

Le linee guida dell'ANAC in materia di contratti pubblici: un breve *excursus* fra vecchi problemi di inquadramento e l'attuale ritorno al regolamento unico

Mariano Fazio

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I pareri del Consiglio di Stato sulle «vecchie» linee guida dell'ANAC: la classificazione proposta e alcune implicazioni sostanziali. 3. (*Segue*) I criteri per differenziare le linee guida – 4. (*Segue*) Una sintesi e alcune criticità. – 5. Il ritorno al regolamento unico sancito dal decreto-legge n. 32 del 2019, cosiddetto «Sblocca Cantieri». – 6. Bilancio e conclusioni.

1. *Premessa*

Tra le novità più significative della riforma dei contratti pubblici prevista dalla legge delega 28 gennaio 2016 n. 11¹ v'era senza dubbio l'abbandono del modello del regolamento unico (d.p.r. 207/2010), in favore di un sistema di attuazione della disciplina primaria, contenuta nel Codice, oltremodo variegato, visto che, tra decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, atti dell'ANAC, d.p.c.m., decreti di altri Ministri, atti demandati alla Consip e alle centrali di committenza, il parere della Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato², reso sulla bozza di quello che sarebbe stato poi promulgato come d.lgs. n. 50/2016, aveva contato oltre cinquanta atti *lato sensu* attuativi³.

Al centro del presente elaborato vi sono le linee guida adottate con delibera dell'ANAC, che dopo l'esperienza del regolamento unico sembrava dovessero

¹ Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

² D'ora innanzi, per comodità, il Consiglio di Stato.

³ Cons. Stato, comm. spec., parere 1 aprile 2016 n. 855, 31 e ss.

rappresentare l'estremo tentativo di conciliare esigenze di flessibilità e certezza dei rapporti giuridici nella materia *de qua*⁴.

L'uso del passato è dovuto al fatto che, nelle more della pubblicazione del presente contributo, il decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32⁵, cosiddetto «Sblocca

⁴ La letteratura sui nuovi poteri di regolazione in materia di contratti pubblici attribuiti all'ANAC è già ricchissima. Per un recente lavoro di impronta monografica si veda P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018. Più in generale, sulle linee guida, cfr. V. Italia, *Le linee guida e le leggi*, Milano, 2016 (ma dello stesso Autore si vedano anche *L'anatomia delle leggi*, Milano, 2018 e *Guida allo studio del diritto. Metodo per comprendere le regole giuridiche*, Milano, 2018). Tra gli articoli su rivista si segnalano: R. Cantone, C. Bova, *L'ANAC alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici; un ponte verso il nuovo codice degli appalti?*, *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 2; M.P. Chiti., *Il nuovo codice dei contratti pubblici il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 4; R. Greco, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016; F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, <http://www.italiappalti.it>, 2016; C. Contessa, *Dalla legge delega al nuovo Codice: opportunità e profili di criticità*, *GiustAmm.it*, 2016; C. Contessa, *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 4; P. Cosmai, *La nuova governance degli appalti pubblici: partono le linee guida ANAC*, *Azienditalia*, 2016, 6; E. D'Alterio, *Il nuovo codice dei contratti pubblici regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 4; R. De Nictolis, *Il ruolo dell'ANAC nei settori speciali e il sistema della regolazione flessibile*, <https://www.giustizia-amministrativa.it>, 2017, della stessa Autrice si segnalano anche altri articoli sul tema: *Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, <https://www.giustizia-amministrativa.it>, 2016, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, *Urbanistica e appalti*, 2016, 5, *Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del codice. Le linee guida ANAC sui gravi illeciti professionali*, <https://www.giustizia-amministrativa.it>, 2016; *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, 1 luglio 2017, <https://www.giustizia-amministrativa.it>, 2017; C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, <https://www.giustizia-amministrativa.it>, 2016; L. De Pauli, L. Mazzeo, *Le Linee Guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, *Urbanistica e Appalti*, 2018, 2; F. Di Cristina, *Le misure urgenti sulla pubblica amministrazione. La nuova vita dell'ANAC e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 11; V. Italia, *I Regolamenti comunali sui contratti pubblici, il Codice dei contratti pubblici e le Linee guida dell'ANAC*, *Diritto e processo amministrativo*, 2018, 1, 5-12; N. Mari, *Linee Guida ANAC: la soft law e la gerarchia delle fonti*, www.italiappalti.it, 2017; M. Morbidelli, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, *Diritto Amministrativo*, 2016, 3; V. Neri, *Disapplicazione delle linee guida ANAC e rilevanza penale della loro violazione*, *Urbanistica e appalti*, 2018, 2; N. Parisi, M.L. Chimenti, *Il ruolo dell'ANAC nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, *Diritto del Commercio Internazionale*, 2015, 2; R. Proietti, *Le principali novità in tema di contratti e concessioni pubbliche*, *Corriere Giur.*, 2016; M.G. Racca, *Dall'autorità sui contratti pubblici all'autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, *Diritto Amministrativo*, 2015, 2-3; L. Torchia, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, <http://www.rivistadellaregolazioneideimercati.it>, 2016, 2; S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, <http://www.rivistadellaregolazioneideimercati.it>, 2016, 1; S. Valaguzza, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, <http://www.rivistadellaregolazioneideimercati.it>, 2017, 1; S. Usai, *L'intensità del principio di rotazione nelle nuove linee guida n. 4 dell'ANAC*, *Appalti e Contratti*, 2018, 6. Sulla nuova disciplina dei contratti pubblici: Aa.Vv., *L'attuazione del nuovo codice dei contratti pubblici: problemi, prospettive, verifiche*, <https://www.italiadicide.it>, 2016; M. Cafagno, *Analisi economica e procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici, alla luce delle nuove direttive europee*, *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2014, 21; F. Fracchia, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2015, 6; G. Greco, *La direttiva in materia di concessioni*, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, 5; A. Pajno, L. Torchia (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, <http://www.astrod-online.it>, 2015; A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2015, 5; L. Torchia L., *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 5; L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, *Diritto Amministrativo*, 2015, 2-3.

⁵ Convertito dalla legge 14 giugno 2019 n. 55.

Cantieri», ha programmato un ritorno allo schema del regolamento unico e, con esso, una rideterminazione dei poteri di regolazione attribuiti all'Autorità nazionale anticorruzione.

Lo scritto seguirà pertanto un itinerario evolutivo.

La parte iniziale sarà parametrata all'attuale assetto prescrittivo (gli atti attuativi adottati sulla base delle norme codicistiche abrogate dallo Sblocca Cantieri rimarranno efficaci fino alla data di entrata in vigore del nuovo regolamento) e rievocherà le soluzioni ai problemi di inquadramento delle delibere dell'ANAC, coevi alla riforma del 2016, formulate dal Consiglio di Stato nell'ambito del già richiamato parere sullo schema del d.lgs. n. 50 del 2016 e in altri pareri consultivi resi sulle prime bozze di linee guida⁶.

Questo excursus offrirà gli spunti necessari per articolare, nella parte finale del lavoro, un commento critico che verrà indirizzato, dapprima, alle soluzioni in quella sede elaborate per contenere lo spazio applicativo delle – già «vecchie» – linee guida «vincolanti» dell'ANAC e, successivamente, alla più recente decisione governativa di interrompere la sperimentazione del modello di attuazione delineato dalla l. n. 11 del 2016, in favore di un nuovo regolamento unico.

2. *I pareri del Consiglio di Stato sulle «vecchie» linee guida dell'ANAC: la classificazione proposta e alcune implicazioni sostanziali.*

Di fronte alla bozza di d.lgs. n. 50 del 2016⁷, il Consiglio di Stato avvertì anzitutto l'esigenza di isolare le norme fondative del nascente sistema di attuazione del Codice.

L'attenzione cadde sulle disposizioni dell'art. 1 della legge delega n. 11 del 2016, che attribuivano all'ANAC il potere di adottare «atti di indirizzo, quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, eventualmente dotati di efficacia vincolante e comunque impugnabili in sede giurisdizionale amministrativa» (art. 1, comma 1, lett. t), che demandavano al Governo l'individuazione dei casi in cui all'adozione degli «atti di indirizzo» avrebbe dovuto seguire la trasmissione alle Camere di apposite relazioni (art. 1, comma 1, lettera u) e che, nell'ipotizzare l'abrogazione (da parte del decreto

⁶ Sullo sfondo della classificazione veicolata dai pareri del Consiglio di Stato aleggiavano questioni ancora dibattute sul sistema delle fonti del diritto amministrativo – come l'individuazione concreta della linea di demarcazione tra gli atti normativi, in particolare regolamentari, e gli atti amministrativi generali, la qualificazione e il regime giuridico delle direttive e delle circolari, l'inquadramento della *soft law* – che non si ha naturalmente la pretesa di risolvere in questa sede. Per gli ampi e puntuali riferimenti bibliografici su questi temi, cfr. G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit. Si rimanda inoltre alle note immediatamente successive (cfr. in particolare nota 7).

⁷ Cons. Stato, comm. spec., parere 1 aprile 2016, cit.

di riordino)⁸ del regolamento di esecuzione e attuazione del vecchio codice dei contratti pubblici, prevedevano l'emanazione di «linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti», da trasmettere alle Commissioni parlamentari, per il parere di competenza (art. 1, commi 4 e 5).

Sulla base di questi addentellati il Consiglio di Stato concluse che la volontà del legislatore era stata di affidare l'attuazione del d.lgs. 50 del 2016 a tre differenti tipologie di atti: le linee guida proposte dall'ANAC e adottate con decreto del Ministero dei trasporti e delle infrastrutture (la prima) e le linee guida adottate con delibera dell'ANAC, che potevano assumere carattere «vincolante» (la seconda) oppure «non vincolante» (la terza)⁹.

Se i decreti del Ministero dei trasporti che recepiscono le proposte dell'Autorità furono inquadrati, indipendentemente dal *nomen juris* fornito dalla delega e dallo stesso codice, tra i regolamenti ministeriali di cui all'art. 17, comma 3 della legge 23 agosto 1988, n. 400 (con tutte le conseguenze di regime che questa assimilazione comportava)¹⁰, le delibere dell'ANAC¹¹ vennero accostate – non alla

⁸ La legge delega ha lasciato il Governo libero di scegliere tra una ricezione semplificata delle direttive, seguita da un decreto di riordino dell'intera disciplina e un intervento unitario sia per l'attuazione delle direttive che per il riordino. Alla fine l'Esecutivo ha optato per il secondo modello.

⁹ In questi termini, Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767, reso sul testo delle linee guida dell'ANAC in materia di responsabile unico del procedimento, offerta economicamente più vantaggiosa, e servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria.

¹⁰ In particolare, per Cons. Stato, comm. spec., parere 1 aprile 2016, cit., la classificazione rilevarebbe in termini di (i) «forza e valore dell'atto» (tra l'altro, «resistenza all'abrogazione da parte di fonti sotto-ordinate» e «disapplicabilità entro i limiti fissati dalla giurisprudenza amministrativa in sede giurisdizionale») – ricorda G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit. che «il regolamento, a differenza dell'atto amministrativo generale, può essere disapplicato in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità» e che «il provvedimento in contrasto con il regolamento, a differenza di quello in contrasto con l'atto normativo generale, è disapplicabile, dal giudice ordinario o anche tributario» –; (ii) «forma e disciplina procedimentale stabilite dall'art. 17, commi 3 e 4 della legge 23 agosto 1988 n. 400» (comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri, parere del Consiglio di Stato, visto e registrazione della Corte dei conti, pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale), che la legge delega avrebbe inteso rafforzare con la previsione del parere delle commissioni parlamentari; (iii) «prerogative regolamentari riconosciute allo Stato e alle Regioni», tenuto conto dell'art. 117, comma 6, Cost., che riserva al primo la potestà regolamentare nelle sole materie di sua competenza esclusiva e dell'esistenza nella materia dei contratti pubblici di titoli di competenza di queste ultime (cfr. Corte Cost., sentenza 23 novembre 2007, n. 401). Se questi tratti caratterizzano fortemente i regolamenti (ma per una completa rassegna, attenta anche ai profili di diritto penale, cfr. ancora G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit.) è noto che, per il resto, le differenze tra regolamenti e atti amministrativi generali tendono a sfumarsi (questo discorso può valere, ad esempio, per gli attributi riconosciuti ai decreti del Ministero dei trasporti da Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, cit., relativi alla mancanza di immediata lesività, alla subordinazione alle norme di grado superiore e all'obbligo, per le amministrazioni e gli enti aggiudicatori, di osservarne i precetti, pena l'illegittimità dei provvedimenti attuativi). In argomento, tra i contributi più recenti, M. Ramajoli, B. Tonoletti, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Diritto amministrativo*, 1-2, 2013; M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2015, 4; B. Tonoletti, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2015, 2-3..

¹¹ Una rassegna delle linee guida appartenenti a questa seconda tipologia è offerta nel quinto paragrafo del presente contributo.

categoria dei regolamenti, bensì – agli atti amministrativi generali «appartenenti al *genus* degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti» (quelle vincolanti) o «con valore di indirizzo a fini di orientamento dei comportamenti di stazioni appaltanti e operatori economici» (quelle non vincolanti)¹².

Come riconobbe lo stesso Consiglio di Stato¹³, il tema della natura delle linee guida si poneva in termini problematici soprattutto per le delibere a carattere vincolante dell'Autorità, poiché, in linea teorica, queste potevano essere considerate anche quali «atti normativi atipici».

Questa affermazione fu duramente criticata in dottrina con l'osservazione che se davvero la legge delega avesse autorizzato l'emanazione di atti di normazione sub-legislativa al di fuori dello schema del regolamento, oltretutto affidandoli alla responsabilità di un'autorità diversa dal Governo, essa sarebbe potuta incorrere in plurime eccezioni di incostituzionalità: per violazione del precetto che configura l'attività di normazione sub-primaria come consentita nella sola forma tipica del regolamento, del riparto di competenze tra Stato e Regioni (se le linee guida avessero riguardato una materia estranea a quelle di competenza esclusiva dello Stato)¹⁴, dell'art. 76, Cost. («l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti»)¹⁵ e delle prerogative consultive del Consiglio di Stato, come riconosciute dall'art. 100 della stessa Carta Costituzione¹⁶ e declinate dall'art. 17 della legge n. 400 del 1988¹⁷.

Alcuni Autori spinsero questo ragionamento fino alle sue estreme conseguenze e conclusero che – potendo la legge delega validamente fondare un potere normativo solo rispetto ai decreti ministeriali – l'operatività delle linee guida

¹² Così Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, cit., che sul punto precisa le proposizioni del parere 1 aprile 2016, cit., che si limitavano a inquadrare le linee guida a carattere non vincolante come «ordinari atti amministrativi».

¹³ Cfr. parere n. 14 settembre 2016, cit.

¹⁴ Così C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, cit.

¹⁵ Cfr. M.P. Chiti, *Il nuovo codice dei contratti pubblici, Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit.: «A meno che non si provi la prospettiva è stimolante a contestare la vincolatività delle linee guida che così si autoproclamano, tramite un'eccezione di incostituzionalità della legge delega (art. 1, comma 1, lett. t) che ha attribuito ad autorità amministrative un potere normativo "anche vincolante", fonte di restrizioni e sanzioni, senza averne definito per niente condizioni e limiti».

In termini simili, C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, cit.: «le disposizioni che autorizzano l'emanazione di atti di normazione sub-legislativa al di fuori dello schema del regolamento... potrebbero, in ipotesi, ritenersi incostituzionali per violazione dell'art. 76 Cost., se contenute in un decreto legislativo, ma senza che la legge delega avesse autorizzato il Governo ad affidare la normazione secondaria a un atto atipico».

¹⁶ «Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione».

¹⁷ Così espressamente, C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, cit.

dovesse essere circoscritta ai soli ambiti che esulavano dal precetto normativo: l'ANAC, in altri termini, avrebbe potuto adottare solo linee guida *non* vincolanti¹⁸.

Anche la possibilità di assimilare le delibere dell'Autorità a «tipici atti di regolazione di un'autorità indipendente» fu presto messa in discussione: da parte di alcuni, sul ritenuto presupposto che, nel caso di ANAC, sarebbero mancati gli stessi elementi costitutivi del modello delle *Authorities*¹⁹; da parte di altri, sulla base del rilievo più generale che la categoria degli atti di regolazione sarebbe utile per dare un nome all'ampia gamma degli atti delle autorità indipendenti, ma non per stabilire se un determinato atto sia un regolamento o un atto amministrativo generale²⁰.

Muovendo da questo rilievo, una parte della dottrina suggerì di abbandonare il criterio soggettivo incentrato sull'asserita natura di autorità indipendente di ANAC, in favore di un approccio ermeneutico che privilegiasse la considerazione del contenuto oggettivo degli atti, e per tale via giunse ad ascrivere le linee guida vincolanti al genere dei regolamenti²¹, dopo aver osservato, sulla scorta del tradizionale modo di distinguere i regolamenti dagli atti amministrativi generali, che le delibere dell'Autorità non avevano la capacità (propria dei secondi) di «chiudere la fattispecie, producendo effetti nei confronti di destinatari che sono

¹⁸ Così ancora C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, cit. Similmente C. Contessa, *Dalla legge delega al nuovo Codice: opportunità e profili di criticità*, cit.

¹⁹ F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, in <http://www.italiappalti.it>: le delibere dell'Autorità non presenterebbero i necessari «caratteri della tecnicità e della settorialità», né interverrebbero «in un mercato che esige una regolazione autonoma dal Governo», visto che «nel mercato dei lavori pubblici l'Esecutivo non controll[erebbe], direttamente o indirettamente, alcuna impresa, monopolista o ex monopolista, che rivesta una posizione dominante». ANAC, dal canto suo, non sarebbe un'amministrazione «neutrale». La neutralità, soggiunge l'A. al riguardo, «implica che l'ente non abbia un proprio interesse pubblico da perseguire» né operi «secondo il canone della imparzialità ex art. 97 Cost.», dovendo al contrario «limitarsi ad una sorta di ruolo arbitrale» e porsi «del tutto al di fuori degli interessi in conflitto». Questa logica, tuttavia, difetterebbe rispetto ai poteri di vigilanza che l'ANAC esercita sulle stazioni appaltanti e sulle SOA. E i compiti di prevenzione e contrasto della corruzione che la legge attribuisce all'Autorità accentuerebbero la distanza dai tratti tipici dell'amministrazione neutrale: poiché «l'interesse pubblico in questione, lungi dal presupporre un approccio» (per l'appunto) «neutrale e indifferente rispetto agli interessi in gioco, esprimerebbe una evidente e potente carica finalistica». Inoltre, i poteri regolativi di ANAC non troverebbero nel diritto europeo quello stesso fondamento garantito invece alle altre Autorità indipendenti, poiché le Direttive sui contratti pubblici non avrebbero come destinatarie le autorità indipendenti degli Stati membri, ma le stazioni appaltanti e gli organi di ricorso (in Italia il Giudice Amministrativo), né esse farebbero menzione del fine anticorruzione. Di diverso avviso S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., per la quale i poteri di ANAC troverebbero fondamento nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 (c.d. Convenzione di Merida).

²⁰ In questi termini F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, cit. nel commentare l'intervento di Giuseppe Morbidelli al convegno di Varenna del 2016 sul tema «L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione».

²¹ Tra i primi M.P. Chiti, *Il nuovo codice dei contratti pubblici, Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit. e Morbidelli G., *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit.

indeterminati *ex ante* ma determinabili a posteriori» (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria 9 maggio 2012, n. 9)²².

Evidentemente questa tesi era antitetica a quella che dalla sostanza normativa delle linee guida ricavava motivi di delegittimazione della riforma. In particolare, per i sostenitori della parificazione delle linee guida vincolanti ai regolamenti non doveva meravigliare il fatto che una legge conferisse un potere regolamentare ad un ente estraneo al circuito della legittimazione democratico-rappresentativa, sia perché la disponibilità del potere regolamentare sarebbe nelle mani del legislatore ordinario²³ sia perché lo stesso potere non sarebbe riducibile né ad un *numerus clausus* né ad una tipizzazione sotto il profilo del *nomen* e della procedura (ché questa tipizzazione sarebbe riscontrabile solo con riguardo ai regolamenti governativi e ministeriali di cui alla l. 400/1988)²⁴. Tanto meno la possibilità di quel conferimento sarebbe preclusa dall'art. 117, comma 6, Cost.: e ciò, non solo perché al fine di radicare la competenza dello Stato si potrebbero richiamare le materie della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile, ma anche perché le peculiarità di ANAC rispetto alle più comuni autorità indipendenti non sarebbero tali da far concludere per l'equiparazione di questa al modello delle agenzie tecniche al servizio del Governo, di cui all'art. 8 del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300 (circostanza questa che si renderebbe concreto il problema dei limiti costituzionali al potere regolamentare statale)²⁵.

Entro questa cornice teorica, la proposta del Consiglio di Stato di assimilare le linee guida vincolanti alla categoria degli atti amministrativi generali acquisì per certi versi la natura e il carattere del compromesso: «il riconoscimento per tali provvedimenti di una vera e propria natura normativa *extra ordinem* suscita non poche perplessità di tipo sistematico e ordinamentale» – si poteva leggere nel già citato parere sullo schema di d.lgs. n. 50/2016 – «soprattutto in assenza di un fondamento chiaro per un'innovazione così diretta del nostro sistema delle fonti [...pertanto] questo Consiglio di Stato ritiene preferibile l'opzione interpretativa che combina la valenza certamente generale dei provvedimenti in questione con la natura del soggetto emanante (l'ANAC), la quale si configura a tutti gli effetti come un'Autorità amministrativa indipendente, con funzioni (anche) di regolazione [...e] logico ricondurre le linee guida (e gli atti a esse assimilati) dell'ANAC alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non

²² Così F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, cit.

²³ F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, cit.

²⁴ G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit.

²⁵ In questi termini F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, cit. In generale, sulla distinzione tra Agenzie e Autorità amministrative indipendenti, v. E. Bruti Liberati, *La regolazione dei mercati energetici tra l'autorità per l'energia elettrica e il gas e il governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, fasc. 2, 435.

sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, ‘di regolazione’²⁶.

La questione venne ripresa e sviluppata nel parere sullo schema di regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso²⁷.

Ivi, il Consiglio di Stato affermò che le Autorità indipendenti sono legittimate ad adottare «regolamenti di esecuzione, di attuazione e di organizzazione, anche a prescindere da un’esplicita autorizzazione di legge»²⁸, chiarendo in questo modo che le adombrate perplessità non riguardavano la possibilità di riconoscere in capo all’ANAC un potere normativo.

Piuttosto, il Consiglio di Stato arguì che la complessità della classificazione delle linee guida vincolanti derivava dalla discrasia tra la forma (il nome) – visto che, secondo la concezione tradizionale, le linee guida costituirebbero un’espressione propria del potere di direttiva, che si declina per mezzo di raccomandazioni, istruzioni operative e quindi mediante l’indicazione di modalità attuative del precetto normativo, ma mai per mezzo di regole cogenti e vincolanti – e la sostanza, ovvero l’efficacia (per l’appunto anche) vincolante riconosciuta agli atti in questione²⁹. In questo quadro – concludeva il parere – «le linee guida vincolanti dovevano essere inquadrate nella *soft law*, riconoscendo loro natura amministrativa, per non derogare al principio di tipicità delle fonti normative che presidia la *hard law*»³⁰.

Lasciando per il momento sullo sfondo il riferimento all’espressione *soft law* (probabilmente utilizzata in senso lato, in quella sede), alla base della sussunzione delle linee guida vincolanti sotto la categoria degli atti amministrativi generali stava dunque la preoccupazione (enfaticata dai sostenitori dell’impostazione più radicale, sopra tratteggiata) di derogare al principio di tipicità degli atti normativi secondari; un timore questo che, per stessa ammissione del Consiglio di Stato, avrebbe vinto l’apparente distanza delle linee guida dai tratti tipici dell’atto amministrativo, desumibile sia dalla natura vincolante e dalla portata generale, astratta e innovativa delle delibere dell’Autorità, sia dalla loro preordinazione

²⁶ Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, cit.

²⁷ Cons. Stato, comm. spec., parere 14 settembre 2016, cit.

²⁸ Cons. Stato, comm. spec., parere 14 settembre 2016, cit.: «Alle Autorità indipendenti in generale ed a quelle di regolazione in particolare il potere regolamentare spetta quale corollario delle attribuzioni loro riconosciute dalla legge, strettamente connesso all’elemento di indipendenza che le connota, esso traducendosi nel riconoscimento del potere di esercitare direttamente i compiti di regolamentazione e controllo dei settori alla cui salvaguardia sono preposte. Per quanto concerne la tipologia di regolamenti che le Autorità indipendenti sono legittimate ad adottare, la disamina può prendere come punto di riferimento il catalogo previsto dall’articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400. Così, né la dottrina né la giurisprudenza dubitano che le Autorità possano adottare regolamenti di esecuzione, di attuazione e di organizzazione, anche a prescindere da un’esplicita autorizzazione di legge». Per un commento a questo passaggio del parere, che involge la c.d. teoria dei poteri impliciti, cfr, tra gli altri, M. Santise, *Coordinate ermeneutiche di Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 34.

²⁹ Cons. Stato, comm. spec., parere 14 settembre 2016, cit.

³⁰ Cons. Stato, comm. spec., parere 14 settembre 2016, cit.

a sostituire il regime normativo contenuto nel regolamento di attuazione del preminente Codice dei contratti pubblici³¹.

Su un tono apparentemente meno problematico si è invece snodato il dibattito attorno alla qualificazione delle linee guida non vincolanti come «atti amministrativi generali con valore di indirizzo».

Anche la dottrina infatti tendeva ad accostare questa tipologia di linee guida agli «atti amministrativi di indirizzo che – come le direttive amministrative (nel diritto nazionale) e gran parte delle comunicazioni della Commissione europea (nel diritto UE) – indicano obiettivi alle amministrazioni di riferimento, le quali possono motivatamente discostarsene»³².

La convergenza su questo punto poteva essere validamente riconosciuta a patto però di assegnare alle linee guida non vincolanti, sempre e comunque, una «obbligatorietà» soltanto «condizionata o limitata»³³: ciò in quanto Palazzo Spada era incline a riconoscere alle amministrazioni un'ampia libertà nell'applicazione delle linee guida non vincolanti³⁴.

³¹ Cons. Stato, comm. spec., parere 14 settembre 2016, cit. Peraltro, nell'ambito dello stesso parere la riconduzione delle linee guida agli atti amministrativi generali veniva ricollegata anche all'idea che il legislatore avesse inteso affrancare la materia dei contratti pubblici dall'esperienza del passato, in cui l'attuazione e l'esecuzione del codice erano affidate al regolamento unico, a parziale vantaggio (di un soggetto: ANAC e) di uno strumento (le linee guida) differente. Sotto questo diverso angolo visuale, le espressioni contenute nella delega – «atti di indirizzo», «strumenti di regolamentazione flessibile» – potevano forse apparire meno incerte e problematiche, e semmai esprimere la precisa volontà di un cambiamento.

³² M.P. Chiti, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.

³³ Come ricorda G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., la terminologia è dovuta a N. Bobbio, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, *Riv. int. fil. dir.*, 1960, 79 e indica per l'appunto che le prescrizioni di una direttiva sono da osservare a meno che non sia possibile dimostrare che vi siano ragioni per non osservarle.

³⁴ Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, cit. Si allontanavano da questa prospettiva coloro che affermavano che le linee guida non vincolanti potessero, come alcune «direttive», assumere «un'efficacia pre-cettiva tale da richiedere la loro piena osservanza» o «cela[re] nelle» loro «indicazioni una vera e propria volontà regolamentare»: cfr. F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, cit. La figura da ultimo chiamata in causa dall'A. è quella delle circolari-regolamento (o false circolari) – in dottrina definite «atti atipici volti a porre regole generali e astratte aventi per destinatari soggetti esterni all'amministrazione» (M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 84) – e il tradizionale modo di distinguere le prime (circolari) dai secondi (regolamenti), fondato sulla circostanza che le circolari, pur aventi contenuto normativo, presenterebbero tuttavia solo norme interne, caratterizzate da generalità e astrattezza, ma prive di efficacia verso l'esterno (Cons. Stato, sez. IV, sentenza 16 febbraio 2012, n. 812). Sull'argomento si veda G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., che osserva: «[...] conosciamo da tempo le circolari-regolamento, cioè atti etichettati come circolari e che invece hanno, per caratteristiche oggettive dei contenuti, natura regolamentare. Lo stesso vale per le direttive che possono avere natura di atto normativo secondario in considerazione del loro contenuto (e non della funzione che rivestono)». Dal momento che è assai arduo rinvenire nelle linee guida dell'ANAC norme di comportamento prive di efficacia verso l'esterno, non si può fare a meno di osservare che questa logica imporrebbe di qualificare come regolamenti tutti (o quasi) gli atti dell'Autorità. Vero è d'altra parte che la Corte di Giustizia non sembra troppo interessata alla distinzione tra norme interne e norme dirette a produrre effetti esterni, mostrando al contrario di ritenere, come nel caso degli orientamenti del Consiglio di Stato che riguardano operatori economici, che quando queste norme vengono introdotte nella prassi, l'amministrazione non possa discostarsene senza fornire ragioni (28 giugno 2005 C-189/02). Questi rilievi involgono l'irrisolta disputa sui diversi modi di intendere le circolari e le direttive; basti considerare che la giurisprudenza

In particolare, in seno al parere sullo schema di linee guida in materia di responsabile unico del procedimento³⁵, si puntualizzò che, se il carattere vincolante delle linee guida avrebbe sottratto alle amministrazioni e agli enti aggiudicatori ogni potere valutativo in fase di attuazione³⁶, questi soggetti sarebbero stati sempre liberi di disattendere le previsioni delle linee guida non vincolanti, a patto di una adeguata e puntuale motivazione: le amministrazioni «potranno non osservare le linee guida anche se queste dovessero apparire prescrittive, perché ad esempio «riproducono una disposizione del precedente regolamento attuativo, se la peculiarità della fattispecie concreta giustifichi una deviazione dall'indirizzo fornito dall'ANAC ovvero se la vicenda puntuale evidenzia eventuali illegittimità delle linee guida nella fase attuativa»³⁷. Al di fuori di questa ipotesi – soggiungeva il Consiglio di Stato, in accordo con la dottrina – la violazione delle linee guida non vincolanti avrebbe integrato un elemento sintomatico dell'eccesso di potere, alla stregua dell'elaborazione giurisprudenziale in materia di violazione delle circolari³⁸.

Venendo ad alcune implicazioni della classificazione, la possibilità di distinguere le linee guida (in vincolanti e non) aveva non pochi riflessi, soprattutto per quello che concerneva la forma espositiva (contenuti) e il procedimento di approvazione.

Sotto il primo profilo, sempre commentando lo schema del Codice, il Consiglio di Stato suggerì la necessità che quelle a carattere vincolante recassero anzitutto «precetti», senza tuttavia negare la possibilità di «indicazioni discorsive», che anzi venivano espressamente ammesse, sul presupposto di una loro coerenza con la natura non normativa delle deliberazioni dell'Autorità. Successivamente il Consiglio di Stato mutò il proprio orientamento, se non altro perché, in riferi-

del *Conseil d'État* lascia intravedere quattro differenti regimi giuridici: «la circolare non imperativa, che non può essere deferita al giudice né opposta all'amministrazione; la circolare imperativa regolamentare, che è suscettibile di ricorso per eccesso di potere e invocabile dagli amministrati; la circolare imperativa interpretativa che può essere egualmente deferita davanti al giudice dell'eccesso di potere, mentre l'amministrato non può avvalersene contro l'amministrazione; la direttiva che il giudice non può conoscere per via d'azione, ma di cui l'amministrato può avvalersi nei suoi rapporti con l'amministrazione» (M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit.; per una rassegna attenta alla giurisprudenza italiana cfr., tra gli altri, R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2018).

³⁵ Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767.

³⁶ Sicché in mancanza di un intervento caducatorio questi sarebbero sempre obbligati a darvi concreta attuazione, a pena di illegittimità degli atti consequenziali. Sul punto il parere (2 agosto 2016 n. 1767) precisa altresì che la «vincolatività delle linee guida non esaurisce sempre la discrezionalità esecutiva delle amministrazioni», se non altro perché questa dipende dal concreto atteggiarsi della norma («occorre infatti valutare di volta in volta la natura del precetto per stabilire se esso sia compatibile con un ulteriore svolgimento da parte delle singole stazioni appaltanti di proprie attività valutative e decisionali»).

³⁷ Così Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, cit.

³⁸ Nel solco dell'accostamento proposto dal Consiglio di Stato, prendendo a prestito le parole utilizzate in dottrina per riassumere il pensiero di Federico Cammeo sulle circolari amministrative, si dovrebbe concludere, insomma, che vi è una «implicita clausola generale di derogabilità in sede esecutiva» che investe le linee guida non vincolanti: queste, in altri termini, «costituirebbero un parametro che vincola sì l'amministrazione, ma che è privo della rigidità del regolamento, lasciando pur sempre un margine motivato e non arbitrario, di apprezzamento discrezionale del caso concreto»: cfr. M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit.

mento alle linee guida vincolanti sulle modalità di svolgimento delle funzioni di direzione e controllo dell'esecuzione dei contratti, biasimò la pedissequa riproduzione di norme primarie (assumendo che nella migliore delle ipotesi questa operazione avrebbe potuto ingenerare negli interpreti e operatori di settore incertezze nella ricostruzione del quadro regolatorio della materia) e caldeggiò che le linee guida assumessero la veste formale di un «articolato», recante i «titoli dei paragrafi e degli articoli», al fine di veicolare «precetti espressi in modo chiaro, compiuto, disposti secondo un ordine razionale e in un quadro complessivamente rispondente a canoni di organicità»³⁹.

Non era dubbio invece che l'obbligatorietà «condizionata» propria delle linee guida non vincolanti giustificasse un minore rigore nell'enucleazione degli indirizzi impartiti alle amministrazioni⁴⁰.

Quanto al procedimento di approvazione, per le linee guida a carattere vincolante avrebbero dovuto trovare spazio le garanzie procedurali rispondenti ai principi di *better regulation*, normalmente assicurate dalle Autorità di regolazione. Al riguardo il Consiglio di Stato, con una proposta poi recepita dal Governo, suggerì l'integrazione dell'art. 213 dell'originario schema di Codice, con una disciplina procedimentale che includesse sia forme di consultazione, pubblicità e pubblicazione delle linee guida, sia metodi di analisi (AIR), verifica (VIR) e codificazione delle stesse⁴¹.

In riferimento alle linee guida non vincolanti, il Consiglio di Stato affermò invece che la natura flessibile degli atti ne avrebbe giustificato un'adozione «unilaterale», pur riconoscendo l'opportunità della prassi, seguita dall'Autorità, di optare per una modalità di adozione sempre preceduta dalla consultazione dei soggetti interessati⁴².

3. (Segue) *I criteri per differenziare le linee guida*

Commentando i primi schemi di linee guida dell'ANAC⁴³ – rispetto ai quali la dottrina manifestò subito una certa preoccupazione, a causa dell'ambizione

³⁹ Cons. Stato, comm. spec., parere 3 novembre 2016, n. 2282.

⁴⁰ Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, cit.

⁴¹ La proposta di assicurare alle linee guida vincolanti le garanzie procedurali e di qualità della regolazione applicate alle Autorità indipendenti risale al parere 1 aprile 2016; ma sui medesimi profili si veda anche il parere 2 agosto 2016, cit.

⁴² A non cambiare, invece, sarebbero le implicazioni di natura costituzionale: indipendentemente dalla loro efficacia, la natura non regolamentare riconosciuta alle linee guida adottate direttamente dall'ANAC avrebbe l'effetto di escludere i limiti che il sesto comma dell'art. 117 Cost. pone all'esercizio del potere regolamentare statale (cfr. nota 10).

⁴³ Va segnalata al riguardo la prassi dell'Autorità di optare sistematicamente per la modalità di adozione delle linee guida preceduta dall'apporto consultivo del Consiglio di Stato, indipendentemente dall'efficacia giuridica loro impressa dalla legge.

dell'Autorità⁴⁴ a voler «integrare» la disciplina dei contratti pubblici⁴⁵ –, il Consiglio di Stato chiarì che solo il potere di adottare linee guida a carattere non vincolante era stato autorizzato con previsione generale dal legislatore del nuovo Codice: ciò, in quanto l'art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 – quando stabilì(va) che «l'ANAC, attraverso linee guida [...] ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti» – si riferiva alla possibilità di introdurre, non precetti (o «comandi», per riprendere una felice espressione utilizzata in dottrina)⁴⁶, ma indirizzi e buone prassi applicative⁴⁷ («consigli»)⁴⁸.

Questa soluzione interpretativa riduceva e non di poco lo spazio del problema della qualificazione delle linee guida, visto che lo confinava alle disposizioni del Codice di contenuto specifico che individuavano le linee guida e gli altri atti innominati di competenza dell'ANAC, rispetto alle quali soltanto aveva senso porre l'alternativa (vincolante o non vincolante): queste disposizioni erano racchiuse negli artt. 31, comma 5 (compiti del RUP), 36 comma 7 (procedure dei contratti sotto soglia), 38 c. 6 (modalità attuative del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti), 78 (requisiti per l'iscrizione nell'albo dei commissari di gara), 80 comma 13 (mezzi di prova del grave illecito professionale), 83 comma 10 (sistema di penalità e premialità e relative sanzioni), 83 comma 10 (rating di impresa), 84 comma 2 e comma 8 (sistema SOA, vigilanza sulle SOA, vigilanza sul sistema di qualificazione e controlli a campione), 110 (requisiti per la partecipazione a gare e l'esecuzione di appalti per operatori economici sottoposti a fallimento o ad altre procedure di soluzione di crisi di impresa), 177 comma 3 (verifica del rispetto della percentuale di esternalizzazione da parte dei concessionari), 181 comma 4 (monitoraggio sulla fase di esecuzione dei PPP), 192 (criteri per l'iscrizione all'albo delle stazioni appaltanti che fanno affidamenti *in house*), 197 comma 3 (definizione delle classifiche di qualificazione del contraen-

⁴⁴ Cfr. M.P. Chiti, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.

⁴⁵ Il riferimento è qui ovviamente alla disciplina del Codice.

⁴⁶ Cfr. G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., ove anche la spiegazione dell'origine dell'espressione.

⁴⁷ Dopo aver chiarito che, esattamente come per i regolamenti del Ministero dei trasporti, anche le linee guida a carattere vincolante devono osservare i precetti del d.lgs. n. 50 del 2016 (a riprova del fatto che sotto questo profilo la diversa qualificazione degli atti non determina un differente trattamento giuridico: cfr. nota 10), il Consiglio di Stato osserva altresì che diversamente dagli altri e più tradizionali settori fondati sul modello delle Autorità indipendenti, dove la legge si limita a definire lo scopo da perseguire, lasciando alle Autorità un ampio potere (implicito) di sviluppare le modalità di esercizio del potere, il d.lgs. n. 50 del 2016 definirebbe in modo preciso le condizioni e i presupposti per l'esercizio del potere. Per le linee guida non vincolanti varrebbe un discorso diverso, poiché, per esse, il legislatore autorizzerebbe l'esercizio del potere con previsione generale (art. 213).

⁴⁸ G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit.

te generale), 197 comma 4 (requisiti di qualificazione del contraente generale), oltre che nell'art. 71, che però riguardava i bandi-tipo.

In base al combinato disposto delle norme attributive dei poteri di regolazione, in definitiva, per il Consiglio di Stato era possibile individuare un primo «tassativo» elenco di linee guida «vincolanti», un secondo elenco di linee guida «non vincolanti», puntualmente individuate dal Codice, ma «derogabili» dall'Autorità, nel senso che l'ANAC, in forza dell'art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 avrebbe potuto assegnare alle proprie direttive un perimetro più esteso rispetto a quello indicato dagli articoli del Codice e, infine, una terza serie di linee guida «non vincolanti», in alcun modo predeterminate dal Codice e fondate ancora sull'art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016⁴⁹.

Senonché, poiché gli articoli del Codice non specificavano il carattere (vincolante o non) delle linee guida che appartengono ai primi due elenchi, si pose la questione di come distinguerle.

Il Consiglio di Stato fornì un'indicazione anche al riguardo.

In breve, ci si sarebbe trovati al cospetto di linee guida vincolanti ogni qual volta il Codice avesse attribuito all'ANAC il compito di «integrare» la disciplina primaria dei contratti pubblici, essendo (in allora) la funzione delle linee guida vincolanti esattamente quella di sviluppare il d.lgs. n. 50 del 2016 nelle parti che afferivano a un livello di puntualità e dettaglio non compatibile con la caratterizzazione propria degli atti legislativi⁵⁰; se invece il Codice avesse assegnato all'Autorità il diverso compito di «garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti» (cfr. art. 80, comma 13), «fornire una esegesi», «chiarire aspetti applicativi», provvedere ad una «ricognizione normativa, attraverso l'enucleazione di principi generali», il legislatore avrebbe inteso riferirsi al modello delle linee guida non vincolanti⁵¹.

Si noti che, valorizzando queste differenze, il Consiglio di Stato ritenne di poter qualificare diversamente le disposizioni contenute all'interno in una singola delibera dell'Autorità.

È accaduto, ad esempio, per lo schema di linee guida sulla nomina, sul ruolo e sui compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni, predisposto dall'ANAC ai sensi dell'art. 31, comma 5 del nuovo Codice. L'articolo chiedeva all'Autorità di definire, con «proprio atto», una disciplina di «maggiore dettaglio» sui compiti specifici del RUP, «ulteriori requisiti» di professionalità in relazione alla complessità dei lavori, e di determinare l'importo massimo e la tipologia dei contratti per i quali il RUP potesse coincidere

⁴⁹ In questi termini anche F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, cit.

⁵⁰ Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto, cit.

⁵¹ Cons. Stato, comm. spec., parere 14 settembre 2016 n. 1919, Id., parere 2 agosto 2016, cit.; Id., parere 13 settembre 2016 n. 1903; Id., pareri 3 novembre 2016 nn. 2284, 2285 e 2286.

con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto. Dopo aver chiarito che l'atto contemplato dal Codice aveva natura vincolante, poiché la norma assegnava all'ANAC il compito di introdurre «disposizioni integrative della fonte primaria, in materia di status e di competenze di un organo amministrativo», il Consiglio di Stato⁵² dapprima riconobbe allo schema di linee guida un duplice contenuto – dal momento che nella fattispecie l'ANAC, anziché limitarsi ad attuare l'art. 31, comma 5, aveva anche «fornito indicazioni interpretative delle disposizioni dell'art. 31 nel suo complesso» – e poi caldeggiò la suddivisione del testo delle linee guida in due parti, per chiarire che soltanto la prima di esse avrebbe assunto portata vincolante, mentre la seconda, adottata ai sensi dell'art. 213, comma 2, Codice, avrebbe avuto una «funzione promozionale di buone prassi»⁵³.

Se il Codice non avesse indicato le finalità delle linee guida, queste si sarebbero potute desumere dal carattere, facoltativo o obbligatorio, loro attribuito: la circostanza che il Codice qualificasse espressamente le linee guida come facoltative (cfr., ad es., l'art. 80, comma 13) dimostrava che lo strumento non era necessario per «l'operatività della norma primaria» e quindi come tale, era diverso dalle disposizioni di «esecuzione o attuazione» (e viceversa)⁵⁴.

Come distinguere, tuttavia, l'attitudine integrativa da quella a fornire buone prassi in mancanza di indici testuali?

Sul punto il Consiglio di Stato elaborò una soluzione apparentemente suscettibile di applicazione generalizzata, in base alla quale scopo e forza giuridica delle linee guida potevano essere ricavati dalla disciplina primaria interessata dall'esercizio dei poteri di regolazione delegati all'ANAC: ove questa fosse stata «sufficientemente dettagliata» oppure «completa e autoesecutiva», la delega avrebbe implicato l'attribuzione di un potere di regolazione di tipo non vincolante, poiché in questi casi il Codice non avrebbe avuto bisogno di «linee di indirizzo di carattere integrativo», che avrebbero finito per «appesantire inutilmente» il quadro normativo di riferimento⁵⁵.

Furono così ritenute non vincolanti le determinazioni adottate dall'Autorità ai sensi dell'art. 36, comma 7, Codice, sulle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, inda-

⁵² Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, cit.

⁵³ L'invito è stato recepito dall'Autorità. Per una recente applicazione dello stesso schema si vedano le linee guida n. 9 sul «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato», adottate con delibera 28 marzo 2018.

⁵⁴ Cfr. Cons. Stato, comm. spec., parere 3 novembre 2016 n. 2286 (sullo schema di «linee guida sulla indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice»).

⁵⁵ Si vedano ancora i pareri citati alla nota 36.

gini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici⁵⁶ («la disciplina dell'art. 36 sui contratti sotto-soglia è sufficientemente dettagliata e non necessita, pertanto, di linee di indirizzo di carattere integrativo») ⁵⁷ e quelle previste dall'art. 80 comma 13, sulla indicazione dei mezzi di prova significativi ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c)⁵⁸ («l'art. 80 [...] recepisce le previsioni comunitarie in tema di illecito professionale, e, fissando una causa di esclusione dalle gare, reca una disciplina completa e autoesecutiva») ⁵⁹.

Riassumendo le conclusioni della Commissione speciale presso il Consiglio di Stato, sotto lo stesso *nomen* di linee guida si sarebbero potuti ricomprendere istituti differenti sia per funzione che per efficacia: per un verso l'ANAC era chiamata, in forza della prerogativa di adottare atti di regolazione vincolanti, ad integrare la disciplina primaria contenuta nel Codice; per l'altro, il legislatore della riforma le aveva assegnato il diverso compito di offrire alle stazioni appaltanti e agli operatori economici buone prassi.

Come forse si converrà, nelle soluzioni proposte dal Consiglio di Stato le preoccupazioni pratiche prevalsero sulla coerenza dei concetti.

L'assimilazione delle linee guida vincolanti agli atti amministrativi generali, anziché ai regolamenti – certamente non ortodossa, poiché era difficile negare alle delibere dell'Autorità i caratteri della generalità, astrattezza e novità propri dei regolamenti – consentiva ad esempio di tenere unite due esigenze altrimenti dif-

⁵⁶ «L'ANAC con proprie linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, stabilisce le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure di cui al presente articolo, delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici. Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 9».

⁵⁷ Cons. Stato, comm. spec., parere 13 settembre 2016, cit. Viene invece riconosciuta valenza integrativa del precetto primario alle linee guida in materia di «criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici», adottate ai sensi dell'art. 78 del d.lgs. n. 20 del 2016: il Codice «non definisce la natura dell'atto, limitandosi a fare generico riferimento a determinazioni dell'Autorità. La valenza *integrativa* del precetto primario attribuita alla suddetta determinazione induce [...] a ritenere che si sia in presenza di linee guida vincolanti»; così il parere 14 settembre 2016 n. 1919.

⁵⁸ «Con linee guida l'ANAC, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)».

⁵⁹ Cons. Stato, comm. spec., parere 3 novembre 2016 n. 2286. Ma si veda anche il parere 3 novembre 2016 n. 2284, reso sullo schema di linee guida in materia di «procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili» («Avuto riguardo alla tipologia di linee guida previste dalla legge delega e dall'art. 213, codice, è da ritenere che quelle in esame appartengano al novero di quelle a carattere non vincolante, che hanno una funzione promozionale di buone prassi da parte delle stazioni appaltanti. Invero, l'art. 63, codice costituisce disposizione completa che non rinvia ad atti attuativi. Le linee guida in esame, pertanto, adottate in virtù della previsione generale di cui all'art. 213, comma 2, codice, hanno lo scopo di fornire un indirizzo applicativo a fronte della rilevazione di una prassi di ricorso eccessivo alla procedura negoziata senza bando»).

facilmente conciliabili: quella di assecondare la scelta del legislatore di dotare questi atti di effetti (anche) vincolanti e quella di superare il problema della mancata definizione, da parte della legge delega, di un potere sostanzialmente normativo⁶⁰.

A bene vedere, asserviti all'opposta esigenza di contenere questo potere erano sia il criterio elaborato per distinguere le linee guida vincolanti da quelle prive di tale carattere, che faceva leva sul carattere sufficientemente dettagliato o completo della disciplina del Codice, sia la tesi per cui l'art. 213, comma 2, Codice, sarebbe stata una norma «solo in parte» generale, poiché capace di fondare in capo all'Autorità un generale potere di consiglio, non anche un generale potere di comando.

È il caso di chiedersi se l'elisione dell'inciso «anche vincolante» dal corpo dell'articolo 213 del Codice – presente invece nella lettera t) della legge delega, che discorreva apertamente di linee guida e altri atti di regolamentazione flessibile, dotandoli di efficacia anche vincolante, per l'appunto – bastasse a giustificare questa conclusione, o non valesse semmai, in uno con la stessa collocazione sistematica dell'articolo, che è norma generale sui poteri dell'autorità nazionale anticorruzione, a contraddirla⁶¹.

Sull'impostazione del Consiglio di Stato si tornerà più approfonditamente nel prossimo paragrafo; resta comunque il fatto che queste soluzioni interpretative arginarono la tendenza integrativa, propria delle prime deliberazioni dell'Autorità, che una parte della dottrina ebbe a segnalare prontamente e con tono critico⁶².

4. *Una sintesi e alcune criticità*

A meno di non voler aderire a quelle voci che, in ragione dei sopra denunciati profili di incostituzionalità, affermavano che l'operatività delle linee guida dell'ANAC dovesse essere circoscritta ai soli ambiti che esulavano dal precetto normativo, occorre prendere atto del fatto che la riforma dei contratti pubblici consegnava l'attuazione del Codice, oltre che ad una pluralità di soggetti, ad un sistema eterogeneo di regole: alcune *hard* – i comandi delle linee guida vincolan-

⁶⁰ Secondo alcuni A., poi, l'accostamento delle linee guida non vincolanti alle circolari eliminerebbe il rischio della «indefinitività giuridica» e consentirebbe di bilanciare «potere e garanzie»: F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, cit.

⁶¹ Tra l'altro, il Consiglio di Stato ebbe a suggerire l'introduzione dell'ultimo capoverso della norma, sulle modalità di adozione delle linee guida, per le linee guida vincolanti, assumendo che per quelle dell'altro tipo sarebbe invece potuta bastare l'adozione unilaterale. Insomma, ci si troverebbe al cospetto di una norma a corrente alternata, in parte generale e in parte no.

⁶² Vedi *supra* nel testo e in nota 36.

ti (e dei regolamenti ministeriali) – altre *soft* – i consigli veicolati dalle linee guida non vincolanti⁶³.

Non si trattava certamente di un modello nuovo: la stessa contaminazione è presente, non da oggi, nel settore dei mercati finanziari, per citare un esempio significativo.

Proprio riflettendo sui poteri attribuiti alle autorità di vigilanza in quel contesto, in dottrina sono state messe in luce le finalità proprie di quella articolata e forse non ancora ben definita serie di atti che va sotto il nome di *soft law* o *soft regulation*, il cui tratto comune viene per lo più identificato nella non vincolatività⁶⁴.

Sì è osservato al riguardo che quando le regole siano dirette – come nel caso che ci occupa – nei confronti delle autorità nazionali e non solo degli operatori economici, i comandi e i consigli condividerebbero la stessa finalità di «assicurare l'uniformità delle interpretazioni e delle prassi», tuttavia con i secondi si vorrebbe, da un lato, riconoscere alle autorità indipendenti il ruolo di «guida» delle società e, dall'altro, preservare la «libertà di scelta, nei termini della discrezionalità, tecnica e amministrativa», dei soggetti regolati⁶⁵.

Per alcuni questo schema troverebbe assonanza in una particolare teoria sviluppata dagli economisti comportamentali, soprannominata paternalismo libertario o *nudge* (spinta gentile), che mette in luce la maggiore propensione della *soft regulation* a «riconoscere spazio all'adesione razionale dell'individuo ad un precetto convincente per la sua razionalità, piuttosto che per il fatto di essere obbligatorio»⁶⁶; un adeguamento spontaneo che in fattispecie simili a quella che ci occupa sarebbe atteso per la «valutazione [...] circa le conseguenze del mancato allineamento alle posizioni espresse dall'organo di regolazione»⁶⁷.

⁶³ Entro questa cornice, alla luce dei sempre più sfumati confini tra regolamenti e atti amministrativi generali (cfr. M. Ramajoli, B. Tonoletti, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit.), si potrebbe anche ritenere che la qualificazione delle linee guida vincolanti (come regolamenti piuttosto che come atti amministrativi generali, per l'appunto) non sposti troppo i termini della questione, salve rimanendo, ovviamente, alcune imprescindibili implicazioni di regime.

⁶⁴ Sulle nozioni di *soft law* e *soft regulation* cfr., anche per gli ampi riferimenti bibliografici, M. Cafagno, *Utilizzo di strumenti di soft law nella protezione del patrimonio naturalistico e il sistema di Ramsar*, *Rivista trimestrale di diritto dell'ambiente*, 2012, 1-2; M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 2.; S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit.

⁶⁵ Così S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., che sul punto richiama, tra gli altri, L. Torchia, *I poteri di regolazione e di controllo delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, relazione presentata al Convegno per i 60 anni della Rivista delle società su «Regole del mercato e mercato delle regole: Il diritto societario e il ruolo del legislatore» – Venezia, 13-14 novembre 2015, in <http://www.irpa.eu/area-bibliografica/scritti/gli-scritti-di-luisa-torchia/>. Sullo stesso argomento M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, cit.

⁶⁶ Così S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit.

⁶⁷ Così ancora S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., che al riguardo soggiunge: «Il paternalismo libertario unisce due concetti: la libertà, perché gli individui dovrebbero essere liberi di fare quello che credono e il paternalismo in quanto è necessario che vi siano degli «architetti delle

Sempre riflettendo sul caso emblematico del settore dei mercati finanziari è stata evidenziata un'altra finalità o tratto caratteristico delle tecniche di *soft regulation*: nate nel diritto internazionale pubblico, queste si sarebbero sviluppate, specialmente nel diritto dell'Unione europea, per soddisfare un'esigenza non solo d'uniformità, ma anche di «flessibilità e adattabilità» della disciplina regolatoria alle diverse condizioni politiche, economico, sociali e normative degli Stati membri, incoraggiando convergenze che non possono passare attraverso un'armonizzazione dettagliata⁶⁸.

Scorrendo i primi commenti alla riforma dei contratti pubblici, non era difficile scorgere una certa tendenza a traslare le logiche sopra riferite anche ai nuovi poteri di regolazione di ANAC.

Così, ad esempio, nell'ambito di un contributo specificamente dedicato al tema, le linee guida non vincolanti e gli altri strumenti della regolazione flessibile dell'Autorità, come gli orientamenti e i bandi tipo, sono state accostate alle strategie *nudging*, per sostenere che nella materia dei contratti pubblici l'utilità di questi strumenti sarebbe «*in nuce* nella conflittualità del settore»⁶⁹: come le strategie *nudging*, l'approccio morbido delle linee guida non vincolanti sarebbe potenzialmente capace di garantire l'uniformità delle prassi e, in definitiva, la riduzione del contenzioso⁷⁰.

Valorizzando invece le istanze di flessibilità che emergevano dal disegno di legge delega (ed il coevo ampliamento delle prerogative dell'Autorità per la diffusione di *best practice*), altri commentatori della riforma hanno criticato i primi schemi di linee guida dell'Autorità, per la già segnalata propensione ad introdurre precetti vincolanti: ché questa impostazione avrebbe tradito l'aspirazione del legislatore delegante ad una «disciplina attuativa di indirizzo con carattere leggero»⁷¹.

Forte è la sensazione che il Consiglio di Stato abbia inteso assecondare questa linea: (i) quando ha descritto le linee guida non vincolanti come improntate all'individuazione e all'implementazione di buone prassi e quindi a migliorare le procedure, riconoscendo a questi atti una finalità tipica delle tecniche di *soft regulation*; (ii) quando ha assimilato le linee guida vincolanti agli atti amministrati-

scelte» che cerchino di influenzare per il meglio i comportamenti degli individui «per rendere le loro vite migliori». Il fondamento scientifico delle tecniche del *nudging* sta (non nelle materie giuridiche, ma) nelle teorie comportamentali, che affiancano al concetto autoritativo di vincolatività precettiva quello di conformazione deliberata e razionale susseguente ad un procedimento deduttivo, in cui si sceglie la *compliance* a determinate regole (si badi: non a determinate norme) in ragione degli effetti che ne derivano. La regolazione che appartiene a questo archetipo è il frutto di numerosi esperimenti pratici e statistici, che dimostrano in che maniera sia possibile ottenere risultati efficaci, in termini di spontaneo adeguamento a regole non vincolanti».

⁶⁸ Così M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, cit.

⁶⁹ S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit.

⁷⁰ S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit.

⁷¹ M.P. Chiti, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit.

vi generali, anziché ai regolamenti, assicurando alle stesse una certa qual minore stabilità, per l'inevitabile maggiore esposizione alle impugnazioni, che deriva dal divieto di disapplicazione (viene in effetti considerata ancora prevalente l'idea che la disapplicazione da parte del giudice amministrativo possa riguardare solo i regolamenti e non anche gli atti amministrativi generali)⁷², così come in linea di principio ancora una volta suggeriscono le logiche di adattabilità proprie della *soft regulation*; (iii) quando ha arginato la tendenza integrativa dei primi atti dell'Autorità, col criterio elaborato per distinguere le linee guida vincolanti da quelle prive di tale carattere, che fa leva sul carattere sufficientemente dettagliato o completo della disciplina primaria contenuta nel Codice; e (iv) quando ha pensato il modello delle linee guida vincolanti come recessivo rispetto al modello generale delle linee guida non vincolanti, confinandolo ad una tassativa elencazione di casi⁷³.

Senonché, i criteri elaborati per differenziare le linee guida rimasero in realtà alquanto vaghi e non privi di una certa ambiguità: il riferimento è qui in particolare all'idea per cui l'efficacia giuridica delle linee guida potesse essere valutata sulla base e a partire dalla disciplina primaria di riferimento; a meno di non voler ritenere che il riferimento al carattere «sufficientemente dettagliato», «completo» e «autoesecutivo» delle norme sovraordinate – dal quale il Consiglio di Stato desumeva l'inutilità di norme integrative e quindi di linee guida vincolanti – postulasse l'applicazione dei criteri interpretativi elaborati dalla Corte di Giustizia per stabilire se una norma europea è direttamente applicabile negli ordinamenti degli Stati membri.

Sembra utile ricordare, al riguardo, che la Corte di Giustizia considera direttamente efficaci le norme comunitarie «chiare e/o precise» e «incondizionate»⁷⁴. I requisiti della chiarezza e precisione si ritengono integrati quando la norma sancisce un obbligo in termini non equivoci⁷⁵. Il carattere incondizionato, invece, sussiste «se l'applicazione della norma non è subordinata, per quanto riguarda la

⁷² M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit. Cfr. altresì quanto ricordato alla nota 10.

⁷³ Si ricorderà che in base allo schema suggerito dai pareri i comandi di ANAC (linee guida vincolanti) troverebbero la loro base in disposizioni del codice di contenuto specifico (e in queste soltanto), mentre i consigli dell'Autorità (linee guida non vincolanti) potrebbero assumere contenuti anche non predeterminati dalla legge e, quindi, in ipotesi, lambire ogni aspetto della disciplina dei contratti pubblici, poiché ricaverebbero il loro fondamento direttamente dall'art. 213, comma 2 del Codice, che assegna all'Autorità una generale competenza ad impartire (non comandi, ma), per l'appunto, consigli.

⁷⁴ D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali, Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018.

⁷⁵ D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali, Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, cit., che tra l'altro puntualizza che in proposito la Corte rifiuta approcci formalisti, in favore di una interpretazione elastica, dal momento che «considera sufficientemente chiaro il contenuto di un obbligo anche quando la norma contiene riferimenti a principi o a nozioni dibattute e quindi relativamente incerte».

sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di ulteriori misure integrative e/o di esecuzione adottate dalle autorità nazionali o dalle istituzioni UE»⁷⁶. In ogni caso, nel valutare la sufficiente chiarezza e precisione, ma anche il carattere incondizionato di una norma, e quindi la sua efficacia diretta, i giudici UE verificano tre condizioni, che devono ricorrere cumulativamente: la «titolarità dell'obbligo», la «titolarità del diritto» ed il «contenuto del diritto-obbligo»⁷⁷ (come è stato spiegato, «la ratio di questo test è consentire agli individui di comprendere quale sia la loro posizione di vantaggio o svantaggio e alle autorità nazionali di poter applicare la norma al caso concreto»⁷⁸).

Se a questo punto si confrontano i suesposti principi con il criterio elaborato dal Consiglio di Stato per distinguere l'efficacia delle linee guida, si deve dubitare che qualche assonanza (come quella tra il concetto di «autoesecutività» e la nozione di «norma incondizionata») autorizzasse a sovrapporre le due logiche: non solo e non tanto per la diversità di alcune espressioni (norma «chiara» e/o «precisa» *versus* norma «completa» e/o «dettagliata»), quanto piuttosto perché la diretta applicabilità delle norme comunitarie risponde a una serie di urgenze (superare il problema del mancato recepimento delle direttive da parte degli Stati membri e garantire agli individui i diritti nascenti dal diritto unionale), apparentemente lontane dalla fattispecie e dal problema che ci occupa (stabilire l'efficacia giuridica degli atti di un'Autorità indipendente).

Non sembra dubbio ad ogni modo che il riferimento al carattere «sufficientemente dettagliato» della disciplina primaria (che doveva suggerire una regolazione accessoria al Codice di tipo non vincolante), introducesse nel ragionamento un elemento foriero di incertezze. Se infatti è abbastanza agevole stabilire quando una regola sia «completa» e «autoesecutiva», assai più complicato è concludere quando una regola sia «sufficientemente dettagliata» da non richiedere previsioni integrative che, se introdotte, appesantirebbero inutilmente il quadro normativo di riferimento. D'altro canto, una disciplina autoesecutiva – se non richiede norme secondarie di esecuzione, visto che queste normalmente postulano una legge (diversa) «oltremodo dettagliata» e dunque bisognosa solo di «criteri applicativi ed esplicativi», oppure «insuscettibile di operare in assenza di norme secondarie»⁷⁹ – è sempre soggetta ad attuazione e integrazione (sicché il primo problema si ripresenta).

⁷⁶ Così D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, cit.

⁷⁷ D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, cit.

⁷⁸ D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, cit.

⁷⁹ G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit.

5. *Il ritorno al regolamento unico sancito dal decreto-legge n. 32 del 2016, cosiddetto «Sblocca Cantieri»*

Come ricordato in premessa, nelle more della pubblicazione del presente contributo è stato approvato il d.l. n. 32 del 2019.

La misura cambia radicalmente la fisionomia del sistema di attuazione del Codice esitato dalla riforma del 2016, poiché prevede l'eliminazione, in favore di un nuovo regolamento unico, delle fonti secondarie introdotte dal d.lgs. 50 del 2016. A meno di ulteriori (improbabili) cambiamenti, il modello delle linee guida vincolanti dell'ANAC sembra dunque destinato a scomparire – a differenza delle linee guida «non» vincolanti, che allo stato il legislatore sembra aver preservato⁸⁰.

I risultati della consultazione pubblica per la riforma del d.lgs. n. 50 del 2016, avviata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti nell'agosto 2018⁸¹, accreditano l'idea che con questa misura il Governo abbia inteso assecondare alcune fondamentali critiche al nuovo sistema di attuazione del Codice dei contratti pubblici, gravitate, fondamentalmente, attorno alla convinzione che le linee guida dell'ANAC, che di quel sistema rappresentavano certamente l'emblema, fossero incapaci di garantire un adeguato livello di «certezza giuridica» a operatori e stazioni appaltanti⁸². Viene spontaneo chiedersi se questo epilogo fos-

⁸⁰ Prevede, più esattamente, l'art. 1, comma 20, lett. gg), n. 4), d.l. n. 32/2019 convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55 che a decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento unico – ormai imminente, visto che il termine (180 giorni dalla data di entrata in vigore del d.l. n. 32/2019) indicato per l'adozione del regolamento, andrà a scadere il prossimo 16 ottobre – cesseranno di avere efficacia: «le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2, e 150, comma 2» (tutte a abrogate dal decreto); «le linee guida di cui all'articolo 213, comma 2, vertenti sulle materie» (espressamente riservate al regolamento) della «a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; e) direzione dei lavori e dell'esecuzione; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; i) lavori riguardanti i beni culturali», «nonché quelle che comunque siano in contrasto con le disposizioni recate dal regolamento». Critica nei confronti della tecnica legislativa utilizzata, che «complicherebbe il sistema delle fonti di secondo grado, lasciando in vita alcune LG ANAC vincolanti» R. De Nictolis, *Le novità sui contratti pubblici recate dal d.l. n. 32/2019 "sblocca cantieri"*, *Urbanistica e appalti*, 2019, 4, 443.

⁸¹ http://www.mit.gov.it/sites/default/files/media/notizia/2018-11/Report_consultazione_pubblica.pdf.

⁸² Sembra questo in effetti uno dei leitmotiv che emergono dai risultati della consultazione pubblica per la riforma del d.lgs. n. 50 del 2016, attivata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti dal 8 agosto al 10 settembre 2018. Il documento di sintesi delle consultazioni, pubblicato dal Ministero (http://www.mit.gov.it/sites/default/files/media/notizia/2018-11/Report_consultazione_pubblica.pdf), riferisce in particolare di una «netta presa di posizione sulla soft law e sulle linee guida (art. 213), con una sostanziale richiesta di superamento dell'esperienza, che avrebbe determinato incertezza e instabilità del quadro normativo». Suonano emblematiche al riguardo le osservazioni rese dall'Associazione Nazionale Costruttori Edili (liberamente consultabili all'indirizzo <http://www.lavoripubblici.it>), che senza mezzi termini dichiara il «fallimento» del nuovo Codice, auspicandone il ripensamento «attraverso la predisposizione di un articolato più semplice, accompagnato da un regola-

se davvero obbligato o piuttosto non sia stato condizionato da una serie di fattori, per così dire, esogeni rispetto al modello e al suo intrinseco valore, come i limiti delle prime linee guida, lucidamente evidenziati anche dal Consiglio di Stato⁸³, o la frammentazione dei centri di imputazione delle fonti secondarie, certamente non in linea con le istanze di semplificazione alla base della riforma del 2016⁸⁴.

6. *Bilancio e conclusioni*

Nel commentare a caldo la riforma del 2016, un'Autrice suggeriva al Governo di «individuare con cura» i casi in cui dotare la regolamentazione flessibile di efficacia vincolante, giacché i vincoli possono risultare inadatti quando devono essere coniugati a condizioni molto diverse⁸⁵.

Che il punto stesse proprio qui: nel domandarsi cioè quando fosse desiderabile vincolare e quando invece non lo fosse, piuttosto che assumere posizioni radicali, in favore di una disciplina attuativa o tutta *soft* o tutta *hard*?

Giova rilevare al riguardo che, per alcune analisi in bilico tra diritto ed economia, animate da un sentire non troppo lontano, le tecniche normative dovrebbero essere dettate dai comportamenti e dalle fattispecie concretamente in gioco, ovvero dalle «condizioni al contorno» della disciplina⁸⁶.

Il riferimento è agli studi che hanno stabilito un ordine di preferenze tra due diversi modelli normativi: quello che, volendo concedere ampi spazi di valutazione in fase applicativa, fa largo uso di principi e clausole generali, e quello che, aspirando invece a normare in senso compiuto le vicende della vita, punta maggiormente sulle regole c.d. di dettaglio (negli ordinamenti anglosassoni, apparentemente più

mento attuativo, dotato di forza cogente, in cui far confluire la normativa di dettaglio e le linee guida ANAC". Per un commento (sostanzialmente critico) alla consultazione pubblica cfr. M. Cozzio, *Codice Appalti, servono norme attuative e semplificazioni*, in <https://www.agendadigitale.eu>.

⁸³ Con l'invito a ricercare «il contributo di concreta esperienza» di altre e più mature Autorità indipendenti di regolazione: v. Consiglio di Stato, comm. spec., parere n. 775 del 29 marzo 2017, sullo schema delle linee guida sul «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato». V'è da chiedersi in effetti se i problemi delle linee guida non potessero essere risolti dal loro progressivo affinamento e dalla stessa misura indicata dal Consiglio di Stato, o da altri temporanei accorgimenti, anziché attraverso l'ennesimo intervento correttivo.

⁸⁴ Concausa (forse più delle linee guida) dei ritardi della fase di implementazione degli atti attuativi.

⁸⁵ L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, cit.: «se si pone un vincolo, questo non può essere modificato frequentemente, come invece consente [...] la flessibilità, che può essere coniugata rispetto a condizioni molto diverse: tipi di procedure, oggetto degli appalti, tipi di operatori, tipi di stazioni appaltanti, sperimentazione di nuovi strumenti e modalità operative».

⁸⁶ L'espressione, che risulterà più chiara alla luce delle considerazioni che verranno, è dovuta a M. Cafagno, *Considerazioni sulla funzione deterrente della responsabilità amministrativa*, <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

sensibili agli approcci di confine, basati sulla mescolanza tra diverse discipline, tale contrapposizione è resa attraverso l'espressione «*standard and rules*»⁸⁷.

Per queste analisi⁸⁸, un fattore centrale di discernimento sarebbe dato dalla «frequenza» con cui le condotte e le fattispecie si ripetono.

L'assunto si fonda su un'attenta analisi dei costi delle regole per il sistema – anche in termini di dispendio di risorse e di tempo – e sulla duplice osservazione che (per un verso) le regole flessibili (i principi), a differenza delle regole di dettaglio, hanno bassi costi di «redazione» – per la rinuncia del legislatore a normare compiutamente le fattispecie – e simmetricamente alti costi di «applicazione» – poiché tanto i funzionari amministrativi quanto i giudici dovrebbero farsi carico dell'attività valutativa che consegue a quella rinuncia – e (per l'altro) che i costi di redazione si presentano una sola volta, mentre i costi di applicazione si ripetono *n* volte, quante sono le fattispecie concrete⁸⁹.

Su queste basi si intuisce perché la desiderabilità di un modello sull'altro possa venire collegata alla frequenza delle condotte: sarebbe questo uno dei fattori che consente di stabilire se e in qual misura il costo sostenuto *una tantum* per la progettazione delle regole possa venire compensato dai risparmi originati dalla loro applicazione⁹⁰.

Nell'economia del presente lavoro l'analisi costi-benefici veicolata da questo approccio interessa poco, mentre si ha l'impressione che alcuni corollari del ragionamento possano offrire lo spunto per qualche riflessione costruttiva.

Interessante, ad esempio, è osservare che quelle analisi suggeriscano di investire (a monte) in una disciplina quanto più organica e completa possibile, tutte le volte in cui questo sacrificio possa tradursi in un risparmio in seguito, per il carattere ripetitivo e comune dei comportamenti e, al contrario, di scaricare il peso (a valle), sui pubblici funzionari, quando i comportamenti siano eterogenei, non comuni, imponderabili, poiché in questi il tentativo di concepire una norma adeguata potrebbe rivelarsi estremamente dispendioso, anche per la spirale di

⁸⁷ Per un'introduzione all'argomento, ricca di spunti e di riferimenti bibliografici, si veda F. Denozza, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, *Orizzonti del diritto commerciale*, 2013; sempre per un'introduzione al tema si veda la sessione della *Rivista italiana degli economisti*, fascicolo 1, supplemento aprile 2005 e ivi, in particolare, il contributo di M. Polo, *Regole rigide e regole flessibili nelle politiche di tutela della concorrenza*.

⁸⁸ Corre l'obbligo segnalare una possibile obiezione al ragionamento: quella che, muovendo dalla indiscutibile distanza tra la dicotomia «regole rigide e regole flessibili» e l'alternativa «regole vincolanti e regole non vincolanti» (sulla quale ci si interroga), sconsigliasse ogni tentativo di contaminazione delle rispettive logiche. A questa obiezione si ritiene di poter rispettosamente opporre il rilievo che entrambe queste alternative sottendono un problema comune: decidere se contenere o all'opposto espandere la discrezionalità amministrativa.

⁸⁹ A. Posner, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, *The Journal of Legal Studies*, 1974, 3, 1, 257 ss.; L. Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, *Duke Law Journal*, 1992, 42, 3, 557 ss.; Schäfer H-B., *Rules versus Standards in Rich and Poor Countries, Precise Legal Norms as Substitutes for Human Capital in Low-Income Countries*, *Supreme Court Economic Review*, 2006, 14, 113.

⁹⁰ H-B. Schäfer, *Rules versus Standards in Rich and Poor Countries*, cit.

correttivi presumibilmente indotta dall'iniziale mancanza di informazioni, se non addirittura velleitario, per l'impossibilità di considerare tutte le variabili⁹¹. Si rivoltino, sotto questa luce, il principio enunciato dall'art. 1176 c.c. – che per l'adempimento delle obbligazioni si limita a pretendere la diligenza del buon padre di famiglia – che consente di ricomprendere nella diligenza anche le misure di prevenzione che non esistevano al momento della sua introduzione⁹²; o i principi di correttezza e buona fede nella esecuzione e nella interpretazione dei contratti, che rilevano sia sul piano della individuazione degli obblighi contrattuali, sia su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti. Sotto il primo profilo essi impongono alle parti di adempiere obblighi anche non espressamente previsti dal contratto o dalla legge, ove ciò sia necessario per preservare l'interesse della controparte, mentre sotto il secondo profilo, tali principi consentono al Giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto⁹³.

Il ragionamento offre una giustificazione e toglie dall'indeterminatezza l'idea (inflazionata, ma poco documentata, al punto che il suo successo sembra dovuto più alla capacità di suggestionare che a ragioni di sostanza) che concedere spazio alla discrezionalità sarebbe utile in quei settori dell'ordinamento sottoposti a rapidi cambiamenti (per l'evoluzione sociale, economica, della tecnica, etc., etc.): visto che spiega che in contesti (simili) in cui le norme si avvicendano, la sostituzione anticipata di una regola preceduta da un'ampia e articolata istruttoria, vanifica lo sforzo che è stato compiuto per concepirla⁹⁴.

La stessa attenzione per i contesti al contorno delle regole è poi alla base della tesi, suffragata da una serie di dati statistici, che muovendo dal rilievo che la mancanza di competenze negli apparati pubblici rende particolarmente sofferta l'applicazione di regole aperte e non delimitate, conclude che nei Paesi in via di sviluppo (ma il discorso può essere generalizzato e riferito alla situazione patologica della mancanza di formazione degli apparati), sarebbe preferibile investire, per il tempo strettamente necessario a colmare la distanza, in regole che riducono gli spazi di valutazione dei funzionari amministrativi e dei giudici⁹⁵.

Prima che la pubblicazione del d.l. 32 del 2019 contribuisse a rimescolare le carte, questi rilievi potevano suggerire di non abbandonare la strada della ricerca dei criteri utili a definire l'ambito e l'efficacia delle linee guida dell'ANAC, e con-

⁹¹ H-B. Schäfer, *Rules versus Standards in Rich and Poor Countries*, cit.

⁹² L'esempio è tratto da F. Denozza, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, cit.

⁹³ In questi termini Cass. Civ., sez. III, sentenza 18 settembre 2009, n. 20106.

⁹⁴ H-B. Schäfer, *Rules versus Standards in Rich and Poor Countries*, cit.

⁹⁵ H-B. Schäfer, *Rules versus Standards in Rich and Poor Countries*, cit.

sentivano di svolgere una serie di riflessioni conclusive, sia in prospettiva *de jure condito* che *de jure condendo*. .

Sulla scorta della letteratura analizzata e del rilievo, che da questa si può trarre, che il problema della alternativa tra *hard* e *soft regulation* richiede soluzioni diversificate, anche nel tempo, ci si poteva chiedere, sotto il secondo profilo, se non fosse preferibile abbandonare la pretesa di predeterminare i casi di linee guida, in favore di un diverso approccio, che lasciasse alle Autorità con poteri di regolazione il compito di valutare di volta in volta e caso per caso il tipo di regole (*hard* o *soft*) più opportune e consone per le fattispecie in gioco.

Lo stesso rilievo offriva lo spunto per una interpretazione delle disposizioni vigenti alternativa a quella avallata dal Consiglio di Stato.

Come già ricordato, se questo non dubitava che l'ANAC potesse sia concorrere alla formazione della disciplina dei contratti pubblici sia orientare i comportamenti delle amministrazioni, ciò nondimeno concludeva che l'Autorità potesse esercitare liberamente solo questa seconda prerogativa, poiché l'art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 non le avrebbe assegnato anche un generale potere di adottare atti vincolanti (questi potevano aversi solo in presenza ed entro i limiti segnati dagli articoli disseminati nel Codice).

La logica adattiva che consiglia di non predeterminare i casi di linee guida poteva però giustificare un significato diverso e più ampio alla previsione – niente affatto precluso dalla lettera e dalla sistematica del Codice, se non altro perché (insieme alla legge delega) l'articolo 213 veicola(va) la norma attributiva del potere di regolazione dell'Autorità nazionale anticorruzione nel settore degli appalti pubblici, che ivi trova anche la sua disciplina generale –, atto a ricomprende nella dizione «linee guida» entrambe le tipologie di atti.

Ovviamente l'ampia discrezionalità (per tale via) riconosciuta all'Autorità regolatrice avrebbe imposto qualche contrappeso a garanzia della certezza del diritto: in particolare, sarebbe stato certamente opportuno che l'ANAC qualificasse espressamente le linee guida, separando e distinguendo accuratamente, anche nella forma espositiva, i precetti vincolanti (adottati ai sensi dell'art. 213) dai meri suggerimenti, laddove questi fossero stati mescolati all'interno di uno stesso atto, così come del resto il Consiglio di Stato aveva raccomandato di fare, sia pur muovendo dalla diversa prospettiva sopra analizzata.

Guardando all'oggi, non è dubbio che la pubblicazione del decreto-legge «Sblocca Cantieri» e le coeve prospettive di contro-riforma del sistema di attuazione del Codice non consentano di riproporre queste conclusioni, se non altro perché, come detto, il nuovo regolamento previsto dal decreto ambisce ad occupare gli spazi prima riservati alle linee guida vincolanti dell'Autorità.

Il programmato ritorno al regolamento unico rappresenta una scelta conservativa⁹⁶. Alla luce dell'esperienza pluridecennale e dei noti problemi di quel modello – gli stessi che poco più di tre anni fa avevano suggerito la riforma oggi rinnegata –, v'è da chiedersi se si tratti anche di una scelta corretta e, in particolare, se questo inatteso *revirement* non faccia perdere l'opportunità di restituire «adattabilità» alla disciplina dei contratti pubblici.

Sembra in effetti che l'istintivo sospetto verso il cambiamento (forse alimentato dall'attuale sistema delle responsabilità)⁹⁷, abbia fatto perdere di vista la circostanza che la prerogativa dell'ANAC di concorrere alla formazione della disciplina (con i precetti – che tali dovevano rimanere – delle linee guida vincolanti) e allo stesso tempo orientare i comportamenti (con i consigli delle linee guida non vincolanti) portava con sé il vantaggio di affidare a un unico soggetto e a una sola fonte, libera dai formalismi propri dei regolamenti, anche la possibilità di “calibrare” le regole, adattandole al caso concreto.

Senonché (per venire davvero alle conclusioni), il problema di fondo di cui si è discusso potrebbe sopravvivere al programmato intervento riformatore: si intende dire cioè che la disciplina sui contratti pubblici continuerà a scontrarsi con l'ineludibile dilemma se intensificare o diluire le prescrizioni e, specularmente, contrarre o espandere la discrezionalità dei funzionari (e quando farlo). Se questa affermazione fosse vera, allora l'attenzione che gli studi adattivi riservano alla relazione tra «l'esplorazione di nuove possibilità» e «lo sfruttamento di (vecchie) certezze»⁹⁸ e agli strumenti più consoni per raggiungere questi obiettivi, potrà forse tornare utile anche in futuro.

⁹⁶ Alcuni parlerebbero di scelta «timida»: cfr. D. Kahneman, D. Lovallo, *Timid Choices and Bold Forecasts: A Cognitive Perspective on Risk Taking in Management Science*, 1993, vol. 39, issue 1, 17-31.

⁹⁷ Sul tema cfr. M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e 'burocrazia difensiva'*, in questa Rivista, anno 64, n. 97 (3 2018), 625-657.

⁹⁸ Cfr. J.G. March, *Exploration and Exploitation in Organizational Learning*, *Organization Science*, Vol. 2, No. 1, Special Issue: *Organizational Learning: Papers in Honor of (and by) James G. March (1991)*, 71-87.

Le linee guida dell'ANAC in materia di contratti pubblici: un breve excursus fra vecchi problemi di inquadramento e l'attuale ritorno al regolamento unico

La prima parte dello scritto, che come suggerisce il titolo ha ad oggetto le linee guida dell'ANAC in materia di contratti pubblici, rievcherà i problemi di inquadramento dell'istituto coevi alla riforma del sistema di attuazione e di esecuzione del Codice (d.lgs. n. 50/2016) prevista dalla legge delega 28 gennaio 2016 n. 11. Questo excursus offrirà gli spunti necessari per articolare, nella parte finale del lavoro, un commento critico che verrà indirizzato, dapprima, alle soluzioni in quella sede elaborate per contenere lo spazio applicativo delle già «vecchie» linee guida vincolanti dell'ANAC e, successivamente, alla più recente decisione governativa (decreto-legge n. 32/2019, cosiddetto «Sblocca Cantieri») di interrompere la sperimentazione di quel modello, in favore di un nuovo regolamento unico.

The guidelines on public contracts adopted by ANAC: a brief examination of old classification problems and the recent return to the single regulation system

The first part of the paper, which as suggested by the title is based on the guidelines on public contracts adopted by ANAC, will run over the problems of framing that arose with the reform of the implementation system of the Code (Legislative Decree No 50/2016) as foreseen in the decree of 28 January 2016, no. 11. This examination will offer the necessary insights to articulate a critical comment in the final part of the work that will be addressed, first and foremost, to the solutions developed there to contain the application of the already 'old' binding guidelines of ANAC and, subsequently, to the most recent government decision (decree 18 April 2019, no. 32, so-called 'Sblocca Cantieri') to interrupt experimentation with that model in favour of a new single regulation system.

