

PASQUALE PANTALONE
Professore Associato di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Milano
pasquale.pantalone@unimi.it

**IL MATERIALE REGOLATORIO DELL'ANAC TRA
ATTRIBUZIONI ESPRESSE E MANIFESTAZIONI
IMPLICITE DI INDIRIZZO. GARANZIE E LIMITI PER LA
SALVAGUARDIA DELLE POSIZIONI SOGGETTIVE E
DELLA SEMPLIFICAZIONE DEL SISTEMA**

**NATIONAL ANTI-CORRUPTION AUTHORITY'S REGULATORY
MATERIAL BETWEEN EXPRESS ATTRIBUTIONS AND IMPLICIT
MANIFESTATIONS OF GUIDANCE. GUARANTEES AND LIMITS
FOR THE PROTECTION OF SUBJECTIVE POSITIONS AND THE
SIMPLIFICATION OF THE SYSTEM**

SINTESI

Il contributo* ha per oggetto l'analisi della c.d. *soft regulation* espressa e implicita che l'Autorità nazionale anticorruzione svolge nei settori di propria competenza, interrogandosi anche in ordine alle garanzie e ai limiti che l'ordinamento pone a siffatta attività non solo a tutela delle posizioni soggettive, ma anche a salvaguardia dell'autonomia decisionale dei soggetti (prevalentemente pubblici) regolati e, più in generale, della semplificazione del sistema.

ABSTRACT

The purpose of the paper is to analyze the so-called explicit and implicit *soft regulation* that the National Anti-Corruption Authority carries out in the areas under its competence, also questioning the guarantees and limits that the legal system places on such activity not only to protect subjective positions, but also to safeguard the decision-making autonomy of the (mainly public) regulated subjects and, more generally, the simplification of the system.

PAROLE CHIAVE: Autorità indipendenti, regolazione, vigilanza, Autorità nazionale anticorruzione

* Le riflessioni che seguono si collocano nel solco di studi, anche monografici, condotti nel recente passato, ambendo a costituirne un ulteriore sviluppo anche in considerazione di alcuni mutamenti normativi e giurisprudenziali nel frattempo intervenuti: sia consentito, in particolare, il rinvio a P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018.

KEYWORDS: Independent authorities, regulation, supervision, National Anti-Corruption Authority

INDICE: 1. La specialità del regolatore e dell'oggetto regolato – 2. Il perimetro dell'analisi. Il materiale regolatorio dell'Anac tra attribuzioni espresse e manifestazioni implicite di indirizzo – 3. La regolazione dei contratti pubblici senza linee guida vincolanti – 4. La regolazione dei contratti pubblici attraverso l'attività di vigilanza – 5. Vigilanza e regolazione nei comparti normativi dell'anticorruzione e degli incarichi pubblici. – 6. La regolazione delle misure sulla trasparenza amministrativa. – 7. La regolazione attraverso l'attività consultiva e para-giurisdizionale. – 8. Riflessioni conclusive. Garanzie e limiti per la salvaguardia delle posizioni soggettive e della semplificazione del sistema.

1. La specialità del regolatore e dell'oggetto regolato

L'Autorità nazionale anticorruzione presenta connotati peculiari rispetto al tipico modello delle Autorità indipendenti di regolazione¹, sia dal punto di vista soggettivo, sia sotto il profilo dell'oggetto regolato.

Intanto, la sua istituzione è una novità relativamente recente nel nostro panorama istituzionale².

Il requisito dell'indipendenza, tipico di ogni *authority*, risulta più marcato in capo all'Anac, non tanto sul piano strutturale³ quanto piuttosto su quello

1 La letteratura sul tema è ovviamente vastissima. *Ex multis*, M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005. Di recente, E. BRUTI LIBERATI, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizî di un modello istituzionale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2020, 50 ss.

2 Per l'analisi di alcuni profili strutturali e funzionali dell'Anac dal punto di vista dell'Autorità, v. R. CANTONE, F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015; I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016. V., altresì, in dottrina, N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *giustamm.it*, 5, 2016; ID, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 6, 2016; F. DI CRISTINA, *L'Autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, in *Dir. econ.*, 2, 2016, 497 ss.; R. ROLLI, D. SAMMARRO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: l'Anac e l'Uomo di Vitruvio*, in *giustamm.it*, 4, 2016; F. DI LASCIO, B. NERI, *I poteri di vigilanza dell'Autorità Nazionale anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 454 ss.; G. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2-3, 2015, 345 ss. E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 757 ss.; ID, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 499 ss.; G. PIZZANELLI, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo codice dei contratti pubblici: verso la completezza di un modello?*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017, 110 ss.

3 Ai sensi dell'art. 13, comma 3 del d.lgs. 150/2009, il presidente e i quattro componenti dell'Anac sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, nonché previo parere favorevole delle Commissioni parlamentari competenti espresso a maggioranza dei due terzi dei componenti. Il presidente è nominato su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, di concerto con il Ministro della giustizia e il Ministro dell'interno; i componenti sono nominati su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione. La previsione in esame sembra ricalcare, in parte, il procedimento di nomina previsto, in via generale, dall'art. 2, comma 7 della l. n. 481/1995 per le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.

funzionale.

Difatti, alcuni poteri sono di esclusiva spettanza del presidente dell'Autorità, che diviene così «organo nell'organo»⁴ e attributario di specifiche e autonome funzioni che, proprio per l'assenza di collegialità nel loro esercizio, potrebbero rafforzare il carattere di indipendenza.

Molte decisioni collegiali dell'Anac sono adottate in collaborazione col Governo o con soggetti variamente riconducibili all'indirizzo politico-governativo. Pure in questo caso, il riconoscimento in capo all'Autorità della capacità di «dialogare» alla pari con la politica potrebbe rafforzare l'indipendenza, se non determinare un'inusuale «cattura» della politica da parte dell'*authority*⁵. È anche vero che il non infrequente accostamento dell'attività concreta dell'Anac alla politica potrebbe invece dimostrare un minor grado di indipendenza dell'Autorità. Si tratta comunque di una trama normativa che si presta ad assetti diversi che mutano a seconda della contingenza storica, della forza della politica e di come viene interpretato dall'Autorità il proprio ruolo istituzionale.

Un carattere distintivo comune alle Autorità indipendenti è stato ravvisato nella loro tendenziale posizione di neutralità rispetto agli interessi in gioco: ruolo che sarebbe funzionale a mantenere un equilibrio tra valori preordinati e interni al settore di riferimento⁶.

L'esperienza ha però dimostrato che le funzioni svolte da tali soggetti non

⁴ L'espressione è di E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, cit., 757 ss.

⁵ Per esempio, senza pretesa di completezza, il Piano nazionale anticorruzione è adottato dall'Anac «sentiti» un comitato interministeriale e la Conferenza unificata (art. 1, comma 2-*bis*, l. 190/2012). L'Autorità esprime «pareri obbligatori» su atti ministeriali in materia di anticorruzione e trasparenza (art. 1, comma 2, lett. d), l. 190/2012; art. 16, comma 3, d.lgs. 39/2013). Essa riceve, inoltre, le «segnalazioni» del Dipartimento della funzione pubblica per l'eventuale attivazione del proprio potere di sospensione di una procedura di conferimento di un incarico (art. 16, comma 1, d.lgs. 39/2013). Le informazioni relative ai tempi, ai costi unitari e agli indicatori di realizzazione delle opere pubbliche in corso o completate sono pubblicate sulla base di uno schema tipo redatto dal MEF «d'intesa» con l'Anac (art. 38, comma 2, d.lgs. 33/2013). L'Anac individua, con proprio provvedimento, adottato «d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e con l'AGID» le tipologie di dati da inserire nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, concernenti la partecipazione alle procedure di affidamento e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria la verifica attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (art. 24, comma 4, d.lgs. 36/2023). E l'elenco potrebbe continuare.

⁶ M. D'ALBERTI, A. PAJNO, *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010.

risultano insensibili agli interessi coinvolti e al perseguimento di precise *policies*⁷.

Se il carattere della neutralità già significativamente sfuma con riguardo ad alcune *authorities*⁸, ancora più diradato appare nell'Anac, ove il principio di imparzialità riacquista la sua piena portata precettiva⁹ e l'interesse pubblico alla prevenzione e al contrasto della corruzione permea l'intero statuto istituzionale dell'Autorità, esprimendo «una evidente e potente carica finalistica»¹⁰.

Sulla falsariga dei poteri dell'Autorità *antitrust*, l'Anac, poi, è «autonomo promotore di un giudizio»¹¹, in quanto è legittimata ad agire dinanzi al giudice amministrativo 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 con-

7 Per una accurata ricostruzione delle varie posizioni emerse in dottrina, cfr. M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2017, 239 ss. In argomento, v. anche E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019. Sul tema è tornato di recente anche G. MORBIDELLI, *Separazione dei poteri e autorità indipendenti*, in *Riv. regolaz. mercati*, 2, 2024, 444 ss.

8 In ordine all'Agcm, *ex multis* v. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, in part. 128.

9 Almeno sotto la preminente disciplina sui contratti pubblici, secondo F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2017, 397, «L'Anac non è affatto un'amministrazione neutrale».

10 F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, cit., 398. In termini analoghi, cfr. F. FRACCHIA, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Dir. econ.*, 3, 2015, 503, il quale avvertiva – già alla luce della disciplina sull'anticorruzione e dei poteri attribuiti all'Anac – come l'attività contrattuale della p.a., più che rispondere all'obiettivo di garantire una corretta competizione sul mercato, sembrasse invece essere concepita dall'ordinamento «soprattutto come una pericolosa occasione di corruzione che bisogna(va) in ogni modo arginare». Da ciò, peraltro, sarebbe derivata, secondo l'A., una «torsione funzionale» del diritto amministrativo, «assumendo, seppur parzialmente, i tratti, le finalità e l'assetto del diritto penale. La stessa fisionomia dell'Anac, al cui vertice c'è un capace Presidente con esperienza di giudice penale, parrebbe riflettere l'idea di un settore del diritto con riferimento al quale l'esigenza essenziale è presidiare la legalità, dando rilievo a un aspetto molto diverso da quello tradizionalmente proprio del giudice amministrativo o dello studioso del diritto amministrativo, abituato a ragionare secondo la logica della miglior cura dell'interesse pubblico»; ID., *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comunit.*, 6, 2015, 1551, che, analogamente a quanto sopra, ha evidenziato l'emersione dell'interesse alla repressione della corruzione testimoniato dall'incisività dei poteri attribuiti all'Anac («soggetto che si erge a “signore” di quel valore»). Cfr., altresì, M. CLARICH, *Contratti e pubblici e concorrenza*, Relazione al 61° Convegno di Studi Amministrativi dal titolo «La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione, Varenna, 17-19 settembre 2015, in *italiadevide.it*, 23, secondo il quale «considerare la disciplina dei contratti pubblici prevalentemente dall'angolo di visuale della lotta alla corruzione rischia di far perdere di vista gli altri obiettivi della disciplina e in particolare quello dell'efficienza».

11 M. A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'Agcm nell'art. 21 bis l. n. 287/1990*, in *federalismi.it*, 6, 2012.

tratti pubblici¹². Il che evidentemente presuppone la lesione di un interesse qualificato, personale e specifico, che trova soggettivizzazione nell'Autorità e che di conseguenza ne esclude ontologicamente la neutralità¹³.

Alla posizione di neutralità delle *authorities* rispetto agli interessi in gioco corrisponde di regola l'esercizio di funzioni tecniche, carattere anch'esso più sfumato quando si esaminano le competenze dell'Anac¹⁴.

A differenza di altri settori ove il tecnicismo delle regole costituisce un'ineluttabile condizione per il loro "governo"¹⁵, infatti, nei comparti normativi dell'anticorruzione, degli incarichi pubblici e della trasparenza l'Anac, nei panni talora di un *whatchdog* e talaltra di un *advisor*, presidia il rispetto delle norme e delle misure amministrative di prevenzione della corruzione da parte dei soggetti pubblici, supportandoli anche nella loro concreta interpretazione e attuazione. Pure il settore dei contratti pubblici non sembra caratterizzato da un elevato tasso di tecnicismo, non foss'altro per il fatto che oggi la sua pervasiva disciplina multilivello è ancora in massima parte scaturente in seno all'indirizzo politico-governativo: basti porre mente al recente meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al vigente codice dei contratti pubblici¹⁶. Il tecnicismo stride in ogni caso con i costanti obiettivi di semplificazione della normativa di cui l'Autorità deve necessariamente farsi portatrice¹⁷.

L'Anac, poi, a differenza delle altre Autorità di regolazione, non gode nel settore dei contratti pubblici di una diretta copertura del diritto dell'UE, né è coinvolta, come altri regolatori indipendenti, nelle reti europee di cooperazione delle autorità di regolazione nazionali¹⁸.

¹² Art. 220, comma 2, d.lgs. 36/2023.

¹³ M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, cit., 257-260; anche se riferite all'Agcm le stesse considerazioni critiche possono essere espresse con riferimento all'Anac.

¹⁴ In termini analoghi, C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in *giustamm.it*, 4, 2016.

¹⁵ L'elevato grado di tecnicità delle "regole" può essere ben colto, ad esempio, nei mercati finanziari: *ex multis*, S. AMOROSINO, *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in *Banca e borsa*, 1, 1995, 60.

¹⁶ E. FOLLIERI, *Natura del codice dei contratti pubblici, gli allegati e i principi generali (artt. 1-12)*, in V. FANTI (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023*, n. 36, Napoli, 2023, 19.

¹⁷ F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, cit., 398-399.

¹⁸ Nello stesso senso, L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. regolaz. mercati*, 2, 2016. In ordine alle reti di cooperazione delle *authorities* nazionali, v., *ex multis*, E.

Restando nel settore dei contratti pubblici, sotto il profilo oggettivo la regolazione dell'Anac presenta significative peculiarità rispetto alla regolazione indipendente delle altre *authorities*.

Il “mercato” dei contratti pubblici risulta anzitutto strutturalmente differente dai tradizionali mercati regolati (finanziari, energetici, dei trasporti, delle comunicazioni elettroniche)¹⁹.

Anche a fronte della sua «complessità funzionale»²⁰, esso «è contemporaneamente oggetto e prodotto della regolazione»²¹, essendo artificialmente “creato” dalla legge, dalle altre fonti e dalla stessa regolazione dell'Anac. Difatti, mentre in altri mercati regolati gli interventi normativi affidati alle Autorità di settore si muovono tendenzialmente nell'ambito di una cornice legislativa piuttosto scarna, la regolazione dei contratti pubblici s'inserisce all'interno di un “mercato” già storicamente e dettagliatamente disciplinato da fonti tradizionali²².

In altri mercati, inoltre, la regolazione indipendente è primariamente orientata a regolare l'offerta di servizi, al fine di contemperare l'esercizio delle libertà economiche con la tutela di finalità collettive. L'Anac, invece, regola prevalentemente la domanda pubblica (al fine di consentire confronti concorrenziali ed evitare comportamenti illeciti) «in un ambito in cui non si può parlare di liberalizzazione in senso proprio»²³, nel quale emerge al contrario la logica della composizione degli interessi tipica delle dinamiche decisionali degli organi democraticamente eletti²⁴.

I soggetti regolati, dunque, sono prevalentemente attori pubblici (come

CHITI, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione europea*, in *Riv. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 29 ss.; L. TORCHIA, *La regolazione indipendente nell'ordinamento europeo: i nuovi organismi di settore*, in P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012, 263 ss.

19 L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, cit.

20 F. FRACCHIA, L. GILI, *Ordinamento dell'Unione europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2013.

21 S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Riv. regolaz. mercati*, 1, 2016.

22 Per una panoramica generale delle fonti nella materia in esame prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 36/2023, cfr. M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2, 2017, 827 ss.

23 E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2024, 229.

24 E. BRUTI LIBERATI, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, cit., 54.

le stazioni appaltanti chiamate ad affidare contratti pubblici), i quali non hanno facoltà di entrare o uscire liberamente dal mercato non potendo sottrarsi al rispetto delle regole che lo sovrintendono²⁵. Analogamente, nei settori dell'anti-corruzione, degli incarichi pubblici e della trasparenza i destinatari della regolazione sono prevalentemente soggetti pubblici e/o persone fisiche che gravitano nella sfera soggettivamente pubblica²⁶.

Pare comunque difficilmente contestabile che questo sottosistema o “materiale giuridico” riconducibile all'attività dell'Anac nel settore dei contratti pubblici presenti delle significative specificità che richiamano un ordinamento²⁷, soprattutto in riferimento al soggetto posto al suo vertice: ossia, un'autorevole organizzazione che, negli spazi concessi da un ordinamento generale, sovrintende l'attività contrattuale di tutti i soggetti pubblici, emanando “disposizioni” generali, di vigilanza, sanzionatorie, comunque conformative della discrezionalità che compete alle stazioni appaltanti. Né pare privo di significato il fatto che i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di contratti pubblici, ancorché formino oggetto di sindacato da parte di un giudice dell'ordinamento generale, sono soggetti a un rito speciale²⁸, quasi che il momento processuale completi la specificità dell'ordinamento di settore.

2. Il perimetro dell'analisi. Il materiale regolatorio dell'Anac tra attribuzioni espresse e manifestazioni implicite di indirizzo

Chiarite le caratteristiche peculiari del centro soggettivo di regolazione e dell'oggetto regolato, si può ora passare all'analisi degli strumenti di cui l'Autorità dispone per “regolare” i settori di propria competenza.

Occorre preliminarmente chiarirsi sul concetto di regolazione preso in esame in questa sede.

È nota la natura polisemica e funzionalmente unitaria dell'attività di regolazione economica dei mercati in cui tradizionalmente operano le Autorità

²⁵ L. TORCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, cit., 607; ID, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, cit.

²⁶ L'allusione, in particolare, è alla disciplina sulla inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi all'interno delle pubbliche amministrazioni, su cui v. *infra* par. 5.

²⁷ Se si vuole, sul punto cfr. P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 281 ss.

²⁸ Cfr. artt. 120 e ss., d.lgs. 104/2010.

indipendenti²⁹. A tacere della più appropriata qualificazione giuridica degli atti riconducibili a siffatta attività³⁰, la legge ne individua alcuni caratteri tipici³¹, peraltro plasmati e arricchiti dall'incessante opera dottrinale e giurisprudenziale sedimentatasi nel corso del tempo³².

Secondo una parte della dottrina, la regolazione può essere *hard* o *soft* a seconda della precettività dei vincoli conformativi che essa esprime³³. Pur nella varietà delle sue manifestazioni (raccomandazioni, linee guida, istruzioni, inviti, orientamenti, FAQ, comunicati), in particolare, la *soft regulation* è tale se produce effetti conformativi di mera *moral suasion* (senza, quindi, esplicare alcuna effi-

29 F. G. SCOCA, voce «Attività amministrativa», in *Enc. dir.*, Agg., VI, 2003, 80. Secondo F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, 2007, 110-111, «(l)a regolazione può essere descritta come una funzione di controllo o vigilanza su un settore od attività considerata rilevante sul piano socio-economico, la quale si esprime in attività positiva (atti di indirizzo, regolamenti, autorizzazioni, misure accessorie ad atti autorizzativi), in attività successiva di verifica, ovvero anche in attività di *moral suasion* o di proposta. L'elemento distintivo di tale ampia funzione di regolazione non sta, dunque, nel profilo strutturale (...). Sta invece nel profilo (*stricto sensu*) funzionale: essa si spiega in un settore aperto al mercato; è esercitata da una *agency* pubblica indipendente e neutrale rispetto agli interessi in gioco; non persegue un interesse pubblico proprio e dato, bensì regola in modo neutrale gli interessi in conflitto; è condizionale e non finalistica; mira al riequilibrio delle posizioni asimmetriche nel mercato; riduce posizioni di eccessiva forza di mercato; cura la protezione di determinati interessi, valori e diritti di fondamento costituzionale che possano subire un *vulnus*; svolge un compito che presuppone una elevata competenza tecnica, perché incide su oggetti e discipline altamente specialistiche; è sempre complementare ed assiologicamente subordinata alla libertà di concorrenza che incarna la scelta di fondo dell'ordinamento. È, la regolazione, in estrema sintesi, l'insieme di quelle correzioni, connotate da elasticità, alta competenza tecnica e specialistica, che sono necessarie al libero mercato». Sul concetto di "regolazione" e sulle sue varie declinazioni la letteratura è sterminata e, per ragioni di economia del presente lavoro, non è naturalmente possibile ripercorrerla in modo compiuto: v., *ex multis*, S. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999, 143 ss.; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, 19 ss.; M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 265 ss.; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2018, 337 ss.; F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. econ.*, 3, 2018, 697 ss.

30 Problema che, invero, sembra ormai quasi definitivamente risolto per la loro sostanziale sottoposizione al medesimo regime giuridico: si v. più diffusamente *infra*.

31 Art. 2, comma 12, l. 481/1995.

32 Lo ricorda F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. amm.*, 2, 2017, 396 ss.

33 Come sottolineato da M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation, hard regulation nei mercati finanziari*, in *Riv. regolaz. mercati*, 2, 2016, «l'attività regolatoria può fondarsi su un mix di misure hard di misure soft, classici strumenti autoritativi e strumenti all'insegna della flessibilità e del consenso»; ID, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1, 2017, 147 ss.

cacia vincolante) e quando prende forma con modalità consensuali e partecipate³⁴.

Il previgente codice dei contratti pubblici³⁵ assegnava all'Anac un ruolo di indubbio rilievo, non paragonabile, per funzioni ed estensione, all'assetto di poteri ancor prima riconosciuto all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici³⁶.

L'art. 1, c. 1, lett. t) della l. delega 28 gennaio 2016, n. 11, in particolare, indicava tra i principi e i criteri direttivi cui avrebbe dovuto conformarsi il Governo nell'emanazione del decreto delegato, l'«attribuzione all'Anac di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'Anac innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa».

Nell'ambito di questo robusto ed esteso apparato di funzioni eterogenee³⁷, di preminente interesse era l'innovativa funzione di «regolazione flessibile», in larga parte sostitutiva della disciplina regolamentare di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (adottato in attuazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163). Lo strumento maggiormente utilizzato dall'Autorità per l'espletamento dei propri compiti para-normativi era quello delle linee guida, su cui la dottrina ha dif-

34 V. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008; A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali. Atti del 20° Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Catania, 14-15 ottobre 2005, Padova, 2007, 369 ss.; A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009. Nella dottrina amministrativistica, v. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 138: «(l)a funzione formale, autoritativa-prescrittiva, di quest'ultimo tipo di fonti (i.e. la *soft law*) tende a degradare progressivamente verso una funzione informale, essenzialmente persuasiva, di promozione di comportamenti ritenuti auspicabili dall'autorità di regolazione, o (...) collaborativa».

35 D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

36 Su cui, *ex multis*, v. C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012.

37 In ordine all'elenco delle funzioni che competevano all'Anac sotto la vigenza del d.lgs. n. 50/2016, sia consentito rinviare a P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Milano, 2018, 222 ss.

fusamente concentrato la propria attenzione³⁸.

Questi particolari strumenti di regolazione presentavano alcune specificità rispetto alle altre linee guida conosciute dall'ordinamento: erano atti qualificati come «flessibili» dalla legge; avevano talora «efficacia vincolante»³⁹ nei confronti dei loro destinatari; svolgevano non solo una funzione orientativa, ma ricoprivano anche un'importante funzione attuativa o integrativa del dettato legislativo⁴⁰; erano adottate secondo la procedura del *notice and comment*, tipica delle Autorità indipendenti di regolazione; erano assistite da significative forme di pubblicità come se fossero degli atti soggettivamente e oggettivamente normativi; dovevano essere in taluni casi trasmesse al Parlamento dopo la loro adozione; erano sempre impugnabili davanti al giudice amministrativo.

A tacere dell'incerto statuto giuridico di tali atti, si era a suo tempo osservato che la previsione di linee guida vincolanti non sembrasse del tutto coerente né con gli obiettivi di semplificazione ed efficienza del sistema (normativo e amministrativo) della contrattualistica pubblica, né con l'idea che un soggetto specializzato, pur autorevole e indipendente come l'Anac, dovesse dialogare con altri soggetti competenti che, in un sistema aperto, complesso e in divenire, avrebbero dovuto poter discrezionalmente decidere. Al contrario, sarebbe stato preferibile un soggetto molto specializzato che raccomandasse e consigliasse anziché un soggetto che si comportasse come un “badante” che decidesse al posto dei soggetti sottoposti alla sua “cura”⁴¹.

L'esperienza ha invero dimostrato come l'utilizzo da parte dell'Anac di un potere di regolazione di questo tipo non abbia sortito gli effetti sperati: e ciò per una serie di ragioni, già parzialmente anticipate, che non è possibile ripercorrere in questa sede⁴².

Nel mutato contesto normativo la dequotazione della regolazione *hard* –

38 *Ex multis*, si v. G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 3, 2016, 273 ss.; M.P. CHITI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. di dir. amm.*, 4, 2016, 436 ss.; C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, cit.; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del cd. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, cit., 381 ss. Per un inquadramento generale del tema, cfr. V. DESANTIS, *Le linee guida nel “sistema” delle fonti del diritto*, Napoli, 2023.

39 Art. 1, comma 1, lett. t), l. 11/2016.

40 Art. 213, comma 2, d.lgs. 50/2016, ora abrogato.

41 Sia consentito richiamare P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 315-316.

comunque non interamente eliminata⁴³ – nel settore dei contratti pubblici e, parallelamente, il rafforzamento della *soft regulation* anche in altri comparti normativi presidiati dall'Anac, induce a rivolgere l'attenzione ai principali strumenti di regolazione⁴⁴ di cui dispone l'Autorità estrinsecantesi in atti generali di indirizzo, talora non del tutto privi di carattere immediatamente cogente e di capacità di innovazione ordinamentale⁴⁵.

Questo materiale regolatorio, invero, può rappresentare il frutto dell'esercizio sia di poteri espressamente conferiti dal legislatore all'Anac, sia di manifestazioni implicite di indirizzo.

Malgrado le tensioni col principio di legalità, infatti, nel sottosistema delle Autorità indipendenti è ormai consolidata la teoria dei poteri impliciti⁴⁶, consistente nell'auto-attribuzione di potestà innominate fondate su altri poteri (viceversa conferiti espressamente da norme “abilitate”) o, addirittura, su scopi genericamente individuati dal legislatore.

La regolazione costituisce un terreno fertile per l'emersione di molteplici poteri impliciti proprio perché l'ambito complesso, aperto e in divenire su cui incide (in quanto forgiato dalla regolazione medesima) non consente di prefigurare in modo puntuale le premesse e i contenuti della stessa. La regolazione

42 G.D. COMPORI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. e soc.*, 2, 2017, 177 ss.

43 V., per esempio, gli atti regolatori a contenuto obbligatorio previsti dagli artt. 23 e 24, d.lgs. 36/2023, su cui si tornerà incidentalmente *infra*.

44 Intesa – come sopra ricordato – quale attività funzionalmente unitaria di regolazione economica di un mercato, pur nella consapevolezza delle peculiarità del soggetto regolatore e dell'oggetto regolato: v. *supra* par. 1.

45 Non si trascura il fatto che la regolazione dell'Anac può manifestarsi anche come espressione dell'autonomia regolamentare dell'Autorità, cioè come disciplina che predetermina lo svolgimento delle funzioni a essa intestate. Gli atti di autolimita dell'Anac, tuttavia, costituiranno oggetto di esame soltanto nella misura in cui rilevino al di fuori dell'ordinamento interno dell'Autorità. In generale, sulle norme interne, v. F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Le norme interne tra esigenze regolative dei pubblici poteri e vincoli dell'ordinamento generale*, Napoli, 2020.

46 In argomento, se si vuole, P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, in part. 143 ss. Di recente, sono tornati sul tema C. ACOCELLA, *Poteri indipendenti e dimensioni della legalità. Le prospettive di sostenibilità dell'implicito nell'esperienza delle autorità amministrative indipendenti*, in C. ACOCELLA (a cura di), *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, Napoli, 2022, 11 ss.; A. MARRA, *I poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 4, 2023, 697 ss.; S. SPUNTARELLI, voce «Poteri impliciti», in M. CARTABIA, M. RUOTOLO (a cura di), *Enc. dir. Potere e Costituzione*, Milano, 2023, 934 ss.; A. ZITO, *Crisi del principio di legalità e partecipazione ai processi decisionali della pubblica amministrazione in funzione compensativa: premesse per una ricostruzione sistematica del fenomeno*, in G. SCHEIBLER, M.R. SPASIANO (a cura di), *Studi in memoria di Agustín A. Gordillo*, Napoli, 2025, 651 ss. In giurisprudenza, sempre di recente, Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2024, n. 2255.

acquisisce una peculiare pregnanza anche nei settori di intervento dell'Anac, ove le norme attributive dei poteri sono talvolta indeterminate nella loro formulazione tanto da legittimare astrattamente l'*authority* a un ampio ventaglio di poteri generali e puntuali.

La regolazione, a ben vedere, non solo si erge a fonte di poteri innominati, ma può essa stessa gemmare da altri poteri espressi: il che è particolarmente evidente nel caso dell'Anac, come si potrà appurare nel prosieguo dell'analisi con riguardo all'attività di vigilanza, consultiva e para-giurisdizionale che l'Autorità svolge nei settori di sua competenza.

3. La regolazione dei contratti pubblici senza linee guida vincolanti

Tra i principi e criteri direttivi della legge delega 21 aprile 2022, n. 78, emanata in attuazione degli impegni assunti dal Governo nell'ambito del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza, figura, per quanto qui d'interesse, la «revisione delle competenze dell'Autorità nazionale anticorruzione in materia di contratti pubblici, al fine di rafforzarne le funzioni di vigilanza sul settore e di supporto alle stazioni appaltanti» (art. 1, c. 2, lett. b), l. 78/2022).

Fermi restando i poteri di legittimazione straordinaria ad agire in giudizio⁴⁷ e quelli esercitabili nel corso dell'esecuzione del contratto in presenza di rilevate situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili all'aggiudicatario⁴⁸, una delle più importanti novità nel nuovo assetto normativo delineato dal vigente codice dei contratti pubblici⁴⁹ è stata la «riconsiderazione»⁵⁰ dei poteri regolatori dell'Autorità previsti dal previgente art. 213, d.lgs. 50/2016, che non risultano più menzionati nella l. delega 78/2022.

Non è un caso che l'art. 222, c. 1, d.lgs. 36/2023, attribuisca all'Anac, nei limiti di quanto stabilito dal codice e anche al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione⁵¹, la «vigilanza e il controllo sui contratti pubblici». Nes-

47 V. art. 220, commi 2 e 3 del d.lgs. 36/2023.

48 Si v., in particolare, quanto previsto dall'art. 32, d.l. 90/2024, conv. nella l. 114/2014.

49 D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

50 Così si esprime la Relazione illustrativa del codice redatta dal Consiglio di Stato.

51 La conferma, anche nel rinnovato impianto normativo, della eloquente carica finalistica compendiata nella prevenzione e nel contrasto a illegalità e corruzione costituisce, secondo una parte della dottrina, un «difetto costitutivo» del sistema di *governance* della contrattualistica pubblica, perché, «avendo nel suo codice genetico la prevenzione della corruzione e la tutela della legalità, è difficile che (l'Anac) possa stimolare efficacemente il raggiungimento del

sun riferimento espresso viene pertanto operato nei confronti del potere di regolazione e della facoltà di adottare linee guida o altri strumenti di regolazione flessibile⁵², come invece consentito dalla previgente disciplina.

Ciò non porta tuttavia a ritenere che l'Anac non sia più provvista di poteri regolatori nel settore in questione.

Essa, infatti, conserva la potestà di emanare bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri atti amministrativi generali (questi ultimi di «più sicuro inquadramento dogmatico e disciplina», secondo la Relazione illustrativa del codice), per i quali, come in passato, si dota di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di adeguata pubblicità, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di *gold plating*⁵³.

Per garantire la consultazione immediata e suddivisa per materia, l'Anac pubblica i propri provvedimenti con modalità tali da rendere immediatamente accessibile alle stazioni appaltanti e agli operatori economici la disciplina applicabile a ciascun procedimento⁵⁴. Con tali atti, di cui resta ferma l'impugnabilità dinanzi al giudice amministrativo, l'Autorità – come nel quadro previgente –

risultato e contribuire a creare un clima di fiducia tra soggetti pubblici e privati»: così G. NAPOLITANO, *Buona l'ultima? La terza codificazione del diritto dei contratti pubblici alla prova dei risultati*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2023, 286. Moderatamente più ottimista appare L. CARBONE, *Il Codice dei contratti pubblici: un anno di applicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2024, 446, secondo il quale «resta ... da capire ... se l'ANAC riuscirà a compiere fino in fondo, anche sotto il profilo culturale, l'evoluzione che il codice (troppo timidamente, ad avviso di alcuni) le ha richiesto: essere percepita dalle stazioni appaltanti come un'istituzione di supporto e di guida prima ancora che di controllo, passare dal ruolo di regolatore (talvolta esercitato introducendo vincoli e adempimenti ulteriori) a quello di *player* propositivo e di sostegno alle amministrazioni, in ossequio ai principi del risultato e della fiducia e alla nuova natura di un codice che è, soprattutto, un codice della committenza».

⁵² Pur permanendo un espresso riferimento nell'art. 222, comma 16, d.lgs. 36/2023, ove si prevede che «(p)er garantire la consultazione immediata e suddivisa per materia degli strumenti di regolazione flessibile adottati dall'ANAC comunque denominati, l'ANAC pubblica i suddetti provvedimenti con modalità tali da rendere immediatamente accessibile alle stazioni appaltanti e agli operatori economici la disciplina applicabile a ciascun procedimento».

⁵³ Ai sensi dell'art. 222, c. 2, d.lgs. 36/2023, l'Anac trasmette alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti amministrativi generali dalla stessa adottati, ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti. Inoltre, a mente del comma 3 della stessa disposizione, nell'ambito dei poteri a essa attribuiti, l'Autorità segnala al Governo e al Parlamento, con apposito atto, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore; formula al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore (con ciò in parte sovrapponendosi alle medesime funzioni svolte dalla Cabina di regia di cui all'art. 221, d.lgs. 36/2023); predisporre e invia al Governo e al Parlamento la relazione annuale sull'attività svolta, evidenziando le disfunzioni riscontrate nell'esercizio delle proprie funzioni.

⁵⁴ Art. 222, comma 10, d.lgs. 36/2023.

garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche⁵⁵. La fornitura di “prototipi” di atti acquisisce talora una più marcata forza precettiva, laddove, ad esempio, si prevede l'obbligo di conformità dei bandi di gara ai bandi-tipo adottati dall'Anac, fatta salva la motivata possibilità per le stazioni appaltanti di derogarvi motivatamente nella delibera a contrarre⁵⁶.

Il rinnovato potere regolatorio dell'Autorità pare pertanto confinato all'interno dello “spazio” che in passato era riservato agli «altri strumenti di regolamentazione flessibile comunque denominati» di cui al previgente art. 222, comma 2 del d.lgs. 50/2016, utilizzati per supportare e guidare le stazioni appaltanti nell'esercizio della loro discrezionalità amministrativa. L'attuale *soft regulation* dell'Anac, infatti, prende forma attraverso una congerie di atti – quali perlopiù *vademecum*⁵⁷, orientamenti operativi, FAQ, comunicati del presidente⁵⁸ – comunque riconducibili al generale ruolo di *whatchdog* e *advisor* che essa svolge non solo nel settore dei contratti pubblici.

Ciò appare confermato anche dal fatto che, già prima della loro «riconsiderazione», le linee guida “non vincolanti” o “atipiche”⁵⁹, quali strumenti di regolazione flessibile più frequentemente utilizzati nella prassi, erano tendenzialmente ricondotte nella categoria degli «atti amministrativi generali»⁶⁰, oggi assunta per l'appunto a nuova clausola residuale dei poteri regolatori dell'Autorità

⁵⁵ Art. 222, comma 2, d.lgs. 36/2023. Cfr., ad esempio, il Bando tipo n. 1/2023, approvato con la Delibera n. 309 del 27 giugno 2023, avente ad oggetto «Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo superiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo».

⁵⁶ Art. 83, comma 3, d.lgs. 36/2023.

⁵⁷ Ad esempio, v. *Vademecum* informativo per gli affidamenti diretti di lavori di importo inferiore a 150.000,00 euro, e di forniture e servizi di importo inferiore a 140.000 euro, approvato dall'Anac nell'adunanza del 30 luglio 2024.

⁵⁸ Tra i più recenti, v. Comunicato del Presidente dell'11 marzo 2025 recante «Chiarimenti in merito ai termini di conclusione delle procedure di affidamento».

⁵⁹ G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., 280, ha distinto le linee guida «per obiettivi» o «atipiche» (per indicare quelle a oggetto non determinato dalla legge) dalle linee guida «esecutive» o «tipiche» (quelle a oggetto determinato dalla legge), la cui adozione da parte dell'Anac può essere obbligatoria o facoltativa a seconda dei casi.

⁶⁰ V. Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.5; comm. spec., 13 settembre 2016, n. 1903; comm. spec., 10 gennaio 2017, n. 22, par. 5. Di «ordinari atti amministrativi» parla, invece, Cons. Stato, comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855, par. II.g).5.

nel settore in esame.

4. La regolazione dei contratti pubblici attraverso l'attività di vigilanza

Nel vigente codice dei contratti pubblici risultano confermate - e in parte rafforzate - le funzioni di vigilanza e controllo che competono all'Autorità⁶¹.

Più precisamente, essa vigila sui contratti pubblici anche di interesse regionale nei settori ordinari e speciali, sui contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza, nonché sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice; vigila sulla corretta esecuzione dei contratti pubblici (e non più soltanto, come nella previgente disciplina, sulla verifica del rispetto del principio di economicità e, dunque, sul fatto che dall'esecuzione di tali contratti non derivi un pregiudizio per il pubblico erario); vigila sul sistema di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici e sul divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure diverse rispetto a quelle ordinarie, operando un controllo sulla corretta applicazione della specifica disciplina derogatoria prevista per i casi di somma urgenza e di protezione civile di cui all'art. 140 del codice; per affidamenti di particolare interesse, svolge attività di vigilanza collaborativa attuata previa stipula di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti richiedenti, finalizzata a sostenere le medesime nella predisposizione degli atti, nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara e, a differenza di quanto previsto dalla disciplina previgente, anche nella fase di esecuzione del contratto⁶².

Alle funzioni di vigilanza e controllo si collega la titolarità esclusiva della Banca dati nazionale dei contratti pubblici *ex* art. 23, d.lgs. n. 36/2023, presso la quale è istituito il casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ove sono annotate le notizie, le informazioni e i dati previsti dall'art. 222, c. 10, d.lgs. 36/2023⁶³. L'Anac «sviluppa e gestisce i servizi» di

61 Cfr. art. 222, comma 3, d.lgs. 36/2023. In dottrina, v. W. GIULIETTI, *La vigilanza dell'ANAC in materia di contratti pubblici tra potere ispettivo e speciale legittimazione ad agire in giudizio*, in *Riv. giur. ed.*, 2, 2022, 99 ss.; A. MILONE, *I poteri di vigilanza dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in C. ACOCELLA (a cura di), *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, Napoli, 2022, 133 ss.

62 Sul punto v. più diffusamente *infra*.

63 TAR Lazio, sez. I-*quater*, ord. 6 marzo 2025, n. 1425, ha sospeso l'efficacia del Regolamento Anac per la gestione del casellario informatico dei contratti pubblici, ai sensi dell'art. 222, c. 10 del d.lgs. 36/2023, adottato con delib. n. 272 del 20 giugno 2023, atteso che - in base a quanto statuito dalla stessa sezione nella sentenza n. 5850 del 19 dicembre 2024 - esso consentirebbe all'Autorità di esercitare il potere di annotazione senza un adeguato filtro procedimentale e il riconoscimento a favore del privato del diritto al contraddittorio e alla fruizione delle garanzie partecipative.

questa banca dati anche attraverso l'emanazione di atti regolatori dal contenuto obbligatorio. Essa, infatti, ha, tra l'altro, il compito di individuare con propri provvedimenti le sezioni in cui si articola la banca dati e i servizi ad essa collegati, le informazioni che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti a trasmettere attraverso le piattaforme telematiche di cui all'art. 25, d.lgs. 36/2023, nonché i tempi entro i quali i titolari delle piattaforme e delle banche dati garantiscono l'integrazione con i servizi abilitanti l'ecosistema di approvvigionamento digitale⁶⁴.

Analogamente, ai compiti di vigilanza e controllo dell'Autorità afferisce sia la gestione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza (per il quale l'Anac stabilisce i requisiti e le modalità, nonché gli ulteriori casi in cui può essere disposta la qualificazione con riserva⁶⁵), sia la rilevazione, in collaborazione con l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, di comportamenti aziendali meritevoli di valutazione al fine dell'attribuzione del *rating* di legalità delle imprese *ex art. 5-ter*, d.l. 1/2012, conv. in l. 27/2012⁶⁶.

Come anticipato sopra, l'Anac esercita nel settore in esame anche una vigilanza c.d. "collaborativa", che appare di sicuro interesse ai nostri fini in ragione delle manifestazioni di carattere regolatorio che essa sembra esibire nella "co-gestione" dell'intero ciclo di vita di una singola operazione contrattuale o di più interventi⁶⁷.

Il contesto precipuamente emergenziale in cui si sono sviluppati i protocolli di vigilanza⁶⁸ e il «particolare interesse» cui per legge devono essere conno-

⁶⁴ Cfr. art. 23, d.lgs. 36/2023.

⁶⁵ Art. 63, comma 13, d.lgs. 36/2023.

⁶⁶ Per un esame più dettagliato delle singole funzioni anche sanzionatorie, si consenta il rinvio a P. PANTALONE, *Commento all'art. 222*, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici. D.LGS. 31 marzo 2023, n. 36*, Pisa, 2024, 1039-1040.

⁶⁷ Cfr. Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici, adottato con delib. Anac n. 269 del 20 giugno 2023. Alcuni protocolli hanno riguardato un numero indefinito di appalti, come ad es. il Protocollo di intesa per la vigilanza collaborativa sugli interventi infrastrutturali prioritari dell'art. 4, d.l. 32/2019, conv. nella l. 55/2019.

⁶⁸ Il cui modello originario risale all'esercizio delle funzioni di alta sorveglianza affidate al presidente dell'Anac in occasione della realizzazione delle opere connesse al grande evento EXPO Milano 2015: cfr. art. 30, d.l. 90/2014, conv. nella l. 114/2014, nonché le «Linee guida per l'esercizio dei compiti di alta sorveglianza e di garanzia della correttezza e della trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del grande evento Expo Milano 2015» del 17 luglio 2014.

tate le procedure per le quali può essere attivata l'assistenza giuridico-amministrativa dell'Anac⁶⁹ giustifica l'inserimento del potere di vigilanza collaborativa nel novero dei poteri speciali dell'Autorità in tema di contratti pubblici⁷⁰.

Le modalità di svolgimento della vigilanza collaborativa sono definite in un apposito atto di autovincolo di natura pattizia e durata annuale (il protocollo di azione), che delinea un procedimento “parallelo” a quello scandito dalle ordinarie fasi della gara (ed eventualmente della successiva fase esecutiva), in cui tutti gli atti di competenza della stazione appaltante sono sottoposti al controllo preventivo dell'Autorità in esito al quale quest'ultima formula osservazioni non vincolanti nei confronti del committente pubblico⁷¹. L'Anac, ove ritenga «persistente o particolarmente grave» il mancato adeguamento della stazione appaltante, può disporre la risoluzione del protocollo di vigilanza e l'attivazione di tutti i poteri di vigilanza attribuiti dalla legge⁷².

Trattasi, dunque, di una vigilanza *ex ante* concordemente “regolata” con il precipuo scopo di offrire un completo servizio di “tutoraggio” per supportare e orientare l'attività dei committenti pubblici che abbiano sottoscritto il relativo protocollo. Sebbene le competenti stazioni appaltanti restino gli esclusivi centri di imputazione dei rapporti giuridici attivi e passivi nascenti dalla procedura di affidamento e dal contratto a valle, non può negarsi che l'Anac assuma, se non le vesti di vero e proprio “committente ombra”, quanto meno quelle di

69 Difatti, possono essere sottoposti a vigilanza collaborativa: gli affidamenti disposti nell'ambito di programmi straordinari di interventi in occasione di grandi eventi di carattere sportivo, religioso, culturale o a contenuto economico; gli affidamenti disposti a seguito di calamità naturali; gli interventi di realizzazione di grandi infrastrutture strategiche; gli affidamenti di lavori di importo superiore a 50 milioni di euro o di servizi e forniture di importo superiore a 5 milioni di euro, rientranti in programmi di interventi realizzati mediante investimenti di fondi comunitari. Anche al di fuori delle ipotesi ricordate, in presenza di ricorrenti indici di elevato rischio corruttivo, ovvero, in presenza di rilevate situazioni anomale e, comunque, sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali, il Consiglio dell'Anac può “attivare” la vigilanza collaborativa. Essa può essere, altresì, richiesta dalle stazioni appaltanti nei casi in cui uno o più contratti siano stati oggetto dell'applicazione delle misure di cui all'art. 32, comma 1, del d.l. 90/2014, cit. (art. 4 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa).

70 Di vigilanza collaborativa quale «forma di controllo eccezionale» dell'Anac parla R. CALZONI, *Autorità nazionale anticorruzione e funzione di vigilanza collaborativa: le novità del Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 23, 2016, 19.

71 Infatti, la stazione appaltante, qualora non ritenga di aderire alle osservazioni, presenta le proprie motivazioni all'Autorità, che formula le proprie osservazioni «conclusive», rispetto alle quali la stazione appaltante può decidere di non adeguarsi, assumendo gli atti di propria competenza (art. 8, commi 7 e 8, del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa).

72 Art. 8, comma 9, del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa. Altre cause di risoluzione del protocollo sono stabilite dall'art. 9 del Regolamento.

un soggetto che regola e indirizza gli attori del settore⁷³, anche in considerazione della possibilità di pubblicare sul proprio sito istituzionale le osservazioni formulate con riferimento a singole procedure⁷⁴.

La funzione di vigilanza svolta dall'Autorità nel settore dei contratti pubblici è stata anche strumentale alla configurazione di poteri regolatori impliciti dal contenuto non orientativo bensì obbligatorio, come avvenuto nel caso dei contratti esclusi dall'ambito di applicazione del d.lgs. 36/2023⁷⁵. Si vuole, in specie, alludere al contenzioso generato da alcuni interventi dell'Autorità tesi a imporre l'acquisizione del codice identificativo di gara ("CIG") e il pagamento del contributo in suo favore anche nell'ipotesi in cui fossero stipulati contratti "esclusi".

Dopo aver tentato di introdurre questi vincoli conformativi attraverso un comunicato del Presidente, poi annullato dal Giudice amministrativo per vizio di incompetenza⁷⁶, l'organo collegiale dell'Autorità ha adottato una delibera di analogo contenuto⁷⁷, anch'essa gravata dinanzi al TAR Lazio nella parte in cui ha previsto l'acquisizione del CIG e il pagamento del contributo in favore dell'Autorità in relazione ai servizi legali esclusi dall'ambito di applicazione del codice ai sensi dell'art. 56, comma 1, lett. h), d. lgs. 36/2023. Detta delibera è stata, tra l'altro, censurata per l'assenza di una adeguata base legislativa per l'esercizio della funzione regolatoria e, comunque, per il fatto che l'estensione di vincoli di tal fatta avrebbe configurato una violazione del divieto di *gold plating* imposto dalla legge delega.

Il Giudice di prime cure, tuttavia, sulla base di quanto stabilito dall'art.

⁷³ Non dissimili paiono i rilievi di E. FREDIANI, *Vigilanza collaborativa e funzione «pedagogica» dell'ANAC*, in *federalismi.it*, 23, 2017, 10 ss., il quale individua, invero, nella vigilanza collaborativa, l'esercizio di una vera e propria funzione «pedagogica» dell'Anac, tesa a «guidare», «accompagnare» e «soccorrere» le stazioni appaltanti nel concreto svolgimento dei compiti di loro pertinenza: essa assurgerebbe, dunque, a un *tertium genus* rispetto, da un lato, all'attività di regolazione *ex ante* e, dall'altro, all'attività di controllo, giudizio e sanzione *ex post*; ID., *Vigilanza collaborativa e supporto in itinere delle stazioni appaltanti. La funzione «pedagogica» dell'Anac*, in *Dir. e proc. amm.*, 1, 2018, 151 ss.

⁷⁴ Art. 10, comma 1 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa.

⁷⁵ Art. 2, lett. m), Allegato I.1. al d.lgs. 36/2023.

⁷⁶ Comunicato del Presidente Anac del 16 ottobre 2019, annullato dal TAR Lazio con le sentenze nn. 2606, 2607, 2611 del 7 marzo 2022 e n. 2986 del 16 marzo 2022.

⁷⁷ Delib. Anac n. 584 del 19 dicembre 2023, recante «Indicazioni relative all'obbligo di acquisizione del CIG e di pagamento del contributo in favore dell'Autorità per le fattispecie escluse dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici».

222, c. 3, lett. a), d.lgs. 36/2023 (che attribuisce all'Autorità il potere di vigilanza anche sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice), ha dichiarato tra l'altro infondata la censura dei ricorrenti «laddove (è stata) contestata) l'inesistenza dei poteri regolatori dell'Anac in riferimento ai contratti esclusi»⁷⁸. In altri termini, il TAR ha discutibilmente reputato legittimo l'implicito intervento regolatorio dell'Autorità sussumendolo nell'alveo della funzione di vigilanza, così ammettendo una perfetta sovrapposizione tra quest'ultima e la funzione di regolazione⁷⁹.

5. Vigilanza e regolazione nei comparti normativi dell'anticorruzione e degli incarichi pubblici

Il “regolare vigilando” dell'Anac nel settore dei contratti pubblici è certamente problematico sotto il profilo del rispetto del principio di legalità laddove si sostanzia in interventi con effetti vincolanti privi di fondamento normativo.

Senza negare l'incertezza circa la definizione dell'esatto perimetro della regolazione e abbracciandone, anzi, la natura funzionalmente unitaria su cui pare concorde una parte della dottrina⁸⁰, anche il comparto dell'anticorruzione è oggetto di interventi regolatori da parte dell'Autorità. In tale ambito, però, il problema del fondamento normativo non si pone negli stessi termini critici in cui si presenta in materia di contratti pubblici.

La l. 190/2012, infatti, individua l'Autorità nazionale anticorruzione quale principale attore istituzionale per l'attuazione delle strategie di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione elaborate a livello nazionale e internazionale⁸¹.

Tra gli strumenti a disposizione dell'Autorità per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni corruttivi, una particolare importanza è assunta dal Piano

⁷⁸ TAR Lazio, sez. I-Stralcio, 14 maggio 2024, n. 9492.

⁷⁹ Con sentenza n. 2776 del 2 aprile 2025, la sez. V del Consiglio di Stato ha rigettato l'appello proposto contro la decisione del TAR Lazio, senza peraltro affrontare esplicitamente il profilo qui messo in evidenza relativo alla critica sovrapposizione tra vigilanza e regolazione.

⁸⁰ V. *supra* par. 2.

⁸¹ La legge 6 novembre 2012, n. 190 («Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione») è stata emanata in attuazione dell'art. 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116, e degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione (Strasburgo, 27 gennaio 1999) ratificata ai sensi della legge 28 giugno 2012, n. 110. In argomento, cfr. B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO, (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, *passim*.

nazionale anticorruzione (“PNA”)⁸², che è un atto generale di indirizzo di durata triennale (annualmente aggiornato), e che, unitamente agli altri atti di regolazione adottati dall’Anac ai sensi della l. 190/2012 e del d.lgs. 33/2013, rappresenta per le amministrazioni con più di cinquanta dipendenti la cornice giuridica entro la quale predisporre l’apposita sottosezione «Rischi corruttivi e trasparenza» del Piano integrato di attività e organizzazione (“PIAO”)⁸³.

La «parte generale» del PNA 2022 attualmente vigente fornisce indicazioni metodologiche e operative circa la predisposizione e il monitoraggio della pianificazione delle misure di prevenzione della corruzione e della trasparenza alla luce delle novità introdotte dalla disciplina sul PIAO.

Come del resto confermato dall’esame dei previgenti piani nazionali, anche le raccomandazioni e gli orientamenti contenuti nel PNA 2022 si traducono a ben vedere in molteplici vincoli conformativi dell’attività delle amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001, in ordine, per esempio, alla definizione degli obiettivi strategici di prevenzione della corruzione e della trasparenza, all’analisi del contesto esterno e alla mappatura dei processi, all’adozione di determinate misure organizzative di prevenzione del rischio corruttivo, all’individuazione di specifici indicatori quantitativi e qualitativi di monitoraggio, alla programmazione degli obiettivi e all’individuazione delle misure per assicurare la trasparenza amministrativa⁸⁴.

Il PNA è pure indirizzato ai soggetti indicati nell’art. 2-*bis*, comma 2, d.lgs. 33/2013 (ossia, gli enti di diritto privato in controllo pubblico⁸⁵), i quali

⁸² Art. 1, comma 2-*bis*, l. 190/2012.

⁸³ Art. 6, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, conv. nella l. 6 agosto 2021, n. 113 e art. 3, DM 30 giugno 2022, n. 132 («Regolamento recante definizione del contenuto del Piano integrato di attività e organizzazione»). L’art. 6 di detto DM ha altresì individuato modalità semplificate di redazione del PIAO per le amministrazioni con meno di cinquanta dipendenti: al riguardo v. delib. Anac n. 31 del 30 gennaio 2025 (Aggiornamento 2024 PNA 2022). Risulta, invece, confermato l’obbligo di adozione del piano triennale per la prevenzione della corruzione (“PTPCT”) ai sensi dell’art. 1, commi 5 e 8 della l. 190/2012 da parte degli enti pubblici economici, delle Autorità indipendenti, nonché dalle scuole e istituzioni educative (cfr. PNA 2022, par. 2.2).

⁸⁴ V. par. 3 del PNA 2022.

⁸⁵ Segnatamente: gli enti pubblici economici e gli ordini professionali; le società in controllo pubblico *ex* art. 2, comma 1, lett. m), d.lgs. 175/2016 (a eccezione delle società quotate *ex* art. 2, comma 1, lett. p), d.lgs. 175/2016, nonché delle società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche); le associazioni, le fondazioni e gli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell’ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei

sono tenuti a stabilire misure di prevenzione della corruzione «integrative» di quelle adottate ai sensi del d.lgs. 231/2001, in relazione alle attività svolte e alle proprie specificità organizzative⁸⁶.

Pur in assenza di una chiara base legislativa⁸⁷, anche nei confronti degli enti di diritto privato non sottoposti a controllo pubblico⁸⁸ è stata «promossa» da parte dell'Anac l'adozione di misure per la prevenzione della corruzione in relazione a tutte le attività svolte, nonché l'adozione del modello di organizzazione e gestione *ex* d.lgs. 231/2001 e il ricorso a specifici protocolli di legalità⁸⁹.

A dispetto della espressa qualificazione in termini di «atti di indirizzo» del PNA, dei PTCPT, dei loro aggiornamenti annuali, nonché degli altri atti di regolazione in materia⁹⁰, l'effettività delle misure di prevenzione della corruzione adottate dalle pubbliche amministrazioni è presidiata da un significativo potere di vigilanza dell'Autorità, esercitato attraverso penetranti poteri ispettivi cui possono eventualmente seguire ordini – pur sprovvisti di forza vincolante in assenza di espressi poteri sostitutivi⁹¹ – di adozione di atti o provvedimenti richiesti dai piani o dalle regole sulla trasparenza (o di rimozione di comportamenti o atti con essi contrastanti)⁹².

Nelle ipotesi più gravi di totale assenza della pianificazione dei rischi corruttivi e della trasparenza per mancata adozione del PIAO è peraltro fatto divie-

componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni.

86 Cfr. Det. Anac n. 1134 dell'8 novembre 2017 recante «Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici». Cfr. anche delibera n. 777 del 24 novembre 2021 con cui l'Anac ha introdotto semplificazioni per l'applicazione della normativa anticorruzione e trasparenza agli ordini e collegi professionali.

87 L'art. 1, comma 2-*bis*, l. 190/2012, infatti, fa espresso riferimento soltanto alle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001 e ai soggetti di cui all'art. 2-*bis*, comma 2, d.lgs. 33/2013.

88 Art. 2-*bis*, comma 3 del d.lgs. 33/2013. Trattasi, in particolare, delle società a partecipazione pubblica, delle associazioni, delle fondazioni e degli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici.

89 Det. Anac n. 1134/2017, par. 3.4.1.

90 Cfr. art. 11 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di prevenzione della corruzione.

91 Così Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2021, n. 8336.

92 Art. 1, comma 2, lett. f) e comma 3, l. 190/2012. Con delib. Anac n. 330 del 29 marzo 2017, pubblicata nella Gazz. Uff. n. 91 del 19 aprile 2017, è stato approvato il «Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di prevenzione della corruzione», successivamente integrato dalla delib. n. 654 del 22 settembre 2021.

to di erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti responsabili dell'inadempienza, che a certe condizioni possono anche incorrere in una fattispecie di responsabilità amministrativa⁹³. Resta comunque fermo il potere dell'Anac di applicare una sanzione amministrativa pecuniaria non inferiore nel minimo a euro 1.000 e non superiore nel massimo a euro 10.000, nel caso in cui il soggetto obbligato abbia omissso l'adozione dei PTPCT, dei programmi triennali di trasparenza o dei codici di comportamento⁹⁴.

Una "costola" della disciplina in tema di anticorruzione è quella riguardante l'inconferibilità e l'incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e gli enti privati in controllo pubblico⁹⁵.

In base all'art. 16, comma 1 del d.lgs. 39/2013, l'Autorità, insieme al responsabile per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza di ciascuna amministrazione⁹⁶, svolge una funzione di vigilanza sul rispetto delle disposizioni contenute nel predetto decreto, espletata in conformità a una direttiva programmatica approvata entro il 31 gennaio di ogni anno e al «Piano annuale delle ispezioni»⁹⁷. L'esercizio di tale attività può anche culminare in provvedimenti

⁹³ Art. 6, comma 7, d.l. 80/2021, cit.

⁹⁴ Art. 19, comma 5, lett. b), d.l. 90/2014, conv. nella l. 114/2014. Sul punto, cfr. «Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione per l'omessa adozione dei Piani triennali di prevenzione della corruzione, dei Programmi triennali di trasparenza, dei Codici di comportamento», approvato dall'Anac il 9 settembre 2014 e pubblicato sulla Gazz. Uff. n. 233 del 7 ottobre 2014, successivamente integrato dalla delib. n. 437 del 12 maggio 2021. V. anche linee guida Anac n. 1134 dell'8 novembre 2017, in merito all'ipotesi di mancata adozione, da parte delle società e degli enti in controllo pubblico, del documento contenente le misure integrative del "modello 231".

⁹⁵ In argomento, cfr. F. MERLONI, *Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche: l'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi (art. 1, commi 49 e 50)*, in B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 191 ss.; ID, *Il regime delle inconferibilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 8-9, 2013, 806 ss.; M. RAMAJOLI, *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni*, in *Nuove Autonomie*, 3, 2014, 577 ss.; V. SESSA, *Funzioni e poteri in materia di accertamento di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e gli enti privati in controllo pubblico*, in *giustamm.it*, 2, 2017.

⁹⁶ Ai sensi dell'art. 15, commi 1 e 2, d.lgs. 39/2013, il responsabile del piano anticorruzione «(...) cura, anche attraverso le disposizioni del piano anticorruzione, che ... siano rispettate le disposizioni del presente decreto sulla inconferibilità e incompatibilità degli incarichi. A tale fine il responsabile contesta all'interessato l'esistenza o l'insorgere delle situazioni di inconferibilità o incompatibilità di cui al presente decreto. Il responsabile segnala i casi di possibile violazione delle disposizioni del presente decreto all'Autorità nazionale anticorruzione, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini dell'esercizio delle funzioni di cui alla legge 20 luglio 2004, n. 215, nonché alla Corte dei conti, per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative».

⁹⁷ Cfr. Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi nonché sul rispetto delle regole di comportamento dei pubblici funzionari, pubblicato nella Gazz. Uff. n. 91 del 19 aprile 2017, successivamente integrato

di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi⁹⁸ o di situazioni di conflitto di interesse⁹⁹, i quali invero esulano dall'oggetto della presente indagine non configurando atti regolatori di indirizzo in senso proprio bensì accertamenti costitutivi di effetti giuridici rilevanti soltanto per singole fattispecie¹⁰⁰.

Non mancano tuttavia potestà regolatorie anche in questa specifica porzione ordinamentale, seppure implicitamente ricavate dalla generale funzione di vigilanza dell'Autorità.

Ci si riferisce, in particolare, all'ipotesi di divieto di *pantouflage* prevista dall'art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001, definita dall'Anac alla stregua di una situazione di conflitto di interessi da inquadrare come «incompatibilità successiva»¹⁰¹. In tal caso, il potere di vigilanza dell'Autorità *in subjecta materia* ha discutibilmente costituito la base legale non solo per il riconoscimento pretorio di una implicita competenza a garantire l'esecuzione delle conseguenze sanzio-

dalla delib. n. 654 del 22 settembre 2021. Le ispezioni sono svolte secondo le modalità operative contenute nelle «Linee guida per lo svolgimento delle ispezioni», approvate dal Consiglio dell'Autorità il 21 febbraio 2018.

98 Ai sensi dell'art. 16, comma 2, d.lgs. 39/2013, l'Anac può anche sospendere la procedura di conferimento dell'incarico con un proprio provvedimento che contiene osservazioni o rilievi sull'atto di conferimento, nonché segnalare il caso alla Corte dei conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative. Qualora l'amministrazione interessata intenda comunque procedere al conferimento dell'incarico è tenuta a motivare l'atto tenendo conto delle osservazioni dell'Autorità. In base all'art. 19, comma 1 del d.lgs. 39/2013, gli incarichi conferiti in violazione delle disposizioni di cui al predetto decreto e i relativi contratti sono nulli. I componenti degli organi che abbiano conferito i predetti incarichi, oltre a essere responsabili per le conseguenze economiche degli atti adottati, non possono per tre mesi conferire gli incarichi di loro competenza, il cui relativo potere è esercitato, per i ministeri, dal Presidente del Consiglio dei ministri e, per gli altri enti pubblici, dall'amministrazione vigilante. In presenza, invece, di una situazione di incompatibilità l'incarico decade e il relativo contratto si intende risolto, una volta decorso il termine perentorio di quindici giorni dalla contestazione all'interessato dell'insorgere della causa di incompatibilità.

99 In ordine al tema generale del conflitto di interessi all'interno della p.a., la letteratura è copiosa: *ex multis*, v. B. G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007; ID, *Il conflitto di interessi dei pubblici funzionari*, in F. PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011, 63 ss.; G. RANDO, *Il conflitto d'interessi nell'esercizio di funzioni pubbliche. Spunti di Diritto comparato per una riforma nell'ordinamento italiano*, Benevento, 2015; G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016.

100 Sulla delicata questione circa la configurabilità di ordini impliciti nei confronti dell'ente vigilato in caso di accertamento di una fattispecie di inconfiribilità o incompatibilità ai sensi del d.lgs. 39/2013, se si vuole, v. P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 194 ss. e la giurisprudenza amministrativa ivi citata, tra cui, in particolare, Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126. Più di recente sul tema v. TAR Lazio, sez. I Stralcio, 19 aprile 2024, n. 7797.

101 PNA 2022, 18.

natorie previste dalla norma che vieta il *pantouflage*¹⁰², ma anche per l'adozione di uno specifico atto regolatorio in materia, con cui è stato precisato sia l'ambito di applicazione del divieto in questione, sia i connessi profili sanzionatori (nullità dei contratti conclusi e degli incarichi conferiti in violazione del divieto; obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati; divieto di contrattare con la pubblica amministrazione)¹⁰³.

Una puntuale funzione sostanzialmente normativa, invece, è stata espressamente conferita in materia di *whistleblowing* ai sensi dell'art. 10, d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24¹⁰⁴. In tal caso, l'Anac, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, ha adottato apposite linee guida relative alle procedure per la presentazione e la gestione delle «segnalazioni esterne», vale a dire delle comunicazioni delle informazioni sui comportamenti, atti od omissioni, elencati nell'art. 2, comma 1, lett. a) del d.lgs. 24/2023, che ledono l'interesse pubblico o l'integrità dell'amministrazione pubblica¹⁰⁵.

6. La regolazione delle misure sulla trasparenza amministrativa

Un altro rilevante ambito di intervento dell'Autorità nazionale anticorruzione ha per oggetto la trasparenza dell'attività (e dell'organizzazione) amministrativa, assunta a livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e

102 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 2019, n. 7411: «pur non disconoscendosi il principio generale alla stregua del quale le norme di legge attributive di competenze sono affidate, di massima, a criteri di elencazione analitica piuttosto che a clausole generali fondanti un potere implicito, si deve convenire che nella specie, per le peculiari ragioni logico-sistematiche ora esposte, l'art. 13 del d.lgs. n. 39 del 2013 sancisce una specifica, ancorché non testuale, attribuzione di competenza in favore dell'ANAC anche in ordine all'accertamento della nullità dei contratti di cui si tratta (in quanto naturale e coerente predicato dell'attribuzione della competenza ad accertare le violazioni del sistema)».

103 Linee guida n. 1 in tema di c.d. divieto di *pantouflage* - art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001, adottate con delib. n. 493 del 25 settembre 2024.

104 Adottato in attuazione della direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali.

105 Linee guida relative alle procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne, approvate con delib. n. 311 del 12 luglio 2023. Esse prevedono l'utilizzo di modalità anche informatiche e promuovono il ricorso a strumenti di crittografia per garantire la riservatezza dell'identità della persona segnalante, della persona coinvolta o menzionata nella segnalazione, nonché del contenuto delle segnalazioni e della relativa documentazione, al fine proteggere tali soggetti contro ogni misura discriminatoria incidente sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia. L'art. 21 del d.lgs. 24/2023 ha peraltro previsto in capo all'Autorità la possibilità di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie anche particolarmente ingenti in caso di violazione di detta disciplina.

civili ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione¹⁰⁶, e rispetto alla quale alcune scelte di politica legislativa sono apparse inequivoche nel valorizzarne la strumentalità agli obiettivi di prevenzione e di contrasto dei fenomeni corruttivi¹⁰⁷.

Difatti il legislatore ha conferito proprio all'Anac il ruolo di "custode" del corretto adempimento dei numerosi obblighi di pubblicazione di dati e di informazioni posti a carico dei soggetti pubblici. Essa, in particolare, esercita poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle amministrazioni e ordina, entro un termine non superiore a trenta giorni, di adottare gli atti o i provvedimenti richiesti dalla normativa vigente ovvero di rimuovere i comportamenti o gli atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza¹⁰⁸.

L'Autorità, inoltre, controlla l'operato dei responsabili per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza (ai quali può chiedere il rendiconto sui risultati del controllo svolto all'interno delle amministrazioni) e dell'organismo

106 Art. 1, comma 15, l. 190/2012. In argomento *ex multis* v. M. OCCHIENA, *Il principio di trasparenza*, in M. RENNA, F. SAIITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 141 ss.

107 Depongono in questo senso le numerose norme in tema di lotta all'illegalità e alla corruzione (l. n. 190/2012; d.lgs. n. 33/2013, come modificato dal d.lgs. n. 97/2016, oltre al d.lgs. n. 39/2013, su incompatibilità e inconfiribilità degli incarichi all'interno delle pubbliche amministrazioni). In argomento, v. *amplius* E. CARLONI, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, in *Dir. amm.*, 3, 2019, 497 ss. In proposito, si è anche parlato di una «duplice declinazione del principio di trasparenza» (M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/4, 2013, 662-663), volta, da un lato, a fungere da argine ai rischi di corruzione e, dall'altro, a plasmare un modello di amministrazione aperta e al servizio dei cittadini. Anche il Consiglio di Stato, nel parere n. 515/2016, ha affermato che: «(l)a trasparenza si pone (...) non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come strumento ordinario e primario di ravvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, destinata sempre più ad assumere i contorni di una "casa di vetro", nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall'articolo 2 della Costituzione, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri».

108 V. art. 45, comma 1, d.lgs. 33/2013 e già l'art. 1, comma 2, lett. f) e comma 3, l. 190/2012. L'Anac, con delib. n. 329 del 29 marzo 2017 ha approvato il «Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza sul rispetto degli obblighi di pubblicazione di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33», successivamente modificato e integrato dalla delib. n. 654 del 22 settembre 2021. Ai sensi dell'art. 20, comma 3 del predetto Regolamento, in caso di mancato riscontro a uno degli atti conclusivi del procedimento di vigilanza, l'Anac adotta un «atto di constatazione» (pubblicato sul sito istituzionale dell'Autorità) del mancato adeguamento dell'amministrazione interessata, che viene comunicato, ai sensi dell'art. 45, comma 4, d.lgs. n. 33/2013, all'ufficio competente all'attivazione del procedimento disciplinare a carico del responsabile della pubblicazione o del dirigente tenuto alla trasmissione delle informazioni, nonché ai vertici politici delle amministrazioni, agli OIV e, se del caso, alla Corte dei conti, ai fini dell'attivazione delle altre forme di responsabilità.

indipendente di valutazione (a cui può chiedere ulteriori informazioni sul controllo dell'esatto adempimento degli obblighi di trasparenza previsti dalla normativa vigente)¹⁰⁹. La mancata o incompleta comunicazione delle informazioni e dei dati in merito a ipotesi specifiche¹¹⁰ comporta peraltro l'irrogazione, da parte dell'Autorità, di una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 10.000 euro a carico del responsabile della mancata comunicazione¹¹¹.

Il ruolo dell'Anac non si riduce, tuttavia, allo svolgimento delle funzioni di vigilanza e di controllo sul rispetto della normativa sulla trasparenza amministrativa. Essa, infatti, è titolare di ulteriori poteri regolatori di "completamento" della disciplina posta a livello legislativo, alcuni dei quali ispirati a generali obiettivi di semplificazione amministrativa e di ausilio nei confronti dei soggetti pubblici chiamati a dare attuazione alla disciplina in questione.

L'Autorità definisce, ad esempio, criteri, modelli e schemi standard per l'organizzazione, la codificazione e la rappresentazione dei documenti, delle informazioni e dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria (nonché relativamente all'organizzazione della sezione «Amministrazione trasparente»)¹¹², ai quali le amministrazioni sono tenute a conformarsi¹¹³.

A questo riguardo, con delibera n. 495 del 25 settembre 2024 l'Autorità ha di recente approvato tre «schemi» ai fini dell'adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dagli artt. 4-*bis* (utilizzo delle risorse pubbliche), 13 (organizzazione) e 31 (controlli su attività e organizzazione) del d.lgs. 33/2013, concedendo alle amministrazioni interessate un periodo transitorio di dodici

¹⁰⁹ Art. 45, comma 2, d.lgs. 33/2013.

¹¹⁰ Cfr. art. 47, d.lgs. n. 33/2013.

¹¹¹ Cfr. il regolamento Anac «in materia di esercizio del potere sanzionatorio ai sensi dell'articolo 47 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, come modificato dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97», pubblicato nella Gazz. Uff. n. 284 del 5 dicembre 2016, successivamente modificato e integrato dalla delib. n. 438 del 12 maggio 2021.

¹¹² In particolare, tali modelli recano disposizioni finalizzate: a) ad assicurare il coordinamento informativo e informatico dei dati, per la soddisfazione delle esigenze di uniformità delle modalità di codifica e di rappresentazione delle informazioni e dei dati pubblici, della loro confrontabilità e della loro successiva rielaborazione; b) a definire, anche per specifici settori e tipologie di dati, i requisiti di qualità delle informazioni diffuse, individuando, in particolare, i necessari adeguamenti da parte di singole amministrazioni con propri regolamenti, le procedure di validazione, i controlli anche sostitutivi, le competenze professionali richieste per la gestione delle informazioni diffuse attraverso i siti istituzionali, nonché i meccanismi di garanzia e correzione attivabili su richiesta di chiunque vi abbia interesse (art. 48, comma 4, d.lgs. 33/2013).

¹¹³ Ai sensi dell'art. 48, comma 3, d.lgs. n. 33/2013, tali "modelli" sono adottati dall'Anac, sentiti il Garante per la protezione dei dati personali, la Conferenza unificata, l'Agenzia Italia Digitale, la Civit e l'Istat.

mesi per aggiornare la sezione «Amministrazione trasparente» dei propri siti istituzionali in conformità ai predetti modelli. Inoltre, sono stati resi disponibili – pur non essendo ancora stati definitivamente approvati – dieci ulteriori «schemi» elaborati in riferimento a taluni obblighi di pubblicazione disseminati nel d.lgs. 33/2013 a cui le amministrazioni interessate possono spontaneamente adeguarsi nello stesso periodo transitorio¹¹⁴.

In aggiunta, l'Anac, sentito il Garante per la protezione dei dati personali nel caso in cui siano coinvolti dati personali, con propria delibera adottata, previa consultazione pubblica, in conformità con i principi di proporzionalità e di semplificazione, e all'esclusivo fine di ridurre gli oneri gravanti sui soggetti di cui all'articolo 2-*bis*¹¹⁵, può identificare i dati, le informazioni e i documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della disciplina vigente per i quali la pubblicazione in forma integrale è sostituita con quella di informazioni riassuntive, elaborate per aggregazione¹¹⁶.

L'Autorità, inoltre, con il Piano nazionale anticorruzione può precisare gli obblighi di pubblicazione e le relative modalità di attuazione, in relazione alla natura dei soggetti, alla loro dimensione organizzativa e alle attività svolte, prevedendo in particolare modalità semplificate per i comuni con popolazione inferiore a 15.000 abitanti, per gli ordini e collegi professionali¹¹⁷.

Al riguardo, per esempio, sono state adottate delle linee guida al fine di operare una generale ricognizione dell'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione del d.lgs. 33/2013¹¹⁸, anche se non è apparsa coerente con la trama legislativa la scelta dell'Autorità di intervenire «con appositi atti di regolazione» integrativi del PNA¹¹⁹, quando a rigore è la legge a prescrivere lo strumento giuri-

114 V. delib. 495 del 25 settembre 2024 e relativi allegati.

115 L'art. 2-*bis*, d.lgs. n. 33/2013 individua l'ambito di applicazione soggettivo del decreto.

116 V. art. 3, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 33/2013. Non risulta che l'Anac abbia esercitato questa specifica competenza regolatoria anche a causa dell'incerta interpretazione della norma attributiva del potere, come ha rilevato F. CAPORALE, *La parabola degli obblighi di pubblicazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2021, 866.

117 V. art. 3, comma 1-*ter*, d.lgs. n. 33/2013. Per una sintesi delle misure adottate dall'Anac in attuazione di tale disposizione, v. M. FILICE, *Gli strumenti di semplificazione della trasparenza: stato dell'arte e possibili sviluppi*, in *federalismi.it*, 16, 2024, 252 ss.

118 Delib. Anac n. 1310 del 28 dicembre 2016.

119 Cfr. il previgente PNA 2016, par. 7.1: «Oltre alle specifiche Linee guida dedicate alle società e agli altri enti di diritto privato partecipati, destinate alla modifica della determinazione n. 8 del 2015, questa Autorità adotterà Linee guida, sempre integrative del PNA, con le quali operare una generale ricognizione dell'ambito soggettivo e oggettivo degli obblighi di trasparenza delle p.a., in sostituzione delle Linee guida di cui alla delibera CIVIT n. 50/2013».

dico – il PNA e non le linee guida – col quale l'Anac può “modulare” (sentiti, peraltro, il Comitato interministeriale per la prevenzione e il contrasto della corruzione e dell'illegalità nella p.a.¹²⁰ e la Conferenza unificata)¹²¹ gli obblighi di pubblicazione e le relative modalità di attuazione previsti dalla normativa vigente¹²². Analogo discorso dovrebbe valere per le linee guida recanti indicazioni sull'attuazione dell'art. 14 del d.lgs. 33/2013¹²³, relativo agli obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali¹²⁴.

Ancora, l'Anac, sulla base di una valutazione del rischio corruttivo, delle esigenze di semplificazione e delle richieste di accesso, determina, anche su proposta del Garante per la protezione dei dati personali, i casi in cui la durata della pubblicazione del dato e del documento può essere inferiore a 5 anni¹²⁵.

Infine, all'Autorità, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza unificata, è demandato il compito di definire con linee guida, «recanti indicazioni operative», le esclusioni e i limiti al c.d. accesso civico “generalizzato” di cui all'art. 5-*bis*, d.lgs. n. 33/2013¹²⁶.

120 Istituito con DPCM 16 gennaio 2013. Il Comitato è composto dal Presidente del Consiglio dei ministri, che lo presiede, dal Ministro per la pubblica amministrazione, dal Ministro della giustizia e dal Ministro dell'interno.

121 Cfr. art. 1, comma 2-*bis*, l. n. 190/2012.

122 Già in passato l'Anac aveva adottato linee guida “integrative” del PNA: cfr., ad esempio, delib. Anac n. 430 del 13 aprile 2016, recante «Linee guida sull'applicazione alle istituzioni scolastiche delle disposizioni di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190 e al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33»; oppure cfr. delib. Anac n. 8 del 17 giugno 2015, recante «Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici»: «(l)e presenti Linee guida incidono sulla disciplina già prevista dal PNA e ne comportano una rivisitazione. Pertanto, vista la coincidenza delle questioni trattate, le Linee guida integrano e sostituiscono, laddove non compatibili, i contenuti del PNA in materia di misure di prevenzione della corruzione e di trasparenza che devono essere adottate dagli enti pubblici economici, dagli enti di diritto privato in controllo pubblico e dalle società a partecipazione pubblica». Con det. n. 1134 dell'8 novembre 2017 sono state adottate nuove linee guida in materia sostitutive delle precedenti: sul punto, cfr. anche il parere del Cons. Stato comm. spec., 20 aprile 2017, n. 1257.

123 Adottate con delib. Anac n. 241 dell'8 marzo 2017.

124 Con sentenza 21 febbraio 2019, n. 20, la Corte costituzionale ha dichiarato, tra l'altro, l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1 del d.lgs. 33/2013, nella parte in cui prevedeva che le pubbliche amministrazioni pubblicassero i dati di cui alla lett. f) anche per tutti i titolari di incarichi dirigenziali, a qualsiasi titolo conferiti, ivi inclusi quelli conferiti discrezionalmente dall'organo di indirizzo politico senza procedure pubbliche di selezione, anziché solo per i titolari degli incarichi dirigenziali previsti dall'art. 19, commi 3 e 4, d.lgs. 165/2001.

125 V. art. 8, comma 3-*bis*, d.lgs. 33/2013.

126 V. art. 5-*bis*, comma 6, d.lgs. n. 33/2013. Cfr. delib. Anac n. 1309 del 28 dicembre 2016, pubblicata nella Gazz. Uff. 10 gennaio 2017, n. 7.

Si tratta, evidentemente, di una estesa gamma di poteri che, in taluni casi, tendono a innovare l'ordinamento con il rischio potenziale di introdurre ulteriori oneri in capo alle amministrazioni in assenza di una adeguata copertura legislativa¹²⁷.

Una simile circostanza non è sfuggita al Consiglio di Stato, il quale, con riguardo, ad esempio, al «singolare e atipico potere di delegificazione» di cui all'art. 3, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 33/2013 – consistente nella possibilità di sostituire la pubblicazione in forma integrale di dati, informazioni e documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria con quella di informazioni riassuntive, elaborate per aggregazione – ha affermato che esso «appare giustificabile esclusivamente nell'interpretazione funzionale, consentita dai criteri di delega, che limiti la finalizzazione di tale potere alla effettiva semplificazione (richiamata a livello di principio nel testo) e alla correlata riduzione degli oneri»¹²⁸.

La semplificazione è anche il criterio in ordine al quale l'Anac deve attenersi per l'adozione delle linee guida tese a definire le esclusioni e i limiti all'accesso civico “generalizzato”¹²⁹. Le linee guida in questione devono, infatti, limitarsi a recare «indicazioni operative» (come tali non vincolanti nei confronti delle amministrazioni) per l'individuazione delle fattispecie che potrebbero astrattamente impedire l'ostensione dei dati e dei documenti che non siano oggetto di pubblicazione obbligatoria secondo la normativa vigente.

Ciò dovrebbe, dunque, rappresentare un concreto ausilio per l'esercizio della discrezionalità delle amministrazioni nella valutazione delle istanze di accesso civico “generalizzato”, anche se la scelta di affidare un siffatto compito (sebbene previa intesa col Garante per la *privacy* e sentita la Conferenza unificata) all'Autorità che si occupa di (e presidia la) trasparenza tende a indicare una aprioristica preferenza del legislatore a una stretta interpretazione delle deroghe

127 Di poteri impliciti dell'Anac in materia di trasparenza amministrativa sembra riferirsi anche F. DI CRISTINA, *L'Autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, in *Dir. econ.*, 2, 2016, 509 ss.

128 Cons. Stato, sez. atti normativi, 24 febbraio 2016, n. 515.

129 Ai sensi dell'art. 5-*bis*, commi 1-3, d.lgs. n. 33/2013, l'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela degli interessi pubblici (es. sicurezza pubblica e ordine pubblico, difesa e questioni militari, relazioni internazionali, etc...), o di quelli privati (es. protezione dei dati personali, libertà e segretezza della corrispondenza, etc...) indicati dalla norma. Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è, poi, escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge.

alla *full disclosure* previste dall'art. 5-*bis*, commi 1-3, d.lgs. n. 33/2013¹³⁰.

In effetti, le linee guida operative adottate dall'Anac sembrano confermare questa preferenza laddove prevedono, in termini discutibilmente prescrittivi, che «l'amministrazione (sia) tenuta (...) a privilegiare la scelta che, pur non oltrepassando i limiti di ciò che può essere ragionevolmente richiesto, sia la più favorevole al diritto di accesso del richiedente»¹³¹, con ciò suscitando comprensibilmente i rilievi del Garante per la *privacy*, chiamato a tutelare un interesse pubblico concorrente a quello perseguito dall'Anac¹³².

Ad ogni modo, se, da un lato, le linee guida in esame appaiono in linea col dettato legislativo quando, ad esempio, indicano, in funzione esemplificativa e di mero ausilio nei confronti delle amministrazioni, le fattispecie che possono astrattamente integrare le eccezioni «assolute» e «relative» stabilite dalla norma¹³³, dall'altro lato, esse potrebbero talora tradursi – in assenza, peraltro, di una casistica debitamente documentata – in un aggravio di oneri organizzativi e procedurali collidente con con gli obiettivi di semplificazione più volte evocati.

Le linee guida, infatti, “suggeriscono” di adottare, «nel più breve tempo possibile», «adeguate» soluzioni organizzative («quali, ad esempio, la concentrazione della competenza a decidere sulle richieste di accesso in un unico

130 E invero, il Consiglio di Stato, nel parere n. 515 del 24 febbraio 2016, aveva rilevato che: «(i)n mancanza di criteri più dettagliati per la valutazione del pregiudizio che la pubblicazione potrebbe arrecare agli interessi tutelati, le amministrazioni (...) potrebbero essere indotte ad utilizzare la propria discrezionalità nella maniera più ampia, al fine di estendere gli ambiti non aperti alla trasparenza, e sicuramente la genericità di alcune previsioni, pur riferite a tematiche “sensibili” (come, a titolo di esempio, le “questioni militari” o le “relazioni internazionali”) potrebbe essere motivo dell'insorgenza di ulteriore contenzioso. Tali criteri potrebbero essere forniti con linee guida appositamente adottate per meglio chiarire le incertezze di siffatta disciplina derogatoria».

131 delib. Anac n. 1309 del 28 dicembre 2016, par. 5.2.

132 Atto di intesa dell'Autorità Garante per la Protezione dei dati personali n. 5860807 del 15 dicembre 2016: «(t)ale inciso non può essere inteso nel senso di accordare una generale prevalenza al diritto di accesso generalizzato a scapito di altri diritti ugualmente riconosciuti dall'ordinamento (quali, ad esempio, quello alla riservatezza e alla protezione dei dati personali), in quanto in tal modo si vanificherebbe il necessario bilanciamento degli interessi in gioco che richiede un approccio equilibrato nella ponderazione dei diversi diritti coinvolti, tale da evitare che i diritti fondamentali di eventuali controinteressati possano essere gravemente pregiudicati dalla messa a disposizione a terzi - non adeguatamente ponderata - di dati, informazioni e documenti che li riguardano».

133 In particolare, appare utile a livello operativo la ricognizione, in via esemplificativa, delle ipotesi di segreto e di divieto di divulgazione disseminate nell'ordinamento (par. 6.2), oppure l'indicazione delle ipotesi che possono dar luogo a un pregiudizio concreto alla tutela degli interessi pubblici e privati indicati dall'art. 5-*bis*, d.lgs. n. 33/2013 (par. 7).

ufficio»); di emanare una «disciplina interna» sulle diverse tipologie di accesso, nonché di istituire presso ogni amministrazione un registro delle richieste di accesso presentate. Parimenti, esse prescrivono, in termini procedurali, una motivazione «congrua e completa» (e, dunque, sembrerebbe “rinforzata” rispetto a quanto previsto dall’art. 3, l. 241/1990) nei casi di diniego totale o parziale di tutte le istanze di accesso civico “generalizzato”¹³⁴.

7. La regolazione attraverso l’attività consultiva e para-giurisdizionale

L’Autorità esercitata anche specifiche funzioni consultive¹³⁵.

Più precisamente, l’Anac esprime parere obbligatorio sugli atti di direttiva e di indirizzo, nonché sulle circolari del Ministro per la pubblica amministrazione in materia di conformità di atti e comportamenti dei funzionari pubblici alla legge, ai codici di comportamento e ai contratti, collettivi e individuali, che regolano il rapporto di lavoro pubblico¹³⁶.

L’Autorità esprime pareri facoltativi in materia di autorizzazioni *ex art.* 53 d.lgs. 165/2001 allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali, con particolare riferimento all’applicazione del divieto di *pantouflage* di cui all’art. 53, comma 16-*ter* del d.lgs. 165/2001¹³⁷.

134 Oltre alle linee guida dell’Anac, occorre ricordare che in materia esistono ulteriori atti di autolimita, quali le Linee guida del Garante per la *privacy* sui trattamenti effettuati dai soggetti pubblici per finalità di pubblicità e di trasparenza online (provvedimento n. 243 del 15 maggio 2014) e la Circolare 30 maggio 2017, n. 2 del Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione: al riguardo, cfr. M. RAMAJOLI, *La convivenza tra trasparenza e riservatezza*, in *Dir. amm.*, 2, 2024, 471 ss. (in part. 484-485).

135 Per un inquadramento dell’attività consultiva della p.a., v. M. OCCHIENA, N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Dir. econ.*, 3, 2019, 27 ss.

136 Art. 1, comma 2, lett. d), l. 190/2012. In base all’art. 115, comma 4 del DPR 16 aprile 2013, n. 129, come modificato e integrato dal DPR 13 giugno 2023, n. 81, ai fini dell’attivazione del procedimento disciplinare per violazione dei codici di comportamento, l’ufficio per i procedimenti disciplinari individuato da ciascuna amministrazione può anche chiedere all’Anac un parere facoltativo in riferimento a determinate fattispecie.

137 Art. 1, comma 2, lett. e), l. 190/2012. Secondo l’art. 53, comma 16-*ter* del d.lgs. 165/2001, «I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni ..., non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell’attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti». L’art. 21, d.lgs. 39/2013 ha esteso tale divieto anche ai soggetti titolari di uno degli incarichi di cui al

In tema di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi all'interno delle pubbliche amministrazioni, poi, l'Anac svolge una rilevante funzione consultiva mediante il rilascio di pareri obbligatori sulle direttive e le circolari ministeriali concernenti l'interpretazione delle disposizioni del d.lgs. 39/2013 e la loro applicazione alle diverse fattispecie di inconferibilità degli incarichi e di incompatibilità¹³⁸.

Al netto delle specifiche ipotesi sopra ricordate, l'Autorità svolge in ogni caso una generale attività consultiva in ordine a fattispecie concrete in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza, con riguardo alle problematiche interpretative e applicative della l. 190/2012 e dei suoi decreti attuativi e, in materia di contratti pubblici, con riferimento alle problematiche interpretative e applicative del d.lgs. 36/2023, fatta eccezione per i pareri di precontenzioso di cui all'art. 220, comma 1.

L'unico (benché estremamente generico) limite allo svolgimento di questa generale funzione consultiva è rappresentato dal fatto che la questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità presenti una particolare rilevanza sotto il profilo della novità, dell'impatto socio-economico o della significatività dei profili problematici posti in relazione alla corretta applicazione della normativa sopra menzionata¹³⁹.

L'istruttoria si svolge di norma entro il termine di centoventi giorni dal ricevimento della richiesta e culmina in una proposta di parere sottoposta all'attenzione del Consiglio. Una volta approvata, il parere è pubblicato sul sito istituzionale dell'Autorità.

Richiamando nuovamente la natura funzionalmente unitaria dell'attività di regolazione¹⁴⁰, è indubbio che la generale funzione consultiva svolta con riguardo a casi concreti possa sfociare in atti impliciti di indirizzo di respiro generale e portata uniformante, come dimostra anche l'obbligo di pubblicazione dei pareri con modalità tali da rendere immediatamente accessibile alle stazioni appaltanti e agli operatori economici la disciplina applicabile a ciascun procedi-

predetto decreto, ivi compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione, l'ente pubblico o l'ente di diritto privato in controllo pubblico stabilisce un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo.

¹³⁸ Art. 16, comma 3, d.lgs. 39/2013.

¹³⁹ Art. 2, comma 2, lett. b) del Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva di cui alla delib. n. 297 del 17 giugno 2024.

¹⁴⁰ V. *supra* par. 2.

mento¹⁴¹.

La volontà dell'Anac di imprimere una funzione sostanzialmente regolatoria alla propria attività consultiva emerge nitidamente sin dal preambolo del suo «Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva ... ai sensi della Legge 6 novembre 2012, n. 190 e dei relativi decreti attuativi e ai sensi del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 ...»¹⁴², ove è chiarito che «l'adozione di pareri non vincolanti in materia di contratti pubblici, nonché in tema di prevenzione della corruzione, richiesti con riferimento a casi concreti in ordine alla corretta interpretazione e applicazione della disciplina di settore – fatta eccezione per i pareri di precontenzioso di cui all'art. 220, comma 1, del richiamato d.lgs. n. 36/2023 – costituisce una funzione strettamente connessa con le funzioni di regolazione e di vigilanza dell'Autorità, in quanto volta a fornire indicazioni *ex ante* e ad orientare l'attività alle amministrazioni, nel pieno rispetto della discrezionalità che le caratterizza».

La commistione tra funzioni consultive, di vigilanza e regolatorie appare peraltro confermata dal fatto che le richieste di parere riferite a questioni giuridiche ritenute di interesse generale sono trasmesse agli uffici competenti per materia ai fini dell'adozione di eventuali atti regolatori e, ove ne ricorrano i presupposti, agli uffici di vigilanza¹⁴³.

In ordine alla natura giuridica dei pareri dell'Anac in materia di prevenzione della corruzione e alla loro eventuale portata lesiva, è stato precisato che essi, pur essendo resi nell'ambito del potere di vigilanza *ex art.* 16, d.lgs. 39/2013, o più in generale ai sensi dell'art. 1, l. 190/2012, «sono profondamente diversi dagli atti di accertamento dell'inconferibilità adottati dall'ente: sono resi esclusivamente su richiesta di parte; la loro adozione da parte dell'Anac non è preceduta da una comunicazione di avvio del procedimento; non sono preceduti da un'autonoma istruttoria innanzi all'Autorità in contraddittorio con tutti i soggetti interessati; non hanno effetti costitutivi (né sono

141 Art. 222, comma 16, d.lgs. 36/2023. In questi stessi termini, B. BOSCHETTI, N. BERTI, *Il ruolo dell'ANAC negli affidamenti sotto soglia*, in W. GIULIETTI, F. CAPORALE (a cura di), *I contratti sotto la soglia di rilevanza europea dopo il nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2024, 417.

142 Delib. n. 297 del 17 giugno 2024.

143 Art. 2, comma 3 del Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva di cui alla delib. n. 297 del 17 giugno 2024. Talora i pareri non vincolanti dell'Anac sono stati qualificati dalla giurisprudenza amministrativa come atti di «vigilanza collaborativa»: ad esempio, v. TAR Lazio sez. I-*quater*, ord. 24 febbraio 2022, n. 2223.

idonei *ex se* ad incidere sulla sfera giuridica di soggetti terzi, essendo rivolti solo alla pubblica amministrazione richiedente); hanno ad oggetto l'interpretazione delle disposizioni di legge in materia di inconfiribilità¹⁴⁴.

La qualificazione formale alla stregua di pareri non vincolanti, tuttavia, non ha precluso alla stessa giurisprudenza amministrativa di considerarli – per il loro contenuto sostanziale – quali accertamenti costitutivi di una situazione di inconfiribilità dell'incarico, come tali vincolanti e, dunque, direttamente lesivi per il destinatario¹⁴⁵.

Anche nel settore dei contratti pubblici è stato affermato che «l'impugnabilità di una delibera non vincolante dell'Anac non è da escludersi in senso assoluto, atteso che tale provvedimento potrebbe assumere connotazione lesiva tutte le volte in cui, riferendosi alla fattispecie concreta, di fatto incide sulla sfera giuridica dei destinatari, essendo idonea ad arrecare un *fluvius* diretto ed immediato. Ne consegue che la sua 'lesività' non va valutata in astratto o sulla base dell'inquadramento dogmatico del provvedimento, dovendosi rilevare gli effetti conformativi che lo stesso produce, nell'immediato, nei confronti dei soggetti a cui è indirizzata»¹⁴⁶. E invero, «quando le deliberazioni dell'ANAC contengono vincoli conformativi puntuali alla successiva attività dei soggetti vigilati, in capo ai quali non residuano facoltà di modulazione quanto al contenuto e all'estensione, rappresentano provvedimenti lesivi nei confronti dei quali va garantita la tutela del diritto di difesa del destinatario (art. 24 Cost.)»¹⁴⁷.

Differenti dai pareri non vincolanti sono i pareri di precontenzioso rilasciati nell'esercizio di funzioni para-giurisdizionali¹⁴⁸.

Più precisamente, su iniziativa della stazione appaltante, dell'ente concedente o di una o più delle altre parti, l'Anac esprime parere, previo contraddit-

144 TAR Lazio, sez. I-*quater*, ord. 24 febbraio 2022, n. 2223. Analogamente, di recente, v. sempre TAR Lazio, sez. I-*quater*, 13 aprile 2023, n. 6384.

145 Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 2022, n. 9684. In primo grado (TAR Lazio, sez. I, 16 maggio 2019, n. 6069), il Giudice amministrativo aveva invece qualificato l'atto in termini di parere facoltativo reso dall'Anac in materia di conferimento degli incarichi di cui all'art. 53, comma 16-*ter*, d.lgs. 165/2001, secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 2, lett. e) l. 190/2012. Più di recente, v. TAR Lazio, sez. III-*quater*, 5 settembre 2024, n. 16106.

146 Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2022, n. 11200.

147 Cons. Stato, n. 11200/2022 cit.

148 Art. 220, comma 1, d.lgs. 36/2023. In argomento, v. M. ALLENA, F. GOISIS, *I pareri di precontenzioso Anac nel nuovo Codice dei contratti pubblici: profili sostanziali e di tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2024, 344 ss.

torio, su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. L'operatore economico che abbia richiesto il parere o vi abbia aderito lo può impugnare esclusivamente per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. La stazione appaltante o l'ente concedente che non intenda conformarsi al parere comunica, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Anac, che può proporre ricorso dinanzi al TAR¹⁴⁹.

Come già evidenziato in dottrina con riguardo ad altre *authorities* provviste di poteri para-giurisdizionali¹⁵⁰, benché gli atti giustiziali di risoluzione di puntuali controversie dispieghino un'efficacia limitata alle sole parti coinvolte, essi possono nondimeno condizionare, grazie all'effetto di *moral suasion*, le dinamiche dell'intero settore o mercato di riferimento assumendo i contorni di una funzione generale di tipo regolatorio¹⁵¹.

Non si sottovalutano peraltro i rischi sottesi al «regolare giudicando» delle *authorities*, atteso che il contraddittorio «ristretto» delle procedure contenziose non si rivelerebbe sufficientemente idoneo a supplire all'ampia partecipazione che sarebbe, invece, garantita dal procedimento volto all'adozione di un atto di regolazione. Sarebbe, pertanto, illegittimo il provvedimento di carattere giustiziale che implicitamente introduca *ex post* nuove regole generali e astratte senza ricorrere agli ordinari strumenti procedimentali previsti dalla legge o dalla disciplina di settore delle singole Autorità indipendenti¹⁵².

8. Riflessioni conclusive. Garanzie e limiti per la salvaguardia delle posizioni soggettive e della semplificazione del sistema

Giunti al termine dell'analisi del principale materiale regolatorio prodotto dall'Anac anche nel mutato contesto ordinamentale, si può convenire sul fatto che i vari strumenti riconducibili alla *soft regulation* dell'Autorità siano princi-

149 V. Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 220, commi 1 e 4 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, adottato con Delibera n. 267 del 20 giugno 2023.

150 Si pensi, ad. esempio, alle decisioni dell'Arera sui reclami presentati ai sensi dell'art. 44 del d.lgs. n. 93/2011.

151 M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabilizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Riv. regolaz. mercati*, 2, 2018, 176.

152 S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013; ID, *Certezza e nuovo diritto giurisprudenziale: il regolare giudicando delle autorità indipendenti di regolazione*, in *infederalismi.it*, ottobre 2014.

palmente rivolti a soggetti pubblici e che, pur sprovvisti di immediata efficacia vincolante, non siano invero del tutto privi di efficacia giuridica¹⁵³.

Già sotto la vigenza del precedente codice dei contratti pubblici, una parte della dottrina e della giurisprudenza aveva ravvisato nelle c.d. “linee guida non vincolanti” o “per obiettivi” di cui all’art. 213, c. 2, d.lgs. 50/2016, i caratteri delle direttive amministrative (quando erano formulate in termini di suggerimenti o raccomandazioni in vista del raggiungimento di determinati obiettivi), o delle circolari interpretative (quando costituivano esplicazioni interpretative della legge o di linee guida vincolanti)¹⁵⁴. Da ciò se ne desumeva l’attitudine a determinare obblighi, seppure nella forma condizionata del *comply or explain*, costituendo pur sempre parametri di legittimità dei provvedimenti applicativi adottati dalle singole amministrazioni¹⁵⁵.

Il modello di riferimento, cioè, è quello dell’«obbligatorietà condizionata»¹⁵⁶, fatto proprio nel previgente art. 71, comma 1, d.lgs. 50/2016 e confermato nell’art. 83, c. 3, d.lgs. 36/2023, che consente ai destinatari dell’atto regolatorio (in questo caso, le stazioni appaltanti) di discostarsi dalle indicazioni in esso contenute con una puntuale motivazione che dia conto delle ragioni della diversa scelta amministrativa¹⁵⁷.

In effetti, questo è il modello che parrebbe essere applicato anche negli

153 Ad esempio, v. Tar Lazio, sez. III, 7 giugno 2016, n. 6540, par. 4.3.2, che annovera tra gli effetti “giuridici” principali degli atti riconducibili alla *soft regulation* (o *soft law*), tra cui le linee guida, «(...) quello di costituire una sorta di “scudo” per gli operatori che ne osservassero il contenuto, i quali, in questo modo, si metterebbero al riparo da possibili contestazioni (specie sotto il profilo della responsabilità civile e penale) rispetto alle scelte adottate».

154 G. MORBIDELLI, *Linee guida dell’Anac: comandi o consigli?*, cit., 305 ss. (in part. 312). La riconduzione di tali atti al potere di “direttiva” affiora anche in alcuni pareri resi dal Consiglio di Stato: comm. spec., 10 gennaio 2017, n. 22 e comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1920. V. anche TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 20 novembre 2017, n. 2704, che ha assimilato le linee guida non vincolanti a delle circolari interpretative.

155 Secondo G. MORBIDELLI, *Linee guida dell’Anac: comandi o consigli?*, cit., 312, «(...) il non vincolante vuol dire sì non normativo, ma non vuol dire né irrilevante né privo di effetti anche giuridici». Così anche F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, cit., 412, e M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, cit., 862 ss.

156 M. MAZZAMUTO, *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 230 ss.

157 Cfr. Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.5. In ordine al rafforzamento del ruolo della motivazione alla luce delle più recenti dinamiche evolutive dell’ordinamento, cfr. A. GIANNELLI, *Nuove declinazioni della decisione motivata*, in *Dir. amm.*, 4, 2024, 1023 ss.

altri ambiti di intervento non vincolante dell'Autorità¹⁵⁸ e rispetto alla cui inosservanza è attivabile il controllo giurisdizionale¹⁵⁹.

È stato invero osservato che le linee guida non vincolanti – ma lo stesso ragionamento può essere esteso a tutti gli atti di *soft regulation* dell'Anac nel rinnovato panorama normativo – fossero dotate anche di un'efficacia «esistenziale», derivante dal prestigio e dall'autorevolezza del soggetto emanante¹⁶⁰, nonché dalla funzione “protettiva” che esse svolgono verso le numerose ipotesi di responsabilità cui possono incorrere i singoli funzionari chiamati ad applicarle in concreto¹⁶¹.

Traguardato nell'ottica sistemica, infatti, l'eterogeneo materiale regolatorio prodotto dall'Anac, anche integrativo e specificativo della normativa di livello primario, può essere unitariamente colto nel comune intento di conformare l'attività discrezionale dei soggetti (soprattutto pubblici) a cui si rivolge in vista degli obiettivi legislativamente indicati.

Questa “spinta” funzionale, almeno a livello descrittivo, stempera l'esigenza di operare delle distinzioni all'interno dei vari strumenti regolatori a disposizione dell'Autorità; esigenza, questa, che riacquista, invece, tutta la sua rilevanza nel momento in cui queste “scelte” dovessero intercettare l'ordinamen-

158 Si pensi, ad esempio, alla vigilanza collaborativa dell'Anac in materia di contratti pubblici: *supra* par. 4.

159 Ad esempio, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2021, n. 8336, secondo cui «il difetto di una motivazione puntuale a giustificazione della decisione di discostarsi da una indicazione contenuta nel PNA, recepita in un atto di indirizzo del MIUR, deve essere effettivamente considerato sintomo di sviamento di potere». Secondo Cons. Stato, comm. Spec., 20 aprile 2017, n. 1257: «... la violazione delle linee guida può essere considerata, in sede giurisdizionale, come elemento sintomatico dell'eccesso di potere, sulla falsariga dell'elaborazione che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari».

160 Si pensi alla *regulation by litigation* in occasione dell'esercizio di funzioni paragiurisdizionali da parte dell'Autorità: *supra* par. 7. Già in tempi non sospetti alcuni atti di indirizzo dell'allora Autorità di vigilanza sui contratti pubblici erano stati qualificati come espressivi di «canoni oggettivi di comportamento per gli operatori del settore, la cui violazione (avrebbe) integra(to) un'ipotesi di negligenza ... essendo all'Autorità riconosciuti il ruolo di garante dell'efficienza e del corretto e trasparente funzionamento del mercato nel settore dei contratti pubblici ...»: Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2015, n. 4358, in merito ad alcuni comunicati interpretativi della normativa a suo tempo vigente. Secondo B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, cit., «la dimensione dell'effettività (della *soft law*) – ossia della sua capacità di porsi nella realtà come fatto regolante e canone di comportamento – è coesistente al suo essere e condizione stessa della sua rilevanza sul piano della giuridicità e, quindi, della sua “giustiziabilità”».

161 G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., 314 ss. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, cit., 414 ss.

to generale e le matrici della legalità¹⁶².

D'altra parte, accedendo a quella particolare «semantica» del diritto amministrativo intesa quale regime giuridico speciale a protezione delle libertà nei confronti dell'arroganza del potere¹⁶³, il “posto” riservato ai mezzi di *soft law* nel (sotto)sistema delle fonti di diritto amministrativo é piuttosto angusto, in quanto «o questi mezzi rimangono innocui (...) ovvero, ogni qual volta assumono concretamente una rilevante efficacia precettiva, verranno subito promossi ad uno scalino superiore della scala normativa graduata, quanto meno allo scalino delle fonti terziarie, per soddisfare le esigenze di legalità e di giustizia»¹⁶⁴.

Ammesso che non si traduca in determinazioni impositive di obblighi incondizionati lesive di posizioni soggettive (si pensi al “regolare vigilando” in tema di contratti esclusi)¹⁶⁵, la fisiologica duttilità della regolazione e il minor grado di precettività degli orientamenti conformativi che essa esprime rendono pure maggiormente accettabile il ricorso alla teoria dei poteri impliciti¹⁶⁶.

Quanto sinora osservato potrebbe bollare come questione puramente teorica la distinzione delle varie funzioni (regolatorie, di vigilanza, consultive, giustiziali, sanzionatorie) intestate all'Autorità, con la conseguenza che atti con diversi contenuti, finalità e regimi giuridici sarebbero riconducibili, o sotto una uniformante competenza regolatoria, o, all'opposto, nell'alveo di una totalizzante vigilanza¹⁶⁷.

162 Se si vuole, v. P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., 297 ss.

163 In argomento, v. F. FRACCHIA, *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*, Napoli, 2024, in part. 13 ss.

164 M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, 737. In termini analoghi, sui riflessi in ordine alla “giustiziabilità” degli atti di *soft regulation*, cfr. M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation, hard regulation nei mercati finanziari*, cit. V., altresì, il rapporto del Consiglio di Stato francese sul *droit souple* (Conseil d'État, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013, in www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Droit-souple), che ammette il controllo del giudice amministrativo sugli atti di *droit souple*, ove questi possano determinare lesioni di situazioni giuridiche. Sul tema della “giustiziabilità” delle linee guida dell'Anac, cfr. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, cit., 381 ss.

165 V. *supra* par. 4.

166 Cons. Stato comm. spec., 20 aprile 2017, n. 1257; Tar Lazio, sez. I, 14 febbraio 2018, n. 1735; Tar Lazio, sez. I-quater, 19 settembre 2017, n. 9828.

167 Sul tema si è occupata di recente N. VETTORI, *Autorità indipendenti e concentrazione dei poteri: distinzione delle funzioni a garanzia dei diritti*, Napoli, 2024, in part. 68 ss., che ha posto in particolare l'attenzione sulla necessità di distinguere i poteri di vigilanza dai poteri sanzionatori.

Il che potrebbe apparire giustificabile soltanto nella misura in cui la “confusione” di funzioni resti confinata all’interno dell’area degli atti privi di immediata efficacia vincolante¹⁶⁸.

Tenuto conto della nozione ampia e funzionale di regolazione che si è inteso utilizzare ai nostri fini¹⁶⁹, infatti, una rigida distinzione tra funzioni potrebbe irrimediabilmente pregiudicare il mandato istituzionale di certe *authorities*, come l’Anac, con conseguenze che si ripercuoterebbero sull’esistenza stessa di queste ultime. E invero, solo nell’ambito del sottosistema delle Autorità indipendenti pare ravvisabile una stretta contiguità tra l’“oggetto” (cioè le funzioni che esse esercitano) e il “soggetto” (le *authorities* investite delle predette funzioni), in quanto questi peculiari attori dell’ordinamento si occupano di ambiti materiali, settori o mercati che contribuiscono essi stessi a forgiare, plasmare e presiedere e che, pertanto, costituiscono di fatto il risultato della loro continua azione conformativa.

Il materiale regolatorio non vincolante, tuttavia, non può essere prodotto senza limiti a pena di alimentare i già drammatici fenomeni di *regulatory inflation* che contraddistinguono in modo particolare i settori di intervento dell’Anac e, più in generale, l’intero ordinamento non solo interno¹⁷⁰.

La “voracità” regolatoria, infatti, si può giustificare nella misura in cui sia funzionale a conseguire gli obiettivi indicati dal mandato legislativo: “guidare” e “supportare” i soggetti (prevalentemente) pubblici nell’esercizio della loro discrezionalità amministrativa, fornendo raccomandazioni, istruzioni operative e indirizzi generali, emanando indicazioni conoscitive e interpretative per prevenire incertezze esegetiche e contenziosi, indicando le migliori prassi.

Il tutto in stretta conformità al divieto di *gold plating*, espressamente richiamato in materia di contratti pubblici¹⁷¹, nonché al generale principio di

168 Invero, secondo C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell’Autorità sui contratti pubblici*, cit., in part. 51 ss., la vigilanza e la regolazione sono indistintamente e promiscuamente utilizzati nel sottosistema delle Autorità indipendenti, e ciò a prescindere dal loro carattere vincolante o meno. Già S. AMOROSINO, *Tipologie e funzioni delle vigilanze pubbliche sulle attività economiche*, in ID., *Regolazioni pubbliche, mercati, imprese*, Torino, 2008, 21 ss.

169 V. *supra* par. 2.

170 V. Rapporto Draghi, *The future of European competitiveness*, 2024, in part. v. parte A, p. 61 e parte B, p. 317.

171 Art. 1, c. 2, lett. a), l. 78/2022 e art. 222, comma 2, d.lgs. 36/2023.

semplificazione normativa che affiora anche negli altri settori di intervento dell'Autorità¹⁷² e che, nell'interesse di una maggiore stabilità del quadro regolatorio, suggerirebbe in taluni casi un più meditato *self restraint* da parte dell'Autorità.

In questo senso si può forse cogliere l'utilità che le matrici della legalità e il modello dell'obbligatorietà condizionata potrebbero produrre non solo per arginare poteri innominati a tutela dei privati, ma anche per preservare la sfera di autonomia dei soggetti pubblici rispetto a talune derive uniformanti dell'Anac.

172 Per un esempio, v. *supra* par. 6 in ordine al potere dell'Anac di identificare, «in conformità con i principi di proporzionalità e di semplificazione, e all'esclusivo fine di ridurre gli oneri gravanti sui soggetti di cui all'articolo 2-*bis*», i dati, le informazioni e i documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della disciplina vigente per i quali la pubblicazione in forma integrale è sostituita con quella di informazioni riassuntive, elaborate per aggregazione.