterà solo stabilire se l'atto sia o meno illegittimo.

Deve considerarsi invece che, nel dare ingresso ad una fase precontenziosa per le restanti tipologie contrattuali, il legislatore abbia voluto individuare un ulteriore momento di dialogo tra gli interessi, aprendo al punto di vista dell'amministrazione la verifica dell'entità (e della sostenibilità, anche in termini di deflazione del contenzioso⁵⁷) della violazione nell'economia della gara, ma

*cipazione alla gara sia legittimato ad impugnare clausole del bando che non siano "escludenti". L'operatore del settore che non ha partecipato alla gara al più potrebbe essere portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione (cioè, in tesi, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara), ma tale preteso interesse "strumentale" avrebbe consistenza meramente affermata, ed ipotetica: il predetto, infatti, non avrebbe provato e neppure dimostrato quell' "interesse" differenziato che ne avrebbe radicato la legittimazione, essendosi astenuto dal presentare la domanda, pur non trovandosi al cospetto di alcuna clausola "escludente" (nel senso ampliativo fatto proprio dalla giurisprudenza e prima illustrato); ed anzi, tale preteso interesse avrebbe già trovato smentita nella condotta omissiva tenuta dall'operatore del settore, in quanto questi, pur potendo presentare l'offerta si è astenuto dal farlo». Cfr. sulla pronuncia, anche per una completa rassegna giurisprudenziale sul tema, A. BERTI SUMAN, *L'immediata impugnazione delle clausole del bando di gara e il ruolo dell'interesse strumentale nel (nuovo) contenzioso appalti. A margine della Adunanza Plenaria n. 4/2018*, in www.giustizia-amministrativa.it, 28 maggio 2018.*

⁵⁶ Sicuramente altra questione discussa potrebbe essere quella della difficile individuazione dei contratti di rilevante impatto, sui quali tuttavia, indicazioni utili provengono dall'Anac che, all'articolo 3 del Regolamento del 6 luglio 2018, qualifica come tali quelli «a) che riguardino, anche potenzialmente, un ampio numero di operatori;

b) relativi ad interventi in occasione di grandi eventi di carattere sportivo, religioso, culturale o a contenuto economico, ad interventi disposti a seguito di calamità naturali, di interventi di realizzazione di grandi infrastrutture strategiche; c) riconducibili a fattispecie criminose, situazioni anomale o sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti; d) relativi ad opere, servizi o forniture aventi particolare impatto sull'ambiente, il paesaggio, i beni culturali, il territorio, la salute, la sicurezza pubblica o la difesa nazionale; e) aventi ad oggetto lavori di importo pari o superiore a 15 milioni di euro ovvero servizi e/o forniture di importo pari o superiore a 25 milioni di euro».

⁵⁷ M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici*, op. cit., la quale nota che «solo la complessa sequenza parere motivato-legittimazione ad agire risponde (...) alla logica della prevenzione del contenzioso, mirando all'adozione di soluzioni condivise dalla stazione appaltante».

immaginare un automatismo parere dell'Anac-obbligo di conformazione della stazione appaltante, renderebbe la fase precontenziosa finalizzata soltanto a esercitare un potere di controllo⁵⁸.

Alla luce delle questioni emerse, può concludersi che a destare perplessità non sia la premessa, cioè la presenza di una nuova ipotesi di legittimazione, ma ciò che di tale legittimazione costituisce la precondizione, cioè il parere. Per definizione, nel parere è insita l'idea di chiedere un'opinione a qualcun altro⁵⁹ (anche i pareri di precontenzioso di cui all'articolo 211, comma 1, che sono vincolanti, sono richiesti dalle parti), restando però la responsabilità della decisione in capo a chi chiede l'altrui consiglio ovvero, nel caso sia stabilito *ex lege* che una decisione non possa essere presa prescindendo dall'acquisizione del punto di vista di altro soggetto, ad essere obbligatoria è la fase di consultazione, non il suo esito che resta nella disponibilità del richiedente.

Trasponendo il ragionamento nelle dinamiche del potere amministrativo, se il parere non è obbligatorio, è nelle facoltà del soggetto titolare del potere di decidere se richiederlo o meno. Se il parere è obbligatorio e non vincolante, la responsabilità della decisione si sposta su chi l'ha richiesto e motivatamente se ne discosta. Se il parere è vincolante, come noto, è dallo stesso che discendono gli effetti, anche eventualmente lesivi, imputandosi ad esso il contenuto decisionale e pertanto deve poter essere autonomamente impugnato⁶⁰.

Bisogna allora chiedersi quale aspetto di tale fattispecie possa realmente accostarsi allo schema teorico descritto nell'ipotesi in cui si interpreti il parere come una diffida all'adempimento di un obbligo ovvero un invito alla rivalutazione della vicenda controversa attraverso la lente del potere di riesame. In tale ultimo caso, se l'amministrazione non si conforma esercitando il potere di autotutela dovrebbe comunque ipotizzarsi che l'apertura di un procedimento di riesame sia in grado di spostare la responsabilità della decisione sulla stazione appaltante e, comunque, la sua decisione dovrebbe divenire oggetto di impugnazione. Diversamente opinando, la violazione diviene al tempo stesso pre-

⁵⁸ Come acutamente osservato da M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*

⁵⁹ Nel vocabolario Treccani parere è «*opinione, convincimento su determinate circostanze o su una linea di condotta da seguire, in quanto siano espressi sotto forma di consiglio o di giudizio richiesto da altri o anche, talora, per volontà di legge*».

⁶⁰ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2014, 336, ove si legge che i pareri, anche se vincolati, «*restano atti consultivi attinenti alla fase istruttoria del procedimento (non si trasformano in atti di decisione), laddove la legge lascia un determinato spazio all'autorità decidente: detto in altri termini, la discrezionalità di quest'ultima viene ad essere vincolata dal parere ad esempio, nel contenuto (nel quid o nel quomodo), ma resta viceversa piena nell'an. Laddove viceversa la legge non lascia questo spazio all'autorità decidente, il cd. parere vincolante deve essere propriamente considerato atto di decisione con riferimento al quale l'autorità formalmente decidente svolge un compito di mera esternazione*».

supposto per la sussistenza della legittimazione e oggetto del giudizio e dunque l'automatismo processuale conseguente trasforma la sentenza in mera esecuzione di un precetto. E' il giudice che impone all'amministrazione intimata di conformarsi, rimanendo totalmente fuori campo l'idea che possa prevalere la decisione della stazione appaltante su quella dell'Anac. Va da sé che allorquando l'amministrazione assuma l'insussistenza della violazione rilevata dall'Anac è coerente che oggetto del giudizio sia l'esistenza o meno della violazione. Ma se la stazione appaltante, constatata l'esistenza della violazione, attiva il procedimento di autotutela concludendo per il diniego di autotutela o conformandosi solo parzialmente, la valutazione sull'interesse pubblico deve ritenersi esaurita potendo invece farsi strada quella, ben diversa, sul corretto esercizio del potere di riesame⁶¹.

Allo stato, purtroppo, non ci sono elementi sufficienti per approdare ad una lettura piana della norma del codice dei contratti in analisi né, tantomeno, delle reali intenzioni del legislatore che l'ha coniata.

Ciò che emerge con un certo margine di chiarezza è che il legislatore ha inteso (già con le raccomandazioni vincolanti) stabilire la prevalenza dell'interesse all'osservanza delle regole in tema di evidenza pubblica rispetto ad altri interessi, pure eventualmente compresenti: ebbene, a fronte di una ponderazione svolta "a monte", ha, invero, poco senso parlare di autotutela.

Deve allora nuovamente constatarsi come nella disciplina dei contratti pubblici ci si continui a muovere per rallentamenti e accelerazioni: quando si trattò di ipotizzare la nullità virtuale con riguardo alla violazione delle norme in tema di contratti pubblici, allo scopo di risolvere l'annosa questione del rapporto tra aggiudicazione e contratto⁶², la scelta fu di valorizzare la equivalenza tra gli interessi pubblici e dunque di escludere che alcune norme (quelle in tema di contratti) potessero considerarsi imperative rispetto ad altre determinando la nullità del contratto stipulato in loro violazione. La scelta attualmente operata dal codice dei contratti assegna, invece, un ruolo di preminenza a tutti gli interessi tutelati dalle sue disposizioni, non solo quelle a tutela della concorrenza (come di fatto fa l'articolo 21-*bis* della legge 287 del 1990)⁶³.

Alla luce delle ambiguità riscontrate nella normativa (non solo quella esaminata) si dovrebbe porre forse maggiore attenzione all'interpretazione della

⁶¹ Specie in termini di proporzionalità della misura all'esito del bilanciamento tra interesse alla rimozione e interesse/i alla conservazione del provvedimento illegittimo.

⁶² Così, tra le altre pronunce, Consiglio di Stato, V, 05 marzo 2003, n.1218, in *Riv. amm. Appalti*, 2003, 78 e Consiglio di Stato, VI, 19 novembre 2003, n.7470, in *Foro amm. CDS*, 2003, 3413.

⁶³ La disposizione parla di tutte le violazioni (gravi) del codice.

terminologia giuridica per evitare di giungere alla conclusione che il legislatore stia iniziando a circondare di forme “gentili” istituti dalla portata ben più dirompente, che sottendono una presa di posizione molto chiara sulla gerarchia tra gli interessi, ma anche tra i poteri⁶⁴. E se si vuole, come la Corte costituzionale ultimamente stigmatizza⁶⁵, interpretare la legge nel suo significato letterale, per giungere ad escludere che il parere sia in realtà una diffida, bisogna ammettere che il giudizio possa essere avviato, nel caso di cui al comma 1-ter, solo se l'amministrazione non si conformi ad esso o *per silentium* o perché contesta la sussistenza delle violazioni. In caso contrario, se si afferma cioè che la stazione appaltante debba o subire la decisione dell'Anac o subire quella successiva del giudice, potrebbero addirittura rimpangersi le criticatissime raccomandazioni vincolanti con riguardo alle quali, almeno, nella peggiore delle ipotesi, la stazione appaltante poteva scegliere di pagare un prezzo (la sanzione pecuniaria) per conservare il potere di decidere sull'interesse pubblico.

Giuliano Amato⁶⁶, a proposito dell'oscurità delle norme, ricordando il libro di Michele Ainis⁶⁷, ha affermato che il legislatore adotta norme poco chiare o perché non ha chiaro l'obiettivo da raggiungere o perché vuole rendere una scelta forte, politicamente più accettabile. Questo probabilmente è il caso di questa fattispecie che ha spazzato via le tanto esecrate raccomandazioni vincolanti per far rientrare dalla finestra, attraverso il parere, lo stesso contenuto intrinsecamente coercitivo di quelle. E allora viene alla mente un'ultima suggestione questa volta, però, dal mondo delle scienze comportamentali.

⁶⁴ Come affermato da F. GOISIS, *Il potere di iniziativa*, op. cit., «Non certo arduo è comprendere la preferenza per questo approccio rispetto ad un modello di controllo con effetti diretti invalidanti o con caratteri di controllo preventivo di efficacia: si vuole meglio garantire (anche per prevenire dubbi di illegittimità costituzionale, in relazione alla particolare autonomia riconosciuta dalla Carta fondamentale a determinati enti) l'autonomia dell'organo soggetto a controllo, consentendogli un ravvedimento nel contesto di un dialogo tra autorità amministrative e poi, soprattutto, affidando la eventuale decisione sul permanente disaccordo tra controllante e controllato ad un organo terzo e neutrale, quale il giudice amministrativo».

⁶⁵ La pronuncia in cui recentemente si è espresso un *favor* per la valorizzazione del dato testuale nell'interpretazione della *voluntas legis* è Corte Costituzionale, 13 marzo 2019, n. 45, in tema di segnalazione certificata di inizio attività su cui si rinvia a F. LIGUORI, *L'accesso alla tutela processuale avverso la s.c.i.a. nella recente giurisprudenza*, in questo numero di questa Rivista.

⁶⁶ Ricordi in tema di chiarezza della legislazione, in R. ZACCARIA, a cura di, *La buona scrittura delle leggi*, Roma, Camera dei Deputati, 2012. L'A. afferma che «la legge può essere oscura se è insufficiente la elaborazione concettuale e quindi linguistica nella testa di coloro che hanno partorito la legge» (...) «la chiarezza può non essere voluta. Allora è diverso. Il legislatore non chiaro è il legislatore che vuole nascondere un difficile compromesso che ha raggiunto tra le varie parti politiche e questo compromesso può esprimersi solo con nozioni che si prestano a più letture. È dunque un lessico che sta tra l'oscuro e l'ambivalente». «Troppe spese viene invece scaricate sul giudice il problema di dare chiarezza a ciò che il legislatore avrebbe dovuto rendere chiaro».

⁶⁷ M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

Come noto, è particolarmente in voga in politica economica il concetto di *nudging* cioè di quel sistema di condizionamento delle scelte del cittadino che prevede l'introduzione di "spinte gentili": si orienta, cioè, la scelta del "decisore" (solitamente il cittadino) attraverso la previsione di una serie di meccanismi (più o meno occulti) condizionanti⁶⁸.

Nel caso in esame, se partiamo dal presupposto che il decisore sia, almeno fino a prova contraria, la stazione appaltante e non l'Anac, potremmo immaginare che il parere di cui al comma 1-ter sia accompagnato da un sistema di incentivazione alla conformazione rappresentato dalla convenienza di evitare l'azione innanzi al g.a.⁶⁹ Il decisore pubblico, la cui volontà è, specie allo stato attuale, ben meno ferrea di quella del privato, finirà (e l'esperienza pratica lo dimostra⁷⁰), per determinarsi ad "obbedire" all'autorità di vigilanza per evitare le conseguenze di una decisione giurisdizionale di segno negativo specie in punto di responsabilità⁷¹ e, pertanto, molto probabilmente, della successiva fase processuale non ci sarà bisogno. Ma è davvero auspicabile un sistema nel quale la stazione appaltante, il cui ruolo è valorizzato sulla carta, ma sminuito da tutta una serie di contromisure "sfiducianti", si riduca a quello di mero esecutore della legge o meglio della volontà dell'Anac che di quest'ultima si erge a paladino⁷²?

⁶⁸ R. THALER & C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile: La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, Feltrinelli, 2014.

⁶⁹ L'Anac stessa afferma che «la ratio che ispira la previsione in esame può ritenersi la stessa alla base del diverso istituto del soccorso istruttorio, in un'ottica di immediato intervento, emendativo di eventuali errori nell'espletamento dell'attività amministrativa, senza dover ricorrere all'intervento giurisdizionale». E prosegue: «In tal senso può parlarsi di una forma di vigilanza preventiva affidata alla stessa Autorità, in un'ottica deflattiva del contenzioso, preordinata a promuovere l'interlocuzione con la stazione appaltante allo scopo di stimolarne lo spontaneo adeguamento. Va rammentato, infatti, che l'Autorità non solo segnala "le violazioni riscontrate", ma indica anche "i rimedi da adottare per eliminarle"». Ci sono, in sostanza, tutte le formule tipiche delle forme di collaborazione tra soggetti pubblici, ma manca la possibilità dell'amministrazione preposta alla tutela dell'interesse prevalente di assumere la responsabilità della decisione.

⁷⁰ Si veda sul punto la relazione dell'Anac dalla quale emerge che in tutte le ipotesi in cui è stato emanato il parere di cui al comma 1-ter l'amministrazione si è conformata. In particolare nella relazione si legge che «In tutti i casi illustrati, a seguito della trasmissione alla stazione appaltante del parere, con assegnazione del termine di trenta giorni per le valutazioni di competenza, l'ente interessato ha spontaneamente aderito alle osservazioni della Autorità, adeguandosi alle indicazioni rese nel parere. Ciò costituisce evidente dimostrazione dell'efficacia dello strumento e, ancora una volta, della validità di azioni connotate da una forte portata dissuasiva rispetto a comportamenti poco virtuosi, nonché della valorizzazione della vigilanza nella sua espressione più alta di indirizzo e sostegno agli operatori del settore, o-rientata sugli aspetti fisiologici piuttosto che su quelli patologici del sistema».

⁷¹ Per un'analisi delle criticità legate al fenomeno della cd. "burocrazia difensiva", M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 3, 625 ss.

⁷² Come già prefigurato nelle lucide osservazioni di G. D. COMPORTI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, op. cit, spec. 54-55 e *passim*.

Questa spinta verso la conformazione delle decisioni, senza parlare apertamente di intimidazioni, ordini, diffide ad adempiere, sembra in realtà una riproposizione del *nudge* ai processi decisionali pubblici, con riguardo ai quali si ha di mira spesso un ulteriore obiettivo, pure attraverso il *nudging* perseguito, e cioè quello di coltivare la velocità delle decisioni la quale, tuttavia, si accompagna alla piuttosto amara constatazione che, come Kahneman⁷³ ci insegna, la paura di perdere (e dunque di incorrere in responsabilità) è più forte del piacere di vincere (tutelando al meglio l'interesse pubblico).

⁷³ D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, Mondadori, 2012. Si veda anche, R. VIALE, *Oltre il nudge. Libertà di scelta, benessere e felicità*, Bologna, Il Mulino, 2018.