

---

## **Gli strumenti per la deflazione del contenzioso in materia di contratti pubblici: il ruolo delle autorità amministrative indipendenti e gli effetti sul mercato \***

### ***Alternative dispute resolution in public contracts: the role of independent administrative authorities and the effects on the market***

Matteo Pignatti

---

#### *Abstract*

Le caratteristiche della disciplina dei contratti pubblici e del contenzioso giurisdizionale nell'ordinamento giuridico italiano costituiscono fattori che incidono sulla propensione degli operatori economici a partecipare alle procedure di scelta del contraente e sulla qualità delle prestazioni contrattuali. Le autorità amministrative indipendenti, quali soggetti dotati di particolari professionalità, possono svolgere un ruolo rilevante nella deflazione del contenzioso innanzi al giudice amministrativo. Una maggiore legittimazione del loro operato in sede di risoluzione delle controversie può risultare essenziale per l'efficienza del settore dei contratti pubblici e produrre effetti positivi nel mercato.

**Parole chiave:** Contratti pubblici, Contenzioso, Metodi alternativi di risoluzione delle controversie, Autorità amministrative indipendenti, Mercato.

*The characteristics of public contracts's rules and of court litigation in the Italian legal system are factors that affect the aptitude of economic operators to take part in award procedures and the quality of contractual execution. Independent Authorities, as entities with particular professional skills, can play a significant role in the reduction of litigation in front of administrative courts. Increasing their legitimacy in dispute resolution can be essential for the efficiency of the public contracts sector and produce positive effects in the market.*

**Keywords:** Public contracts, Litigation, Alternative dispute resolution, Independent authorities, Internal Market.

**Sommario:** 1. Introduzione. – 2. I pareri di precontenzioso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione. – 3. La Camera arbitrale per i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. – 4. La legittimazione ad agire dell'ANAC in materia di contratti pubblici. – 5.

---

\* Il contributo ha ricevuto il giudizio positivo di un *referee* anonimo.

Il ruolo dell’Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato e dell’Autorità Nazionale Anticorruzione: la deflazione del contenzioso giurisdizionale e gli effetti sul mercato dei contratti pubblici.

## 1. Introduzione

L’ordinamento giuridico europeo e quello italiano si rifanno ai principi di effettività della tutela dei privati che entrano in rapporti con la Pubblica Amministrazione, di tempestività dell’azione avverso le possibili lesioni delle posizioni giuridiche soggettive e di economicità dell’attività amministrativa<sup>1</sup>.

I contratti pubblici costituiscono uno dei settori in cui il contenzioso giurisdizionale incide in maniera rilevante<sup>2</sup>. La complessità della disciplina<sup>3</sup>, le

---

<sup>1</sup> Art. 24, comma 1, Cost., “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi”. Cons. Stato, Sez. IV, 10 gennaio 2012, n. 16; Cons. Stato, Sez. IV, 15 novembre 2011, n. 6016; Cons. Stato, Sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 1163. in dottrina cfr.: ROHERSSEN, *La giustizia amministrativa nella Costituzione*, Milano, 1988, p. 8; PERFETTI, *Diritto di azione e interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004, p. 270; ABBAMONTE, *L’interesse a ricorrere oggi*, in *Foro Amm.*, TAR, 2009, p. 1267, che chiarisce come l’art. 100 della Costituzione, ove viene sancito il principio per cui i giudici amministrativi devono assicurare la giustizia nell’amministrazione, debba essere letto “secondo i principi regolativi della tutela giurisdizionale affermati nel precedente art. 24 e ulteriormente svolti per la giustizia amministrativa negli artt. 103 e 113 Cost.”. in relazione all’ordinamento giuridico europeo, a titolo esemplificativo, si v. BOVIS, *Legal Redress in Public Procurement Contracts*, in TRYBUS-CARANTA-EDELSTAM (a cura di), *EU Public Contract Law. Public Procurement and Beyond*, Bruxelles, 2014, p. 363 s.

<sup>2</sup> Cons. Stato, *Analisi di impatto del contenzioso amministrativo in materia di appalti – Biennio 2017-2018*, accessibile in <https://www.giustizia-amministrativa.it/>, in cui sono descritte le principali connotazioni del contenzioso in materia di appalti pubblici negli anni 2015-2016. Cfr.: Cons. Stato, *Analisi di impatto del contenzioso amministrativo in materia di appalti*, dicembre 2017, in [https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/56176/nsiga\\_4597886.pdf/7828bdf9-bd4c-fdd3-aa8c-56046848a892](https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/56176/nsiga_4597886.pdf/7828bdf9-bd4c-fdd3-aa8c-56046848a892), in cui si rileva che “nel 2017 sono state impugnate 3.457 procedure su 255.151 bandite (1,4%). Per il 2018 le impugnazioni sono state 3.603 a fronte di 238.101 procedure bandite (1,5%). Nonostante le impugnazioni, in termini numerici siano lievemente cresciute rispetto al biennio 2015/2016 (per il 2015 risultavano infatti depositati 3.565 ricorsi, per il 2016 n. 3.329), ove si raffronti, invece, il dato contenzioso con (l’incrementale) andamento delle procedure bandite, emerge una netta e relevantissima diminuzione del tasso di contenzioso rispetto al 2015/2016. Per il 2015 esso risultava pari a 2,61% degli appalti banditi e per il 2016 pari al 2,76%. Nel biennio 2017/2018, come anticipato, esso risulta rispettivamente dell’1,4% e dell’1,5%”.

<sup>3</sup> Per una analisi circa la disciplina si v. in ambito europeo: ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Sweet & Maxwell, Londra,

inefficienze nell'attività contrattuale e la mancanza di professionalità e di risorse delle amministrazioni pubbliche, nonché i comportamenti opportunistici di alcuni operatori economici sono fattori che condizionano negativamente il contenzioso giurisdizionale, le tempistiche di conclusione dei contratti pubblici e la qualità delle conseguenti prestazioni contrattuali.

Risultano quindi disincentivati l'ingresso di nuovi operatori economici nel settore dei contratti pubblici e la presentazione di offerte con soluzioni efficienti e/o innovative per la pubblica amministrazione.

Le modifiche apportate alla disciplina delle procedure di ricorso<sup>4</sup>, hanno individuato nelle *alternative dispute resolution* – ADR (si v. l'accordo bonario, la transazione, l'arbitrato, i pareri di precontenzioso) strumenti che, affiancati al contenzioso giurisdizionale, possono contribuire a perseguire una maggiore efficienza<sup>5</sup>.

A livello europeo, in sedici Stati membri è stato individuato un organismo

---

Sweet & Maxwell, I, 2014; RACCA-YUKINS, *Integrity and efficiency in sustainable public contracts: Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles, 2014. Nell'ordinamento giuridico italiano: CERRATO, *Anatomia giuridica di un contratto "singolare" l'appalto pubblico*, Pisa, 2021; FIORENTINO-LA CHIMIA (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni Tra innovazione sostenibilità*, Bologna, 2021.

<sup>4</sup>Direttiva CE, 11 dicembre 2007, n. 2007/66/CE, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici è stata attuata nell'ordinamento giuridico italiano con il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 che ha modificato le previsioni contenute nel codice dei contratti pubblici la disciplina UE. La disciplina in oggetto è stata successivamente quasi interamente trasfusa all'interno del codice del processo amministrativo, d.lgs. 5 ottobre 2010, n. 104, che ha espressamente inserito la "tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo" tra i principi generali del processo amministrativo. Si v. anche legge n. 11/2016, lett. *aaa*) e *bbb*). In dottrina: GRECO (a cura di), *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2012; CONTESSA, *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016; SANDULLI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2016; LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2016; DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016.

<sup>5</sup>D.lgs. n. 50/2016, art. 204 circa il rinvio al codice del processo amministrativo per quanto concerne il contenzioso giurisdizionale e gli artt. 205-211 per quanto attiene gli strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie. Si v. legge 28 gennaio 2016, n. 11, art. 1, lett. *aaa*), il quale ha delegato il governo ad attuare una "razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale anche in materia di esecuzione del contratto, disciplinando il ricorso alle procedure arbitrali al fine di escludere il ricorso a procedure diverse da quelle amministrate, garantire la trasparenza, la celerità e l'economicità e assicurare il possesso dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri e degli eventuali ausiliari".

di controllo amministrativo indipendente per i contratti pubblici (avente natura non giurisdizionale<sup>6</sup>) per rendere maggiormente efficienti le procedure di contenzioso nel settore dei contratti pubblici e dare certezza alle scelte adottate dalle stazioni appaltanti durante le procedure di scelta del contraente<sup>7</sup>. In Italia, l’Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC e l’Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato – AGCM hanno conseguito un ruolo peculiare in relazione alle specifiche competenze ad esse attribuite<sup>8</sup>.

Il presente articolo si propone di analizzare il ruolo delle autorità amministrative indipendenti nel garantire l’effettività della tutela e la sindacabilità degli atti della pubblica amministrazione<sup>9</sup> da parte di tali soggetti evidenziando i profili problematici e gli effetti sul mercato dei contratti pubblici.

---

<sup>6</sup> Direttiva CE 2007/66, art. 2, par. 9, in cui si prevede che gli organi di ricorso possano non essere organi giurisdizionali. Si v. anche direttiva UE 2014/24, considerando n. 122, in cui, nel riconoscere la posizione dei cittadini titolari di un interesse legittimo, si indica che gli Stati membri “dovrebbero essere in grado di prevedere il ricorso ad autorità o strutture di controllo generali, organi di vigilanza settoriali, autorità di vigilanza comunali, autorità competenti in materia di concorrenza, al Mediatore o ad autorità nazionali competenti in materia di audit”. In dottrina: WAUTERS, *Public Procurement Review Bodies (including Antifraud Measures)*, in TRYBUS-CARANTA-EDELSTAM (a cura di), *EU Public Contract Law. Public Procurement and Beyond*, cit., p. 344 s.

<sup>7</sup> Commissione UE, *National review systems in the area of public procurement*, 2019, accessibile in <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/33983>. Nei restanti Stati membri un organo di controllo giurisdizionale esistente è responsabile del controllo delle procedure di appalto. Si v. Commissione UE, *Relazione concernente l’efficacia della direttiva 89/665/CEE e della direttiva 92/13/CEE, come modificate dalla direttiva 2007/66/CE, sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici*, COM(2017) 28 final, 24 gennaio 2017.

<sup>8</sup> D’ALBERTI-PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l’economia*, in *Quaderni Astrid*, Bologna, 2010. Circa il ruolo dell’ANAC si v. CORRADINO-LINCESSO, *La soppressione dell’AVCP e il trasferimento delle funzioni all’ANAC*, in CANTONE-MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015, p. 11 s. Sul ruolo dell’AGCM si v.: RAMAJOLI, *La tutela antitrust nel XXI secolo. Competition Law and Consumer Protection in the 21<sup>st</sup> Century*, in *Riv. reg. merc.*, 2020, p. 221 s.; PIGNATTI, *L’effettività del diritto della concorrenza: il ruolo delle Autorità nazionali garanti della concorrenza e i profili evolutivi della disciplina*, in *DPCE Online*, 2021. Sul valore delle linee guida dell’ANAC: CERRATO, *Anatomia giuridica di un contratto “singolare” l’appalto pubblico*, cit., pp. 42-43. Si tenga altresì in considerazione la collaborazione esistente tra le due Autorità: *Protocollo di intesa tra l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e l’Autorità Nazionale Anticorruzione*, 11 dicembre 2014, in <https://www.agcm.it/chi-siamo/normativa/dettaglio?id=4c89af4b-a10e-45fe-944d-a171732cac8f&parent=Protocolli%20di%20intesa&parentUrl=/chi-siamo/normativa/protocolli-di-intesa>.

<sup>9</sup> Art. 113, comma 1, Cost. “contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giuri-

## 2. I pareri di precontenzioso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

La costituzione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, in adempimento ad obblighi internazionali<sup>10</sup>, l'attribuzione a tale autorità delle funzioni e delle risorse dell'ex Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP)<sup>11</sup>, la contestuale attuazione delle direttive europee del

---

sdizione ordinaria o amministrativa". Per una analisi delle previsioni Costituzionali volte a garantire forme di tutela garantite contro gli atti della pubblica amministrazione e con particolare riferimento all'art. 113 Cost.: CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'articolo 113 della Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, p. 517 ss. Cfr. anche: SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, p. 155, ove l'autore individua nell'art. 113 della Costituzione italiana ciò che qualifica come legittimo, e quindi meritevole di tutela, l'interesse del privato nei confronti della Pubblica Amministrazione.

<sup>10</sup> Il riferimento è a Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione (anche nota come "Convenzione di Merida" o "UNCAC"), artt. da 5 a 14 (la convenzione è stata adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003, è stata firmata il 9/11 dicembre 2003 ed è entrata in vigore il 14 dicembre 2005. In Italia la ratificata è stata autorizzata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116); alla Convenzione c.d. "penale" del Consiglio d'Europa (aperta alla firma il 27 gennaio 1999, la cui ratifica nell'ordinamento giuridico italiano è stata autorizzata con legge 28 giugno 2012, n. 110); e alla Convenzione c.d. "civile" del Consiglio d'Europa (aperta alla firma il 4 novembre 1999, la cui ratifica nell'ordinamento giuridico italiano è stata autorizzata con legge 28 giugno 2012, n. 112). La costituzione dell'ANAC nell'ordinamento giuridico italiano è avvenuta con legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 1. Si v. anche: Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma. Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, 2012, p. 21 s. In dottrina: RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, in MATTARELLA-PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, pp. 125-151; ABBATINO-PARISI, *L'ANAC nel contesto delle relazioni internazionali*, in CANTONE-MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., p. 142 s.; PARISI, *An international perspective on the main functions of the Italian national anti-corruption authority in the prevention of corruption in public procurement*, in *Dir. comm. int.*, 2015, p. 1053; si v. anche i contributi di MANGANARO, *Perspectives on fighting corruption in public contracts in Italy*, p. 53 e MATTARELLA, *The Italian efforts on anti-corruption*, p. 61, entrambi in RACCA-YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection*, diretta da Auby, Bruxelles, 2014.

<sup>11</sup> Legge 11 agosto 2014, n. 114, di conversione del d.l. 24 giugno 2014, n. 90. In dottrina: RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 345-387.

2014 in materia di contratti pubblici<sup>12</sup>, sono i fattori che hanno contribuito a rivedere la funzione di “precontenzioso” attribuita all’ANAC<sup>13</sup>.

Il parere di precontenzioso<sup>14</sup> può essere reso su “*questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara*”, a seguito di istanza di una delle parti (operatori economici / stazione appaltante) o dalle associazioni di categoria<sup>15</sup>.

La decisione dell’Autorità ha carattere vincolante ove le parti abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in essa stabilito<sup>16</sup>. Tale connotazione si distingue dalla precedente previsione normativa limitando l’efficacia dell’istituto (unicamente per le parti che abbiano manifestato tale volontà).

Un profilo di interesse attiene al momento in cui può essere richiesto il parere rispetto all’adozione del provvedimento amministrativo. Considerando come gli altri strumenti di ADR attengano esclusivamente alla fase di esecuzione della prestazione contrattuale<sup>17</sup>, pare opportuno considerare la sua pro-

---

<sup>12</sup> Il riferimento è alla: direttiva UE 23/2014, per i contratti pubblici di concessione; direttiva UE 24/2014, per i contratti pubblici di appalto nei settori ordinari; direttiva UE 25/2014, per i contratti pubblici di appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali.

<sup>13</sup> PIGNATTI, voce *Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Dig. disc. pubbl.*, aggiornamento, Milano, 2017, pp. 73-89.

<sup>14</sup> D.lgs. n. 50/2016, art. 211, unitamente al Collegio consultivo tecnico (disciplinato dall’art. 207 e successivamente abrogato ad opera del c.d. decreto correttivo e oggi previsto dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120, recante *Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitali – Decreto Semplificazioni*), costituiscono novità in tema di *alternative dispute resolution*. Si v. ANAC, *Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all’art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, 9 gennaio 2019*, in [http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/\\_Atto?id=99dc1e060a77804243cb6b6e82212cae](http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?id=99dc1e060a77804243cb6b6e82212cae). LIPARI, *Il nuovo precontenzioso ANAC*, Roma, 2017, p. 44 s.

<sup>15</sup> ANAC, delibera 13 marzo 2019, n. 195, avente ad oggetto *Istanze di precontenzioso delle associazioni di categoria – Art. 3, comma 1 del Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all’art. 211 del d.lgs. n. 50/2016*.

<sup>16</sup> Il previo consenso delle parti costituisce condizione per la sua impugnazione. Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 marzo 2021, n. 2586, in cui il Collegio non ritiene vincolante il parere di precontenzioso reso dall’ANAC, nei confronti dell’impresa che non ha mai consentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Tale considerazione comporta che l’onere di immediata impugnazione previsto dalla disposizione “vada circoscritto alla sola ipotesi in cui tutte le parti interessate abbiano preventivamente prestato il consenso ad attenersi al parere dell’ANAC”.

<sup>17</sup> Si ricorda come il d.lgs. n. 56/2017 aveva disposto l’abrogazione della disposizione che prevedeva la possibilità di emettere raccomandazioni vincolanti da parte dell’ANAC secondo cui “*qualora l’ANAC, nell’esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la*

ponibilità già in un momento antecedente l'adozione del provvedimento amministrativo (evitando in tale modo l'instaurazione di un contenzioso giurisdizionale)<sup>18</sup>. In tale circostanza deve tuttavia rilevarsi come l'amministrazione aggiudicatrice sia tenuta a comunicare preventivamente l'intento di adottare un determinato provvedimento in un numero limitato di circostanze (non consentendo in alcuni casi la preventiva conoscibilità della decisione dell'amministrazione)<sup>19</sup>.

Questa scelta comporta altresì un arresto del procedimento di scelta del contraente dovuto alla necessità di instaurare un contraddittorio con il singolo offerente/candidato e richiedere dunque il parere all'ANAC. La stazione appaltante si troverebbe quindi nella necessità di bilanciare la tempestività nello svolgimento della procedura di gara con la correttezza del suo esito.

Pare opportuno rilevare come il parere di precontenzioso non possa essere richiesto con l'intento di eludere i termini processuali per la proposizione dei rimedi giurisdizionali (come nel caso si voglia fare valere l'illegittimità di un atto della procedura di gara, autonomamente impugnabile, rispetto al quale siano già decorsi i termini di impugnazione in sede giurisdizionale)<sup>20</sup>.

I dati dell'ANAC evidenziano come nel 2020, rispetto alle 504 istanze di precontenzioso pervenute all'Autorità, siano stati deliberati 335 pareri<sup>21</sup> (89

---

*stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente codice. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo".*

<sup>18</sup> LIPARI, *Il nuovo precontenzioso ANAC*, cit., in cui si chiarisce come in caso contrario il parere reso dall'Autorità costituirebbe un mero aggravio procedimentale.

<sup>19</sup> Ove ad esempio si richiede il contraddittorio con il candidato/offerdente, come in caso di esclusione a seguito di offerta anomala, o nel caso in cui sia richiesta un'integrazione documentale nell'ambito del soccorso istruttorio. Sul piano procedimentale, la richiesta di un parere di precontenzioso comporterebbe per l'amministrazione la necessità di astenersi dal decidere (in attesa del parere dell'Autorità).

<sup>20</sup> ANAC, *Relazione annuale 2020*, 18 giugno 2021, p. 229.

<sup>21</sup> ANAC, *Relazione annuale 2020*, 18 giugno 2021, p. 229, ove si segnala che la maggiore parte dei 246 pareri adottati con delibera del Consiglio dell'Autorità ha avuto ad oggetto questioni insorte nel corso di gare per l'affidamento di servizi. Per un confronto con l'attività del 2019: rispetto alle 482 istanze di precontenzioso pervenute all'Autorità, erano stati deliberati 197 pareri a cui devono essere aggiunti 61 pareri (decisi nell'anno ma a cui doveva essere apposta firma del dirigente dell'Ufficio) per un totale di 258 pareri. Cfr.

sono stati emessi nella forma semplificata, consentita nei casi in cui la questione oggetto dell'istanza riguardi una gara il cui valore sia di importo inferiore alla soglia di rilevanza europea per servizi e forniture e inferiore a 1.000.000,00 di euro per i lavori e appaia di pacifica risoluzione<sup>22</sup>).

Se tale numero risulta minimo rispetto al contenzioso annualmente instaurato innanzi al giudice amministrativo (il Consiglio di Stato ha conteggiato in 3.603 i ricorsi proposti in primo grado nel 2018)<sup>23</sup> e se dei pareri adottati dall'Autorità unicamente 32 risultano essere "vincolanti", si riscontra come solo in limitati casi sia stato proposto ricorso giurisdizionale a seguito dell'emissione del parere<sup>24</sup>. Tale dato è una dimostrazione dell'effetto positivo dell'istituto in termini di riduzione del ricorso al giudice amministrativo ed è indice della qualificazione tecnica e giuridica dell'ANAC riconosciuta direttamente dalle parti.

Le tempistiche per la trattazione e conclusione del procedimento, nella media di 60 giorni, costituiscono un ulteriore elemento positivo dell'istituto che può così consentire alle parti di avere una certezza giuridica mediante un "parere" rilasciato da un soggetto altamente qualificato in tempi rapidi e senza ricorrere al giudice amministrativo.

Tuttavia, la scarsa applicazione dell'istituto, la limitazione della vincolatività degli effetti (unitamente all'impugnabilità dei pareri innanzi al giudice amministrativo<sup>25</sup>) e la limitata valutazione del comportamento del ricorrente

---

ANAC, *Relazione annuale 2019*, 2 luglio 2020, p. 304. In cui si segnala come a tale numero dovrebbe essere anche aggiunto il riferimento alle 195 istanze il cui procedimento si è concluso con una pronuncia in rito.

<sup>22</sup> ANAC, *Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'articolo 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, art. 11.

<sup>23</sup> Cons. Stato, *Analisi di impatto del contenzioso amministrativo in materia di appalti – Biennio 2017-2018*, cit., p. 12.

<sup>24</sup> ANAC, *Relazione annuale 2020*, 18 giugno 2021, p. 233, ove si segnala che "tra i casi di non adeguamento al parere, si sono registrate otto richieste di riesame, nessuna delle quali è stata accolta, e dieci ricorsi avverso il provvedimento della stazione appaltante adottato a seguito del parere e anche avverso lo stesso parere di precontenzioso, uno solo dei quali ha avuto come esito una sentenza di accoglimento".

<sup>25</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 11 marzo 2019, n. 1622. In cui il Collegio chiarisce che il parere vincolante, "obbligando le parti ad attenersi, è atto immediatamente lesivo, condizione questa che ne consente – giusta anche quanto espressamente previsto dalla norma – l'autonoma impugnabilità. Il parere non vincolante, invece, avendo carattere di manifestazione di giudizio, non presenta aspetti di autonoma lesività e non è, dunque, autonomamente impugnabile". Nella medesima pronuncia il Collegio riconosce che l'impugnabilità del parere non vincolante è comunque possibile nel caso in cui, riferendosi ad una fattispecie concreta, sia fatto proprio dalla stazione appaltante, la quale, sulla base di esso, abbia assunto la relativa determinazione provvedimento.

(in sede giurisdizionale) nell'ambito della lite temeraria<sup>26</sup> paiono ancora costituire un ostacolo all'efficacia deflattiva della disposizione<sup>27</sup>.

### 3. La Camera arbitrale per i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

L'applicabilità dell'istituto dell'arbitrato nei rapporti con la pubblica amministrazione è stata oggetto di una lenta evoluzione<sup>28</sup> che ha portato all'attuale previsione contenuta nel codice del processo amministrativo<sup>29</sup>. Tale disciplina limita il campo di applicazione dell'arbitrato alle controversie aventi ad oggetto i diritti soggettivi e prevede la legittimità del solo arbitrato rituale e di diritto, escludendo sia quello irrituale, che quello secondo equità<sup>30</sup>.

In materia di contratti pubblici il ricorso alla procedura arbitrale è consentito per tutte le controversie riguardanti diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle relative al mancato raggiungimento dell'accordo bona-

---

<sup>26</sup> Si v. il combinato del d.lgs. n. 50/2016, art. 211, comma 1, e del d.lgs. n. 104/2010, art. 26.

<sup>27</sup> LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'Anac*, 2017, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); ID., *Il nuovo precontenzioso ANAC*, cit.; ID., *I pareri e le raccomandazioni vincolanti ex art. 211 del nuovo codice*, Roma, 2017.

<sup>28</sup> In dottrina cfr. AMORTH, *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Milano, 1980, p. 1 s.; CAIA, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo. I presupposti e le tendenze*, Milano, 1989, p. 1 s.; CASSESE, *Arbitrato e diritto comune della pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 6, p. 524 s.; DELSIGNO, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 36 s.; GASPARINI CESARI, *Arbitrato e controversie amministrative*, in AA.VV., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di Alpa, Torino, 1999, p. 1010 s.; PAJNO, *Arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Enc. giur.*, I, Roma 2005, p. 8 s., in cui si riprende anche la giurisprudenza della Corte Costituzionale sul punto.

<sup>29</sup> Legge 21 luglio 2000, n. 205, recante *disposizioni in materia di Giustizia amministrativa*, art. 6, comma 2, in cui si prevede che "le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto". Tale previsione è stata riprodotta nel Codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010, art. 12, come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195, ad eccezione del rinvio agli artt. 806 ss. del c.p.c., ove si stabilisce che "le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile".

<sup>30</sup> DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici e l'arbitrato amministrativo da parte dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Nomos*, 2019.

rio<sup>31</sup>. L'ambito soggettivo di applicazione è esteso ai contratti pubblici in cui sia parte una società a partecipazione pubblica (ovvero una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica) o in cui la prestazione contrattuale è finanziata con risorse poste a carico dei bilanci pubblici<sup>32</sup>.

La nullità della clausola compromissoria inserita nei documenti di gara senza "autorizzazione motivata" degli organi di governo dell'amministrazione aggiudicatrice<sup>33</sup> e la possibilità riconosciuta all'aggiudicatario di recusare la clausola compromissoria riprendono la giurisprudenza in tema di "arbitrato obbligatorio"<sup>34</sup>.

La compromissione della controversia in arbitri deve quindi essere distinta dal differente istituto del "compromesso", vietato in materia di contratti. La compromissione in arbitri risulta infatti riferita ad una controversia già insorta e possiede pertanto natura determinata a differenza della clausola compromissoria volta devolvere al giudizio arbitrale una controversia futura ed eventuale che possa insorgere fra le parti.

---

<sup>31</sup> D.lgs. n. 50/2016, art. 209.

<sup>32</sup> D.lgs. n. 50/2016, art. 209, comma 2. Si prevede che l'amministrazione aggiudicatrice, previa autorizzazione motivata dell'organo di governo, indichi nel bando o, in assenza di esso, nell'invito, se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria per mezzo della quale, in deroga alla giurisdizione ordinaria, le parti si sottopongono alla decisione arbitrale nell'ipotesi di eventuali controversie. Tale adempimento è previsto a pena di nullità della clausola. Quest'ultima può comunque essere ricusata dall'aggiudicatario, previa comunicazione alla stazione appaltante, da effettuarsi entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione.

<sup>33</sup> Corte cost., 9 giugno 2015, n. 108, in relazione all'applicazione dell'autorizzazione preventiva nei confronti degli arbitrati che siano già stati conferiti o autorizzati prima dell'entrata in vigore della legge n. 190/2012 (che ha introdotto l'istituto dell'autorizzazione preventiva) ha chiarito che la scelta di prevedere una autorizzazione da parte dell'amministrazione si configura come un mero limite all'autonomia contrattuale, la cui garanzia costituzionale non è incompatibile con la previsione di restrizioni a tutela di interessi generali (tra cui le esigenze di contenimento dei costi delle controversie e la tutela degli interessi pubblici coinvolti), riconoscendo una parità tra le parti. Si v. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *I nuovo codice dei contratti pubblici e l'arbitrato amministrativo da parte dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit.

<sup>34</sup> Corte cost., 9 maggio 1996, n. 152, in cui era dichiarata l'incostituzionalità della legge 10 dicembre 1981, n. 741, contenente norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche, in cui si reintroduceva un arbitrato "di fatto" obbligatorio fissando la regola per cui "la competenza arbitrale può essere esclusa solo con l'apposita clausola inserita nel bando o invito di gare, oppure nel contratto in caso di trattativa privata". In dottrina: cfr. FAZZALARI, *Contro l'arbitrato obbligatorio*, nota a Cass. civ., S.U., 10 febbraio 1992, n. 1458, in *Riv. arb.*, 1993, p. 211 s.

Il Collegio arbitrale, composto da tre membri (di cui due nominati dalle parti<sup>35</sup> ed il terzo il Presidente dalla Camera arbitrale istituita presso l'ANAC)<sup>36</sup>, è caratterizzato da specifica competenza sull'oggetto della controversia.

La nomina dell'arbitro svolta dalla amministrazione pubblica deve essere effettuata preferibilmente tra i dirigenti pubblici. Tale criterio preferenziale diventa un vero e proprio obbligo ove la controversia riguardi due soggetti pubblici<sup>37</sup>. Nel caso in cui la controparte sia un soggetto privato deve comunque essere garantito il rispetto dei principi di pubblicità e rotazione<sup>38</sup>. Il lodo si ha per pronunciato con la sua ultima sottoscrizione e diviene efficace al momento del deposito presso la Camera arbitrale<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> Nella domanda di arbitrato o nell'atto di resistenza alla domanda.

<sup>36</sup> D.lgs. n. 50/2016, art. 210. La Camera arbitrale è composta dal Presidente e dal Consiglio arbitrale, composto da cinque membri e nominato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione fra soggetti dotati di particolare competenza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nonché dei requisiti di onorabilità stabiliti sempre da ANAC. La Camera arbitrale cura la tenuta dell'Albo degli arbitri per i contratti pubblici, redige il codice deontologico degli arbitri camerali e provvede agli adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale. La stessa cura altresì la tenuta dell'elenco dei periti per la nomina dei consulenti tecnici nei giudizi arbitrali nonché l'elenco dei segretari dei collegi arbitrali. Alla Camera arbitrale è anche affidata la rilevazione dei dati emergenti dal contenzioso in materia di contratti pubblici, da trasmettere all'Autorità e alla cabina di regia di cui all'art. 212.

<sup>37</sup> Ai giudizi arbitrali si applicano le disposizioni contenute nel c.p.c., salvo quanto disposto dal codice dei contratti pubblici. In particolare, sono ammissibili tutti i mezzi di prova previsti nel giudizio civile, con esclusione del giuramento.

<sup>38</sup> Circa la determinazione del compenso degli arbitri cfr. Il decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 31 gennaio 2018, *Determinazione dei limiti dei compensi del Collegio arbitrale*, che ha posto fine al regime transitorio disposto sul punto, basato sulla permanenza in essere della disciplina contenuta nel d.m. n. 398/2000, concernente la determinazione di parametri e limiti, rispetto ai quali la Camera arbitrale aveva potuto constatare, mediante la presa in considerazione dei lodi e delle apposite ordinanze depositate presso la stessa Camera ai sensi di legge, una prassi di elusione e superamento nella liquidazione dei compensi dei collegi arbitrali nominati per le procedure c.d. libere, oggetto di apposita segnalazione all'ANAC e alla Cabina di regia.

<sup>39</sup> D.lgs. n. 50/2016, art. 209, l'articolo disciplina altresì i casi e le modalità di impugnazione del lodo e di sospensione della sua efficacia. Quanto ai motivi di impugnazione si prevedono, oltre alle ipotesi di nullità del lodo, anche la violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. Per quanto attiene alla sospensione dell'efficacia del lodo arbitrale, la norma ricalca la formulazione dell'art. 283 c.p.c. che, per la sospensione della provvisoria esecuzione della sentenza di primo grado, richiede la sussistenza di "gravi e fondati motivi". Il codice dei contratti pubblici rinvia all'art. 351 c.p.c. con riguardo ai provvedimenti della Corte d'Appello sull'esecuzione provvisoria e disciplina le modalità di compenso degli arbitri preci-

I dati dell'ANAC individuano in 14 le domande di arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale nel 2020 con istanza di nomina del terzo arbitro, mentre il numero dei lodi degli arbitrati per i quali il presidente del collegio arbitrale è stato scelto d'accordo tra le parti è stato pari a 1<sup>40</sup>.

I limiti posti all'applicazione dell'arbitrato nei confronti della pubblica amministrazione e la scarsa fruizione di tale strumento<sup>41</sup> evidenziano la circoscritta portata deflattiva dell'istituto che trova alternative più rapide, nel parere di precontenzioso.

#### 4. La legittimazione ad agire dell'ANAC in materia di contratti pubblici

La gravità del fenomeno corruttivo, il suo carattere “sistemico”<sup>42</sup> e l'incidenza che tale fenomeno ha all'interno dei mercati, hanno portato ad attribuire all'Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC, quale Autorità Amministrativa Indipendente<sup>43</sup>, un ruolo strategico nell'ordinamento giuridico italiano<sup>44</sup>

---

sando che le parti sono tenute solidalmente al pagamento del predetto compenso e delle spese relative al collegio e al giudizio arbitrale, salvo rivalsa tra loro.

<sup>40</sup> ANAC, *Relazione annuale 2020*, 18 giugno 2021, p. 346, ove si evidenzia come il numero conferma quello dell'anno 2019 (di 14) e del 2018 (pari a 13). Tale valore è superiore di circa il 64% al corrispondente dato riscontrato per il biennio precedente (pari a 9).

<sup>41</sup> Si v. <https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Autorita/CameraArbitrale/Arbitrati#oggettob2>, in cui sono accessibili i riferimenti al contezioso deciso in sede arbitrale.

<sup>42</sup> Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma. Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, 2012. In dottrina: RACCA, voce *Corruzione (dir. amm.)*, in *Dig. disc. priv.*, aggiornamento, Milano, 2017, pp. 208-217; MATTARELLA, *The Italian efforts on anti-corruption*, in RACCA-YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles, 2014, p. 61 s.; DECAROLIS-GIORGIANTONIO, *Corruption red flags in public procurement: new evidence from Italian calls for tenders*, in *Questioni di Economia e Finanza – Banca d'Italia*, 2020, accessibile in [https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2020-0544/QEF\\_544\\_20.pdf](https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2020-0544/QEF_544_20.pdf).

<sup>43</sup> D.l. 24 giugno 2014, n. 90, art. 22, Razionalizzazione delle autorità indipendenti, conv. in legge 11 agosto 2014, n. 114. cfr. GIUFFRÈ, *Le Autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in NICOTRA (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, p. 9 s.

<sup>44</sup> RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, cit., 345-387; MANGANARO, *La corruzione in Italia*, in *Foro Amm.*, 2014, p. 1861.

con l'obiettivo di contrastare i gravi pregiudizi alle attività economiche, sia nel settore privato sia nel settore pubblico che derivano da tale fenomeno<sup>45</sup>.

La stretta connessione tra l'inefficienza, intesa quale "*maladministration*", ed il settore dei contratti pubblici è stata rilevata anche in ambito europeo ed ha portata globale<sup>46</sup>. Tale connotazione produce effetti non solo sull'efficienza dell'attività contrattuale dell'amministrazione pubblica e sulla qualità delle prestazioni, ma anche sul mercato in generale e in particolare in quello dei contratti pubblici (quale settore particolarmente esposto a tale rischio)<sup>47</sup>.

In questo contesto all'ANAC, quale Autorità dotata delle specifiche competenze tecniche e giuridiche, è stata riconosciuta la possibilità di intervenire in maniera attiva, non solo per ridurre il contenzioso innanzi al giudice amministrativo, ma anche per velocizzare la risoluzione delle possibili controversie sorte in sede di gara o nell'esecuzione della prestazione contrattuale. L'azione dell'ANAC potrebbe quindi essere indirizzata anche a rendere maggiormente

---

<sup>45</sup> PARISI-VITRANO, *Il contributo dell'ANAC alla diffusione della cultura della legalità. In particolare: la formazione dei dipendenti pubblici*, cit., p. 125. Sulla nozione di *maladministration* cfr.: CASSESE, *Maladministration e rimedi*, in *Foro it.*, 1992, V, p. 243. Camera dei Deputati, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*; ANAC Atto di organizzazione del 29 ottobre 2014, in attuazione della delibera n. 143 del 30 settembre 2014, in cui si riconosce come l'Autorità svolge attività di "prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, nelle società partecipate e controllate anche mediante l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali, nonché mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e comunque in ogni settore della pubblica amministrazione che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi, evitando nel contempo di aggravare i procedimenti con ricadute negative sui cittadini e sulle imprese, orientando i comportamenti e le attività degli impiegati pubblici, con interventi in sede consultiva e di regolazione".

<sup>46</sup> Tale connessione costituisce uno degli elementi che ha portato all'"incorporazione" dell'AVCP nell'ANAC (d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in legge 11 agosto 2014, n. 114) che ha richiesto anche un piano di riordino (approvato con il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1° febbraio 2016, di cui si è dato avviso nella Gazzetta Ufficiale n. 76 del 1 aprile 2016. BIANCONI-BAVA, *Il piano di riordino dell'ANAC: un nuovo modello per una gestione efficiente*, in CANTONE-MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015, p. 21 s.) della stessa Autorità che ha comportato il "trasferimento definitivo delle risorse umane, finanziarie e strumentali necessarie allo svolgimento delle funzioni attribuite (con la costituzione di un unico ruolo in cui confluisce il personale già in servizio presso l'ANAC e il personale della soppressa AVCP), la riduzione non inferiore al 20% del trattamento accessorio del personale, inclusi i dirigenti e la riduzione non inferiore al 20% delle spese di funzionamento".

<sup>47</sup> La corruzione «infligge danni finanziari dovuti ad un abbassamento dei livelli di investimento, ostacolando le operazioni corrette del mercato interno e riducendo i finanziamenti pubblici».

“affidabile” e “appetibile” il mercato dei contratti pubblici da parte degli operatori economici.

La legittimazione al ricorso attiene alla posizione sostanziale differenziata che abilita un determinato soggetto all’esercizio dell’azione<sup>48</sup>. L’autonoma rilevanza dell’interesse a ricorrere, rispetto agli altri presupposti processuali e all’interesse sostanziale dedotto in giudizio, è ancora oggi oggetto di dibattito in considerazione delle difficoltà di individuare dei confini certi nell’applicazione di tale concetto<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Cfr. Cass., S.U., 2 agosto 2019, n. 20820, in cui si qualifica il ruolo della legittimazione ad agire (insieme all’interesse ad agire) come strumento di “emersione dei concreti profili di qualificazione e differenziazione delle posizioni giuridiche”. Si v. anche VILLATA, voce *Legittimazione processuale (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Roma, 1990, p. 2 s. in cui si differenzia l’idea per cui l’accertamento circa la sussistenza della situazione giuridica sostanziale (da effettuare prima della controversia), rispetto alla valutazione del merito della controversia (riferito alla valutazione circa la legittimità del provvedimento amministrativo).

<sup>49</sup> ROMANO, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989; ROMEO, *L’impugnabilità degli atti amministrativi*, cit., p. 512, ove l’autrice evidenzia come gli aspetti sostanziali della vicenda processuale abbiano messo in ombra i profili connessi all’azione “essendo questa già contenutisticamente definita e condizionata dalla configurazione della posizione giuridica soggettiva sostanziale”; DOMINICHELLI, *Il giudizio amministrativo*, cit., p. 528. FERRARA, voce *Interesse e legittimazione al ricorso* (ricorso giurisdizionale amministrativo), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, p. 472. Circa la possibilità di configurare una teoria dell’azione giurisdizionale nel processo amministrativo cfr. DOMINICHELLI, *Le azioni nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Ius Publicum Network Review*, <http://www.ius-publicum.com>, 2011, 2. Cfr. anche: PERFETTI, *Consiglio di Stato: r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, art. 26*, in ROMANO-VILLATA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009, pp. 1354-1355, in cui si rileva come la «natura eminentemente di rilievo processuale della posizione di interesse legittimo determinava la difficoltà nel distinguere tra titolarità della posizione sostanzialmente lesa (dalla quale diviene la legittimazione processuale) e sussistenza di quest’ultima, così come l’utilità ritraibile dalla decisione giurisdizionale (in cui si sostanzia l’interesse ad agire) tendeva a confondersi con la sussistenza dell’interesse legittimo». Circa il rapporto tra interesse processuale ed interesse sostanziale dedotto in giudizio per l’autonoma rilevanza dell’interesse ad agire quale elemento processuale distinto dall’interesse sostanziale del ricorrente: cfr. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, 206; LESSONA, *La giustizia amministrativa*, Firenze, 1946, p. 108; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1958, p. 210; ALESSI, *Principi di Diritto Amministrativo*, II, Milano, 1971, p. 788; VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, p. 243; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, p. 1162; MIELE, *Scritti giuridici*, Milano, 1987, I, p. 276; VILLATA, voce *Legittimazione processuale* (Diritto amministrativo), cit. Per l’impossibilità di distinguere l’interesse al ricorso dall’interesse sostanziale: GUICCIARDI, *Interesse personale, diretto, attua-*

Il giudice amministrativo, per verificare la sussistenza dell'interesse al ricorso, deve accertare l'esistenza di una lesione della sfera giuridica del ricorrente, nonché la necessaria utilità conseguibile da quest'ultimo attraverso l'attività giurisdizionale<sup>50</sup> (la quale costituisce il mezzo per consentire che l'interesse leso consegua la protezione accordata dal diritto). Ove l'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo non sia in grado di arrecare alcun vantaggio (o utilità) all'interesse sostanziale del ricorrente il ricorso giurisdizionale amministrativo è considerato inammissibile per carenza di interesse<sup>51</sup>. In materia di contratti pubblici ciò si verifica quando il soggetto che contesta l'esclusione da una procedura di scelta del contraente non potrebbe ottenere l'aggiudicazione del contratto, né potrebbe partecipare a un'eventuale ripetizione della gara<sup>52</sup>. Una eccezione è individuata nel caso la sfera giuridica

---

le, in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, p. 82; MIGLIORINI, *Ancora su interesse legittimo e interesse a ricorrere*, in *Foro amm.*, 1981, p. 1619; ROMEO, *Interesse legittimo e interesse a ricorrere: una distinzione inutile*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 400.

<sup>50</sup> RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., 206; LESSONA, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 108; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1958, p. 210; ALESSI, *Principi di Diritto Amministrativo*, II, Milano, 1971, p. 788; VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, p. 243; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1162; CAIANIELLO, *Manuale di processuale amministrativo*, Torino, 1988, p. 439; VILLATA, voce *Legittimazione processuale (Diritto amministrativo)*, cit., p. 2. In giurisprudenza: Cons. Stato, Sez. IV, 10 gennaio 2012, n. 16; Cons. Stato, Sez. IV, 15 novembre 2011, n. 6016, cit.; Cons. Stato, Sez. IV, 14 ottobre 2011, n. 5533, cit.; Cons. Stato, Sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 1163; TAR Valle d'Aosta, Aosta, I, 13 aprile 2011, n. 30.

<sup>51</sup> Cfr. l'ulteriore ipotesi contenuta nella legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 21-*octies*, comma 2, come modificato dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, ove si prevede che: "non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

<sup>52</sup> Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6704, in *Foro amm., C.d.S.*, 2011, p. 3709; Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3655, in *Foro amm., C.d.S.*, 2011, p. 2065; Cons. Stato, Sez. VI, 4 giugno 2009, n. 3440, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, 16 agosto 2011, n. 894, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Lazio, Roma, II-*ter*, 10 maggio 2011, n. 4070, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Valle d'Aosta, Aosta, I, 17 novembre 2010, n. 67; TAR Lazio, Roma, II-*quater*, 19 dicembre 2007, n. 13774, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Tali considerazioni comportano che, a titolo esemplificativo, sia dichiarato inammissibile il ricorso per il quale non viene fornita la c.d. prova di resistenza ossia che, in mancanza delle illegittimità denunciate, la ricorrente avrebbe vinto la gara (si v.

del destinatario risulti immediatamente lesa. Tale circostanza si verifica nell'ipotesi in cui sia contestata la scelta di indire una procedura, o un operatore economico (che svolge la propria attività in un determinato mercato di riferimento) ricorra contro un "affidamento diretto" o effettuato senza gara ovvero in relazione ad una clausola "escludente" (relativa a requisiti di qualificazione) prevista nel bando<sup>53</sup>.

La legittimazione ad agire è stata ammessa per gli enti esponenziali di interessi collettivi sulla base della circostanza per cui gli interessi diffusi sono riconosciuti a "tutti" e pertanto l'interesse del singolo non "assurge a una situazione sostanziale personale suscettibile di tutela giurisdizionale", ma tale interesse può essere fatto proprio da soggetti collettivi rappresentativi.<sup>54</sup> Paralle-

---

Cons. Stato, Sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 7300, in *Foro amm., C.d.S.*, 2010, p. 2178; Cons. Stato, Sez. V, 19 ottobre 2009, n. 6406; Cons. Stato, Sez. IV, 24 aprile 2009, n. 2638, in *Foro amm., C.d.S.*, 2009, p. 976; Cons. Stato, Sez. VI, 10 settembre 2008, n. 4326, in *Foro amm., C.d.S.*, 2008, p. 2461; TAR Umbria, Perugia, I, 13 aprile 2010, n. 239) o il ricorso proposto contro il provvedimento di aggiudicazione definitiva dall'offerente terzo classificato, ove sia stata contestata solo l'ammissione dell'aggiudicataria, prima in graduatoria, senza censurare in alcun modo l'ammissione dell'impresa collocatasi al secondo posto (TAR Sicilia, Palermo, III, 19 aprile 2011, n. 763, in *Foro amm., TAR*, 2011, p. 1415; TAR Molise, Campobasso, I, 10 marzo 2010, n. 172; TAR Molise, Campobasso, I, 9 aprile 2009, n. 128, in *Foro amm., TAR*, 2009, p. 1156). In tali esemplificazioni, l'oggetto dell'azione è il provvedimento finale del procedimento di scelta del contraente cioè l'aggiudicazione definitiva, il cui conseguimento costituisce «il bene della vita» o l'utilità cui aspirano tutti gli offerenti. Solo una violazione di tale condizione consente di considerare come concreta la lesione oggetto dell'azione giurisdizionale. Sulla base di tale considerazione la giurisprudenza conforme prevede che i bandi di gara siano impugnati unitamente agli atti applicativi, dal momento che con essi si rende concreta la lesione delle posizioni giuridiche soggettive dell'interessato (si v. Cons. Stato, Sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 812, in *www.giustizia-amministrativa.it*, avente ad oggetto un bando di concorso; Cons. Stato, Sez. III, 4 novembre 2011, n. 5866; Cons. Stato, Sez. V, 14 luglio 2011, n. 4274).

<sup>53</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, Cons. Stato, Sez. III, 19 settembre 2011, n. 5261, cit.; Cons. Stato, Sez. V, 1° aprile 2011, n. 2033; TAR, Friuli Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 13 ottobre 2011, n. 433. Cfr. anche: Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1, cit., ove il Collegio pone fine ai contrasti tra le sezioni del Consiglio di Stato in relazione al problema della immediata impugnabilità dei bandi aderendo all'orientamento c.d. "tradizionale" secondo il quale l'onere di immediata impugnazione deve essere limitato alle sole clausole riguardanti i requisiti soggettivi di partecipazione. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 809. L'autore commentando la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1/2003 ricostruisce le differenti considerazioni relative all'impugnazione immediata del bando di gara individuando un aspetto processuale ed uno sostanziale. Il primo attiene al contenuto dell'interesse ad agire, il secondo è riferito alla natura dell'atto (nel caso di specie: il bando di gara).

<sup>54</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 20 febbraio 2020, n. 6. Si v. anche Cons. Stato, Ad. Plen. 3 giugno 2011, n. 10 relativa agli ordini professionali, Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1193,

lamente si è riconosciuta una legittimazione a ricorrere *ex lege* che prescinde dalla titolarità di una situazione giuridica soggettiva. Tale circostanza si è verificata in settori molto particolari, quale la tutela dell'ambiente<sup>55</sup> e la tutela dei consumatori<sup>56</sup>, ove l'iscrizione in albi/registri previsti per legge attribuisce la legittimazione a proporre ricorsi innanzi al giudice amministrativo. Il legislatore ha conferito una legittimazione *ex lege* a ricorrere anche per garantire l'efficienza ed il corretto adempimento dell'attività da parte di amministrazioni pubbliche e concessionari di pubblici servizi<sup>57</sup> e ad alcuni soggetti pubblici particolarmente qualificati quali l'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato – AGCM, l'Autorità di regolazione dei trasporti e l'ANAC<sup>58</sup>.

Il fondamento della legittimazione dell'AGCM è stata oggetto di ampi dibattiti<sup>59</sup>. Questo confronto ha evidenziato come determinati settori, principi o

---

ove si è riconosciuto all'ordine degli architetti la possibilità di impugnare l'affidamento senza gara di un servizio.

<sup>55</sup> Legge 8 luglio 1986, n. 349, in cui si riconosce alle associazioni di protezione ambientale la possibilità di richiedere un riconoscimento formale dal Ministero dell'Ambiente (cfr. art. 13 sulle caratteristiche minime per effettuare la richiesta) per conseguire una legittimazione a ricorrere per l'annullamento degli atti illegittimi considerati lesivi dell'interesse ambientale (art. 18, comma 5). Cfr. anche d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 4, art. 146, comma 12 in cui si specifica la possibilità di proporre ricorso contro le autorizzazioni paesaggistiche.

<sup>56</sup> D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 139, confluito nell'art. 840-*bis* c.p.c., in cui si conferisce alle associazioni di consumatori riconosciute dal Ministero dello sviluppo economico la legittimazione ad agire.

<sup>57</sup> D.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, art. 1, comma 1. L'azione, in sede di giurisdizione esclusiva, è possibile in caso di ritardo nell'adozione di atti amministrativi generali e accertata violazione dei livelli o degli standard di qualità predefiniti nelle carte dei servizi.

<sup>58</sup> Si v. legge n. 287/1990, art. 21-*bis* per l'AGCM; d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, art. 36, comma 2, lett. *m*) e *n*), conv. con legge 24 marzo 2012, n. 27, per l'Autorità di regolazione dei trasporti; per altre ipotesi si rinvia a Cons. Stato, Ad. plen., n. 4/2018, al punto 19.3.4. Cfr. anche i casi della Banca d'Italia (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, art. 24, a cui è riconosciuta la possibilità di agire contro delibere delle banche) e del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca (legge 9 maggio 1989, n. 168 ai sensi dell'art. 6 e legge 20 dicembre 2010, n. 240, art. 2, comma 7, circa l'impugnazione degli statuti e dei regolamenti delle università).

<sup>59</sup> Sulla teoria per cui la legittimazione dell'AGCM abbia dato vita ad una giurisdizione di diritto oggettivo conferendo all'Autorità una legittimazione *straordinaria* cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720; TAR Lazio, Roma, II, 6 maggio 2013, n. 4451, ove si riconduce il riferimento alla "*tutela della concorrenza*", contenuto nell'art. 21-*bis*, rimandi a una giurisdizione di diritto oggettivo, correlata alla salvaguardia di un interesse generale. Per un differente orientamento La legittimazione dell'AGCM costituisce una azione a tutela di una situazione giuridica differenziata e qualificata (TAR Lazio, Roma, Sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720; Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246; TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 8 luglio 2016, n. 1356; TAR Calabria, Catan-

interessi possano necessitare di forme di tutela<sup>60</sup> da parte di soggetti giuridici qualificati dal punto di vista delle professionalità e delle risorse. Circa la legittimità costituzionale di tale legittimazione, bisogna considerare che l'intento della norma non è limitare l'introduzione di ipotesi di giurisdizione oggettiva, ma solo di definire uno *standard* di protezione minimo in virtù del quale sia assicurata una tutela davanti al giudice amministrativo a chi sia titolare di una posizione giuridica differenziata nei confronti di un soggetto pubblico<sup>61</sup>.

Tali considerazioni paiono potersi estendere al settore dei contratti pubblici, dove il ruolo dell'AGCM in tema di libera concorrenza si interseca con il potere conferito all'ANAC in tema di rispetto della disciplina in materia di contratti pubblici e della tutela della legalità delle procedure di gara principalmente perseguendo la prevenzione dei rischi rispetto alla loro mera repres-

---

zaro, Sez. I, 29 giugno 2016, n. 1373). In dottrina: CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, pubblicato il 6 giugno 2012, in cui si evidenzia le possibili connessioni con l'introduzione della azione di classe e dell'istituto delle sanzioni alternative di cui all'art. 123 del codice del processo amministrativo. Cfr. anche: SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, 2013, accessibile in [https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Comunicazione/Eventi/\\_evento/\\_Convegno20130228Sandulli](https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Comunicazione/Eventi/_evento/_Convegno20130228Sandulli); CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21 bis della l. n. 287/1990*, in *Conc. e merc.*, 2013, p. 868; Il fondamento del potere dell'AGCM è stato ricondotto anche ad un completamento del potere riconosciuto all'AGCM ai sensi dell'art. 15 del Reg. CE n. 3/2001 e la trasposizione interna della procedura di infrazione prevista dalla normativa dell'Unione ai sensi dell'art. 258 TFUE.

<sup>60</sup> MATTARELLA, *I ricorsi dell'autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 3, p. 291 in cui si spiega la previsione normativa “*semplicemente facendo riferimento alla natura dell'interesse alla concorrenza: un interesse debole perché diffuso, di quelli che frequentemente il legislatore affida alle cure di un'autorità indipendente, o perfino 'adespota'; spesso divergente da quello della singola amministrazione, specialmente se locale, e della relativa popolazione; e, quindi, facilmente leso da atti contro i quali nessuno ha interesse a ricorrere. La disposizione in esame, dunque, può essere spiegata facendo riferimento a una frequente dinamica amministrativa, che induce molte amministrazioni pubbliche a porre ostacoli al libero dispiegarsi della concorrenza, piuttosto che a una sovraordinazione dell'interesse alla concorrenza rispetto ad altri interessi pubblici*”.

<sup>61</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720, relativo alla legittimità costituzionale rispetto all'art. 103 Cost. Si v. anche: Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20, in cui si affermava una violazione dell'art. 113, comma 1, Cost., mediante l'introduzione nel processo amministrativo una figura assimilabile a quella del *pubblico ministero*; Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20; Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246, in cui La giurisprudenza ha però fermamente smentito che l'art. 21-bis possa aver introdotto un “nuovo e generalizzato controllo di legittimità”.

sione, in linea con i principi e le *policies* dell'ordinamento giuridico europeo e nazionale<sup>62</sup>.

L'ordinamento giuridico italiano riconosce all'ANAC due differenti ipotesi di intervento riconducibili alla propria funzione di vigilanza e controllo in materia di contratti pubblici per la tutela dell'interesse pubblico alla legalità e legittimità dell'azione amministrativa<sup>63</sup>, lasciando alla stessa Autorità un margine di autonomia nel delimitare il proprio intervento<sup>64</sup>.

La disciplina pare creare un collegamento tra l'Autorità e gli interessi e le funzioni pubbliche che la legge affida alla sua cura che vanno oltre alla tutela della concorrenza nel settore (concorrenza per il mercato), e sono più in generale orientati a prevenire comportamenti scorretti nei contratti pubblici che possono comportare anche l'illegittimità degli atti posti in essere dalle amministrazioni pubbliche<sup>65</sup> senza richiedere uno specifico interesse al ricorso per l'esercizio dell'azione.

In linea generale, l'ANAC è oggi legittimata ad agire in giudizio “per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”<sup>66</sup>. A tale legittimazione, esercitabile in maniera diretta (senza un contraddittorio con la singola amministrazione<sup>67</sup>), e analogamente a

---

<sup>62</sup> Anche per l'ANAC si segnala come l'impulso a tali finalità sia di matrice europea, ove già parallelamente alla consultazione pubblica per la redazione delle direttive UE in materia di contratti del 2014 e la loro approvazione era stato realizzato l'“Anti-Corruption report” della Commissione europea, accessibile in [https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report_en).

<sup>63</sup> Cons. Stato, Comm. Spec., parere 26 aprile 2018, n. 1119. Cfr. POLLICINO, *La legittimazione ad agire dell'ANAC*, in *Gior. dir. amm.*, 2021, p. 509.

<sup>64</sup> D.lgs. n. 50/2016, art. 211, comma 1-*quater*. Il regolamento è stato emanato con: ANAC delibera 13 giugno 2018, n. 572, *Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 211, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50 e s.m.i.* Si v. anche Cons. Stato, parere 4 aprile 2018, n. 1119.

<sup>65</sup> D.lgs. n. 50/2016, art. 213. Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, in cui il potere dell'ANAC si considera riconosciuto all'Autorità indipendentemente da iniziative o interessi dei singoli operatori economici o dei partecipanti alle procedure di scelta del contraente.

<sup>66</sup> D.lgs. n. 50/2016, art. 211, comma 1-*bis*, comma inserito dall'art. 52-*ter* del d.l. n. 50/2017 conv. con legge 21 giugno 2017, n. 96.

<sup>67</sup> Si rileva come sia comunque possibile per l'Autorità richiedere informazioni alla singola amministrazione in sede di istruttoria.

quanto previsto per l’Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato<sup>68</sup>, si aggiunge la possibilità di impugnare un provvedimento amministrativo ritenuto illegittimo per una grave violazione della disciplina in materia di contratti pubblici in maniera mediata (previo parere motivato che invita l’amministrazione a emendare i vizi di legittimità)<sup>69</sup>.

L’esercizio di ambedue i poteri presenta profili di interesse. In entrambi i casi l’ambito di applicazione oggettivo parrebbe ricomprendere l’intero ciclo del contratto pubblico, dalla programmazione dei fabbisogni, fino al termine dell’esecuzione della prestazione contrattuale e al pagamento delle relative fatture<sup>70</sup>. Tuttavia la possibilità di proporre azioni innanzi al solo giudice amministrativo costituisce un limite all’intervento in sede di esecuzione. In tale fase permane la possibilità di un’impugnazione per gli atti riferiti all’approvazione di varianti e modifiche, ai provvedimenti applicativi della revisione prezzi, alle modifiche sostanziali al contratto contenute nel regolamento adottato dall’Autorità<sup>71</sup>.

La legittimazione ad agire “diretta” è parametrata alle caratteristiche della prestazione contrattuale, potendo essere esercitata limitatamente ai contratti pubblici di “rilevante impatto” (concetto molto ampio che può essere inteso in termini economici o sociali come possono essere quelli riferiti alla realizzazione dei c.d. “grandi eventi”)<sup>72</sup>.

La previsione di un parere motivato nei casi di azione “mediata” è invece collegata alla presenza di “gravi violazioni”<sup>73</sup> e pare volta a creare un con-

---

<sup>68</sup> Legge 10 ottobre 1990, n. 287, art. 21-*bis*. Si v. TAR Lazio, Sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720.

<sup>69</sup> D.lgs. n. 50/2016, art. 211, comma 1-*ter*.

<sup>70</sup> ANAC, *Relazione annuale 2019*, 2 luglio 2020, p. 237, in cui si segnala come i poteri di cui all’art. 211 del d.lgs. n. 50/2016 sono stati esercitati dall’Autorità, nella maggior parte dei casi, in relazione a bandi per i quali non erano ancora scaduti i termini di presentazione delle offerte, individuati tra quelli presenti in BDNCP mediante indagine mirata sulla base di parametri prestabiliti. Tale condotta evidenzia la volontà di intervenire, ove possibile, preferibilmente in via preventiva consentendo alle stazioni appaltanti di intervenire sugli atti emanati.

<sup>71</sup> ANAC delibera 13 giugno 2018, n. 572, *Regolamento sull’esercizio dei poteri di cui all’articolo 211, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50 e s.m.i.*, artt. 4 e 7.

<sup>72</sup> Il riferimento al “rilevante impatto” contenuto nel D.lgs. n. 50/2016, art. 211, comma 1-*bis*, è specificato dall’ANAC nella delibera 13 giugno 2018, n. 572, *Regolamento sull’esercizio dei poteri di cui all’articolo 211, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50 e s.m.i.*, art. 3.

<sup>73</sup> Il riferimento alle “gravi violazioni” contenuto nel d.lgs. n. 50/2016, art. 211, comma 1-*ter*, è specificato dall’ANAC nella delibera 13 giugno 2018, n. 572, *Regolamento sull’esercizio*

fronto con la singola amministrazione per consentire a quest'ultima di conformarsi alle indicazioni dell'Autorità<sup>74</sup>. La disciplina prevista sul punto parrebbe lasciare aperta la possibilità per la singola amministrazione di addurre ulteriori elementi che potranno essere valutati dal Consiglio dell'Autorità in occasione della valutazione circa l'opportunità di proporre un ricorso giurisdizionale in un'ottica di deflazione del contenzioso giurisdizionale<sup>75</sup>.

In entrambi i casi, gli ambiti di intervento unitamente agli atti impugnabili sono individuati con regolamento approvato dalla stessa Autorità<sup>76</sup>.

Il verificarsi delle circostanze previste nel regolamento dell'ANAC e la sussistenza dei presupposti richiamati dal codice dei contratti pubblici costituiscono gli unici elementi che condizionano l'azione non essendo questa subordinata ad ulteriori valutazioni e/o motivazioni<sup>77</sup>.

Risulta di interesse rilevare come l'ANAC possa agire anche in seguito ad una segnalazione proveniente dall'esterno, essendo richiesta (ad es. in relazione all'azione "mediata") unicamente che dalla notizia della (presunta) violazione decorrano i termini per l'adozione del parere motivato<sup>78</sup>. Si potrebbe

---

*dei poteri di cui all'articolo 211, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50 e s.m.i., art. 6.*

<sup>74</sup>In parallelo con la legittimazione dell'AGCM si può sostenere che la previa emanazione del parere motivato costituisce un presupposto per l'ammissibilità del successivo ricorso in sede giurisdizionale. In tale senso: TAR Lazio, Roma, Sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451; Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 27 maggio 2015, n. 7546; Cons. Stato, Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 323.

<sup>75</sup>ANAC delibera 13 giugno 2018, n. 572, *Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 211, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50 e s.m.i., art. 10.* Con riferimento alla giurisprudenza avente ad oggetto l'azione dell'AGCM: Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 1° settembre 2014, n. 9264.

<sup>76</sup>Cfr. d.lgs. n. 50/2016, art. 211, comma 1-*quater*; ANAC delibera 13 giugno 2018, n. 572, *Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 211, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50 e s.m.i., art. 3, comma 2, con riferimento al "rilevante impatto" dei contratti e art. 4 in relazione agli atti impugnabili in caso di esercizio della legittimazione diretta di cui all'art. 211, comma 1-bis e art. 6, comma 2, con riferimento alle "gravi violazioni" e art. 7 in relazione agli atti impugnabili in caso di esercizio della legittimazione "mediata" di cui all'art. 211, comma 1-ter.* Si v. Cons. Stato, Sez. V, 3 novembre 2020, n. 6787.

<sup>77</sup>Cons. Stato, Sez. V, 3 novembre 2020, n. 6787.

<sup>78</sup>Cfr. come nel giudizio azionabile dell'AGCM "chiunque" sia legittimato a richiedere il parere dell'Autorità Sul punto si v. TAR Lazio, Roma, Sez. II, n. 4451/2013; TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, n. 947/2015. Si segnala come tuttavia le segnalazioni del cittadino non sono produttive di alcun vincolo per l'AGCM.

prospettare che soggetti terzi<sup>79</sup>, riscontrata una violazione mediante l'utilizzo degli strumenti previsti dalla disciplina in tema di trasparenza (es. accesso civico e accesso civico generalizzato<sup>80</sup>), segnalino le anomalie all'Autorità. Nello stesso modo la segnalazione potrebbe provenire da: un operatore economico, un ordine professionale o un'associazione di settore. La "notizia" di una possibile violazione può quindi pervenire anche da un soggetto privo di un interesse diretto all'aggiudicazione o allo scorrimento della graduatoria riconoscendo quindi un ruolo di monitoraggio posto a tutela del regolare svolgimento della procedura di gara o della corretta esecuzione del contratto.

Nella legittimazione "mediata"<sup>81</sup>, la previsione di un parere motivato (anziché della "raccomandazione vincolante" prevista in precedenza<sup>82</sup>) consente una attività istruttoria svolta dall'ANAC mediante le professionalità che le sono proprie e potendo richiedere ulteriori informazioni e documenti alla stazione appaltante e a soggetti terzi<sup>83</sup>. Il parere motivato dell'ANAC è trasmesso alla stazione appaltante per consentire, a questa, di conformare autonomamente gli atti posti in essere. Ove la stazione appaltante non si conformi autonomamente entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, "l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo"<sup>84</sup>.

L'ANAC, soggetto terzo rispetto alla stazione appaltante e agli operatori economici (interessati a presentare un'offerta o che hanno preso parte alla ga-

---

<sup>79</sup> RACCA, *The role of third parties in the execution of public contracts*, in FOLLIO-LALLIOT-TORRICELLI (eds.), *Controle et contentieux des contrats publics – Oversight and remedies in public contracts*, Bruxelles, 2017, pp. 415-448.

<sup>80</sup> D.lgs. n. 33/2013, artt. 5 e 5-bis. In giurisprudenza si v. Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10, relativa all'applicazione dell'accesso civico generalizzato anche in materia dei contratti pubblici, sia con riferimento alla fase di gara che in fase di esecuzione.

<sup>81</sup> D.lgs. n. 50/2016, art. 211, comma 1-ter, introdotto con d.l. 24 aprile 2017, n. 50, art. 52-ter, conv. in legge 21 giugno 2017, n. 96.

<sup>82</sup> L'abrogazione del d.lgs. n. 50/2016, art. 211, comma 2 era avvenuta ad opera del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, art. 52-ter conv. in legge 21 giugno 2017, n. 96. In dottrina: LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'Anac*, cit.; CAPUTO, *Linee guida, attribuzioni precontenziose e potere sanzionatorio dell'anac*, in *Urb. e app.*, 2018, p. 5.

<sup>83</sup> ANAC nella delibera 13 giugno 2018, n. 572, *Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 211, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50 e s.m.i.*, art. 8, comma 3.

<sup>84</sup> D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 211, comma 1-ter, comma inserito dall'art. 52-ter del d.l. n. 50/2017.

ra), risulta quindi legittimata ad impugnare atti adottati da una stazione appaltante<sup>85</sup>. Il ricorso dell'ANAC (possibile ove le deduzioni e/o le misure adottate della stazione appaltante a seguito del parere motivato non siano risultate adeguate) ha tuttavia carattere facoltativo e pare costituire una misura residuale rispetto all'adeguamento spontaneo della stazione appaltante. Tale considerazione risulta confermata dalle modalità di esercizio della legittimazione "mediata". Tra la fine del 2018 e la fine del 2019 sono stati adottati undici pareri motivati e in otto casi l'amministrazione si è autonomamente conformata all'atto dell'Autorità<sup>86</sup>. Nel 2020 in due casi il parere motivato adottato dall'Autorità ha portato ad un contenzioso giurisdizionale<sup>87</sup>.

La disciplina prevede l'utilizzo del rito abbreviato relativo ai provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture<sup>88</sup> e la competenza del Tribunale Amministrativo Regionale del luogo in cui ha sede la stazione appaltante. Il termine di 30 giorni assegnato all'Autorità per la presentazione del ricorso pare decorrere dalla scadenza del termine assegnato alla stazione appaltante per conformarsi al parere<sup>89</sup>. I termini previsti dalla disciplina pongono alcune questioni connesse alla possibilità di intervenire in giudizio di soggetti cointeressati all'annullamento dell'atto, che avrebbero potuto autonomamente impugnarlo. In tale contesto occorre valutare la relativa possibilità di intervenire in giudizio in relazione alla decorrenza dei termini decadenziali per la proposizione del ricorso principale.

La legittimazione ad agire di un soggetto terzo consente un monitoraggio esterno sull'attività contrattuale dell'amministrazione pubblica. Il ricorso giu-

---

<sup>85</sup> DE NICTOLIS, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, 1° luglio 2017, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ove l'Autore esclude dall'ambito di applicazione della disciplina i comportamenti e gli atti non provvedimentali posti in essere dalla stazione appaltante.

<sup>86</sup> ANAC, *Relazione annuale 2019*, 2 luglio 2020, p. 237, ove si chiarisce che per tre casi: in uno di questi tre casi (bando per project financing – illuminazione cimiteriale del comune di Pietrelcina) la gara è successivamente andata deserta, di fatto precludendo l'attivazione dei poteri di impugnativa a seguito di mancato adeguamento al parere dell'Autorità; in un secondo caso (bando per accordo quadro relativo a impianti di illuminazione – Asmel Consortile S.c.a.r.l.) l'Autorità ha proposto l'impugnativa che è stata pienamente accolta (TAR Lombardia, Sez. II, 3 febbraio 2020, n. 240); nel terzo caso (bando relativo ad un project financing – illuminazione pubblica – Comune di Vairano Patenora), si è in attesa della pronuncia del giudice amministrativo.

<sup>87</sup> ANAC, *Relazione annuale 2020*, 18 giugno 2021, p. 295.

<sup>88</sup> D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 120. A titolo esemplificativo si veda TAR Campania, Salerno, Sez. I, 2 gennaio 2021, n. 1.

<sup>89</sup> DE NICTOLIS, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, cit., pp. 30-31.

risdizionale dell’Autorità richiama quanto avviene in altre esperienze europee, ove l’intervento di autorità e agenzie in settori connotati dalla necessità di conoscenze tecniche, giuridiche ed economiche trova riscontro nella disciplina<sup>90</sup> e l’efficacia di tali interventi è ulteriormente legittimata dalle autorità giurisdizionali nazionali.

Se apparentemente la previsione della legittimazione processuale all’ANAC, in un contesto di riduzione del contenzioso giurisdizionale nel settore, pare costituire un paradosso, preme rilevare come, in presenza delle giuste condizioni, l’istituto possa contribuire in senso inverso a prevenire condotte scorrette da parte delle stazioni appaltanti (soprattutto in relazione alla legittimazione “diretta”) e a disincentivare eventuali comportamenti scorretti posti in essere all’interno del mercato dei contratti pubblici che possono comportare un contenzioso giurisdizionale (in relazione alla legittimazione “mediata”, ove il parere motivato dell’Autorità può consentire all’amministrazione di conformare la propria azione alla disciplina)<sup>91</sup>.

## **5. Il ruolo dell’Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato e dell’Autorità Nazionale Anticorruzione: la deflazione del contenzioso giurisdizionale e gli effetti sul mercato dei contratti pubblici**

L’uso distorto dei contratti pubblici da parte delle amministrazioni aggiudicatrici<sup>92</sup>, i comportamenti collusivi da parte degli operatori economici<sup>93</sup>, la

---

<sup>90</sup> RACCA, *The role of third parties in the execution of public contracts*, cit., pp. 415-448; RACCA-CAVALLO PERIN, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, in RACCA-YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, cit., pp. 42-46.

<sup>91</sup> LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell’Anac*, cit., p. 13, in cui “l’eccesso di contenzioso” viene definito come uno dei “mali” del settore.

<sup>92</sup> DECAROLIS-GIORGIANTONIO, *Corruption red flags in public procurement: new evidence from Italian calls for tenders*, cit., pp. 11-12.

<sup>93</sup> OECD, *Linee guida per la lotta contro le turbative d’asta negli appalti pubblici*, 2009, accessibile in <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162111.pdf>; cfr. anche *The 2012 Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, 2012, accessibile in <https://www.oecd.org/daf/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm> e il *Report on implementing the OECD Recommendation*, 2016, accessibile in <https://www.oecd.org/daf/competition/Fighting-bid-rigging-in-public-procurement-2016-implementation>

complessità della disciplina giuridica, il rischio di contenzioso e la sua durata ed i ritardi nei pagamenti da parte dei soggetti pubblici sono elementi che comunemente concorrono a ostacolare o disincentivare<sup>94</sup> l'ingresso nel mercato dei contratti pubblici da parte di numerosi operatori economici e delle piccole e medie imprese in particolare<sup>95</sup>. Questi rischi contribuiscono a dare una percezione del settore tale da disincentivare gli investimenti necessari per la partecipazione ad una procedura di scelta del contraente escludendo (di fatto) parte delle imprese dal mercato. Gli operatori economici già presenti all'interno del mercato dei contratti pubblici risultano disincentivati dal presentare soluzioni "innovative" preferendo, salvo diversa indicazione dei documenti di gara, l'offerta di soluzioni maggiormente standardizzate<sup>96</sup>. Tali comportamenti riducono il livello di concorrenza nei singoli mercati di riferimento (ad es. favorendo posizioni dominanti di alcune imprese o rendendo possibile la realizzazione di accordi tra concorrenti).

L'AGCM e l'ANAC rappresentano, per le rispettive competenze, i soggetti che possono contribuire grazie alla loro qualificazione tecnica al corretto funzionamento del mercato (condizione necessaria per garantire sia l'effettività della libera concorrenza prevista dall'ordinamento giuridico europeo, sia l'individuazione del "miglior" contraente) e a migliorare l'immagine del settore e la percezione che se ne ha all'esterno<sup>97</sup>.

---

*tion-report.pdf*. Si v. Commissione UE, *Comunicazione sugli strumenti per combattere la collusione negli appalti pubblici e sugli orientamenti riguardanti le modalità di applicazione del relativo motivo di esclusione*, 2021.

<sup>94</sup> Sulle problematiche connesse ai contratti pubblici in rapporto all'evoluzione della disciplina ed alla sua interpretazione cfr. *Fabio Cintioli versus Marco Mazzamuto: riformare i contratti pubblici?*, in *Dir. econ.*, 2020, p. 847 s.

<sup>95</sup> Per una analisi circa la partecipazione delle PMI alle procedure di scelta del contraente negli Stati Membri dell'UE, si v. Commissione UE, *Analysis of the SMEs' participation in public procurement and the measures to support it – Final report*, 2019.

<sup>96</sup> Sulla preferenza per soluzioni maggiormente comuni e sull'avversione all'innovazione da parte di operatori economici e amministrazioni pubbliche si v. in generale: Parlamento UE, *Contribution to Growth. European Public Procurement. Delivering Economic Benefits for Citizens and Businesses*, gennaio 2019; Commissione UE, *Study on "Strategic Use of Public Procurement in promoting green, social and innovation policies"*, Final Report, 2015, in [https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0025/39805/Study-on-Strategic-use-of-public-procurement-in-promoting-green,-social-and-innovation-policies.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0025/39805/Study-on-Strategic-use-of-public-procurement-in-promoting-green,-social-and-innovation-policies.pdf); OECD, *Public Procurement for Innovation. Good Practices and Strategies*, 2 giugno 2017, in <https://www.oecd.org/gov/public-procurement-for-innovation-9789264265820-en.htm>.

<sup>97</sup> Di interesse pare l'intento della Commissione UE di istituire uno *scoreboard* per la valutazione dei sistemi di remedies nazionali. Cfr. Commissione UE, *New EU network of review*

Il conseguimento da parte dell'AGCM e dell'ANAC (e della loro attività) di una maggiore legittimazione (intesa quale riconoscimento della qualità dell'operato svolto) a livello nazionale (conseguente alle specifiche risorse, competenze e professionalità di cui dispongono ed in relazione alle proprie finalità istituzionali), contribuirebbe a correggere il comportamento delle amministrazioni pubbliche senza richiedere un ricorso all'autorità giudiziaria (chiaramente senza escluderne a priori la possibilità). L'attività di precontenzioso dell'ANAC e la legittimazione ad agire delle Autorità paiono strumenti idonei al perseguimento delle finalità prospettate.

Se la legittimazione a ricorrere era stata conferita all'AGCM per rafforzare il proprio potere di *advocacy* (che si esprime in forma di pareri e segnalazioni alle quali però le amministrazioni pubbliche non sono tenute a dar seguito e che rischiavano di essere ignorati), per l'ANAC l'introduzione di tale legittimazione pare volta a superare l'abrogazione delle raccomandazioni vincolanti (che erano volte ad imporre un annullamento in autotutela degli atti ritenuti illegittimi). Tuttavia la circostanza che la singola amministrazione non si conformi al parere motivato adottato dall'Autorità può conseguire a molteplici fattori tra cui non ultima la percezione della mancanza di una legittimazione o di un riconoscimento di attendibilità dei pareri/opinioni/indicazioni adottati.

La comunicazione di un parere (sia esso un parere di precontenzioso o abbia ad oggetto la legittimazione "mediata" introdotta nel 2017), o altra forma di indicazione o opinione, dovrebbe risultare sufficiente per "incentivare" le singole amministrazioni e funzionari pubblici a conformare la propria attività.

Nello stesso modo, l'opinione delle Autorità dovrebbe essere considerata rilevante anche da parte degli operatori economici. Questi dovrebbero trovare conferme nelle pronunce del giudice amministrativo di quanto indicato dall'Autorità stessa in precedenza. In tale contesto eventuali ricorsi "pretestuosi", anche avverso gli atti dell'Autorità, risulterebbero disincentivati attraverso la corretta applicazione delle misure previste in caso di lite temeraria<sup>98</sup>.

La legittimazione, intesa quindi come riconoscimento in termini di valore, delle Autorità che operano, con differenti ruoli, nel settore dei contratti pub-

---

*bodies to make public procurement remedies more efficient*, 2017, [https://ec.europa.eu/growth/content/new-eu-network-review-bodies-make-public-procurement-remedies-more-efficient-0\\_en](https://ec.europa.eu/growth/content/new-eu-network-review-bodies-make-public-procurement-remedies-more-efficient-0_en). Circa il ruolo di *advocacy* svolto da tali Autorità si v. ANGELINI, *Appalti, concorrenza e attività di segnalazione nel sistema globale*, in FIORENTINO-LA CHIMIA, *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, Bologna, 2021, p. 101 s.

<sup>98</sup> Si v. il combinato del d.lgs. n. 50/2016, art. 211, comma 1, e del d.lgs. n. 104/2010, art. 26.

blici, potrebbe contribuire a garantire in maniera efficiente l'effettività della tutela dei privati che entrano in rapporti con la Pubblica Amministrazione e la tempestività dell'azione giurisdizionale. Una maggiore efficienza delle procedure volte alla risoluzione delle controversie<sup>99</sup> potrebbe consentire come effetto indiretto l'accesso di nuove imprese nel mercato dei contratti pubblici e/o un comportamento maggiormente corretto delle imprese che già vi operano all'interno.

L'individuazione di procedure di risoluzione delle controversie rapide deve essere coordinata con la capacità di dare certezza alle decisioni adottate in sede di precontenzioso. Questa connessione è uno degli elementi necessari per il funzionamento efficiente del settore e richiede un intervento da parte di tutti i soggetti che operano all'interno del mercato.

Le singole amministrazioni possono conseguire, nelle opinioni delle Autorità, un supporto per il più efficiente svolgimento delle proprie attività e che non deve essere percepita come un'ingerenza esterna. Gli organi di giustizia amministrativa sono chiamati a sanzionare i comportamenti delle parti che, in contrasto con gli orientamenti delle Autorità (e in alcuni casi dei precedenti giurisprudenziali), paiono unicamente volti ad allungare le tempistiche della risoluzione della controversia mediante il contenzioso.

Alle Autorità spetta il compito più arduo. Questi soggetti sono chiamati a svolgere le proprie funzioni con elevati livelli di professionalità (anche mediante forme di collaborazione con le autorità giudiziarie amministrative) ripristinando una percezione di fiducia nel settore dei contratti pubblici. Così come avviene in altri ordinamenti giuridici in cui la tutela è demandata ad Autorità o Agenzie indipendenti il cui orientamento viene raramente messo in discussione in sede giurisdizionale.

Tale obiettivo non può che essere perseguito nel lungo periodo ma richiede un'attività quotidiana. A questa pare ispirarsi la recente attività delle Autorità che sempre di più collaborano e si coordinano con gli organi di giustizia amministrativa. Si pensi come al fine di creare un indirizzo unico e conforme sia di-

---

<sup>99</sup> Per una analisi comparata svolta a livello europeo circa l'efficienza dei sistemi di tutela nel settore dei contratti pubblici cfr. il report realizzato da Europe Economics e Milieu per la Commissione UE, *Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts*, 2015, accessibile in <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7f460be2-f8b5-4f22-91ce-36376cb29a04>. Si v. anche Commissione UE, *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio concernente l'efficacia della Direttiva 89/665/CEE e della Direttiva 92/13/CEE, come modificate dalla Direttiva 2007/66/CE, sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di Appalti pubblici*, 24 gennaio 2017, COM(2017) 28 final.

venuta una prassi la richiesta di un parere preventivo (rispetto all'adozione di atti quali i propri regolamenti<sup>100</sup>) al Consiglio di Stato o l'istituzione di tavoli di lavoro congiunto per la definizione di azioni comuni allo scopo di coordinare e rendere efficiente il ruolo delle Autorità anche in sede di precontenzioso.

---

<sup>100</sup> Quale a titolo esemplificativo proprio il *Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 211, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50 e s.m.i.*, adottato con delibera ANAC 13 giugno 2018, n. 572.