

## *Introduzione*

Il presente elaborato di tesi si propone di esaminare il tema degli appalti pubblici con particolare attenzione ai principi che disciplinano la materia e ai requisiti di partecipazione che gli operatori economici devono possedere al fine di partecipare alle procedure ad evidenza pubblica.

Alla base di questo studio si pone la consapevolezza della fondamentale importanza che la regolamentazione degli appalti pubblici riveste ai fini della tutela del principio di concorrenza, valorizzato, peraltro dal diritto comunitario, specialmente in particolare in settori quali l'energia, i trasporti, la difesa, le tecnologie informatiche e i servizi sanitari.

La materia è in continua evoluzione, caratterizzata da un susseguirsi continuo di direttive comunitarie, leggi e atti aventi forza di legge che contribuiscono a creare un quadro normativo poco chiaro e costantemente riformato, determinando un inevitabile *deficit* di certezza del diritto, con conseguenti difficoltà applicative da parte degli operanti del settore e con ineludibili ricadute sul corretto svolgimento del sistema degli appalti pubblici.

Le amministrazioni, nel rispetto dei principi legalità-indirizzo e legalità-garanzia, stipulano contratti per l'acquisto di beni e servizi e per l'esecuzione di lavori al fine di garantire il perseguimento delle finalità di interesse pubblico e di creare le condizioni per lo sviluppo della vita della collettività, per il progresso e il benessere sociale.

La prima legge sulle opere pubbliche risale al 1865. Verso l'inizio degli anni Novanta, poi, una forte spinta legislativa in tema di appalti pubblici veniva sollecitata dalle direttive europee sulla materia.

Le fonti europee si sono rese promotrici della salvaguardia di principi e diritti di estrema importanza, quali il principio della libera concorrenza, il principio di libera circolazione delle persone e delle merci, il principio di libera prestazione

dei servizi, il diritto di libertà di stabilimento, il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità e di restrizioni alle importazioni.

L'evoluzione normativa è proseguita con le cd. "direttive di seconda generazione" e la "Legge Merloni", con cui il legislatore ha reagito ai fenomeni di corruzione emersi nel periodo di Tangentopoli.

Si è passati, poi, per le direttive di terza generazione, recepite in Italia attraverso il codice del 2006, che ha raccolto e riorganizzato l'intera disciplina degli appalti pubblici. Esso è stato successivamente abrogato e sostituito dal nuovo Codice del 2016 cui il legislatore si è posto l'obiettivo, in conformità con le direttive, di dar vita ad una strumentazione legislativa più snella, caratterizzata da una drastica riduzione e razionalizzazione delle disposizioni di più elevata complessità, nell'ottica della certezza del diritto e della semplificazione dei procedimenti e dell'efficientamento del sistema.

Non di minore importanza, vanno segnalate le recenti modifiche introdotte dal c.d. decreto sblocca-cantieri che, a sua volta, ha immesso nel sistema norme di semplificazione per gli operatori economici e per le amministrazioni. Sulla stessa lunghezza d'onda nel 2020 è intervenuto il decreto semplificazioni che volto allo snellimento degli adempimenti burocratici, la digitalizzazione della pubblica amministrazione, il sostegno all'economia verde (ambiente e green economy) ed all'attività di impresa.

Dopo una disamina dei principi che informano l'azione della pubblica amministrazione nella stipulazione dei contratti pubblici – segnatamente, i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità – e una preliminare precisazione sull'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo del codice degli appalti, il presente lavoro si è concentrato sull'analisi della disciplina dei requisiti di partecipazione che gli operatori economici devono possedere per essere aggiudicatari di contratti pubblici.

Il secondo capitolo si propone di analizzare la disciplina dei requisiti generali di partecipazione, necessari a pena di esclusione dei concorrenti. Ruolo centrale

è rivestito, sul punto, dall'art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016, che è rubricato "motivi di esclusione" e che prende in considerazione i requisiti di carattere soggettivo attinenti alla moralità e affidabilità degli operatori economici.

Il capitolo terzo ha ad oggetto la disciplina prevista dall'art 83 del codice vigente, rubricato "criteri di selezione e soccorso istruttorio", il quale reca la normativa in ordine alla sussistenza dei requisiti di carattere oggettivo e contiene l'elencazione dei requisiti specifici che devono qualificare gli operatori economici al fine di partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica: essi sono relativi alla idoneità professionale, alla capacità economica e finanziaria e alla capacità tecnica e professionale dei concorrenti.

Infine, non può non rilevarsi l'importanza rivestita dagli istituti dell'avvalimento e del soccorso istruttorio.

L'avvalimento è un istituto di derivazione comunitaria che consente ad operatore economico, singolarmente o in raggruppamento, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale necessari per partecipare ad una gara avvalendosi della capacità di altri soggetti. Tale istituto risponde ad una duplice *ratio*: da una parte, ampliare il novero dei possibili contraenti e quindi garantire la massima partecipazione degli operatori economici che intendono stipulare contratti con la pubblica amministrazione e, dall'altra, assicurare alla stazione appaltante un aggiudicatario affidabile.

Invece, il soccorso istruttorio è un istituto volto a consentire agli operatori economici, in sede di gara, di integrare eventuali domande di partecipazione che risultano essere incomplete e/o irregolari, evitando così di essere esclusi dalla stessa. Esso risponde all'esigenza di evitare eccessive restrizioni alla partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara ed inutili formalismi legati alla produzione di una documentazione quanto più completa possibile.

## *Capitolo I*

### **Il codice dei contratti pubblici**

SOMMARIO: 1. Origine ed evoluzione normativa della disciplina dei contratti pubblici – 1.1. Il decreto legislativo n. 50 del 2016 – 1.2. Dal Regolamento Unico alle linee-guida ANAC – 1.3. Il decreto “Sblocca-cantieri” ed il decreto “Semplificazioni” – 1.4. I principi che regolano i contratti pubblici – 2. Caratteristiche generali del contratto di appalto. La distinzione tra appalti e concessioni – 3. L’ambito soggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici – 3.1. L’ambito oggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici

#### *1. Origine ed evoluzione normativa della disciplina dei contratti pubblici*

Le amministrazioni pubbliche godono di una capacità generale di diritto privato: esse possono stipulare contratti per l’acquisto di beni e servizi e per l’esecuzione di lavori al fine di garantire il perseguimento di finalità di interesse pubblico e creare le condizioni per uno sviluppo della vita della collettività, per il progresso e il benessere sociale. La necessità di tutelare gli interessi di cui le amministrazioni sono portatrici, unitamente all’esigenza di salvaguardare la *par condicio* tra i potenziali concorrenti, ha indotto il legislatore ad introdurre regole volte a disciplinare un procedimento amministrativo ad evidenza pubblica di tipo competitivo: la fase di scelta del contraente è regolata da norme di diritto pubblico e termina con un provvedimento di aggiudicazione, la fase di esecuzione del contratto è invece disciplinata da regole di diritto privato<sup>1</sup>.

La disciplina dei contratti della pubblica amministrazione è stata oggetto di numerosi interventi legislativi di ispirazione nazionale e comunitaria, e tutt’oggi è sottoposta a continue modifiche ed aggiornamenti.

---

<sup>1</sup> CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, 4<sup>a</sup> ed., Bologna, 2019, p. 425 ss.

In una prima fase, antecedente all'avvento delle politiche europee di integrazione, le leggi concernenti la tematica dei contratti pubblici erano distribuite in diversi testi normativi. Le principali norme di riferimento erano contenute all'interno del Decreto Regio n. 2440 del 18 novembre 1923, denominato Legge di Contabilità di Stato, e nel suo regolamento attuativo, il Decreto Regio n. 827 del 23 maggio 1924.

La collocazione della disciplina del procedimento ad evidenza pubblica tra le norme sulla contabilità dello Stato trovava una spiegazione nel fatto che essa mirava a garantire una gestione corretta ed efficiente del danaro pubblico ed assicurare le condizioni economiche più favorevoli all'amministrazione. Questi obiettivi venivano perseguiti attraverso una serie puntuale di regole formali e procedurali volte a limitare eccessivamente la discrezionalità dell'amministrazione<sup>2</sup>.

Con il passare del tempo si è assistito ad un notevole incremento del ricorso agli appalti pubblici e, più in generale, all'affidamento di servizi e forniture da parte delle pubbliche amministrazioni ad operatori economici privati. Verso l'inizio degli anni 90, in particolare, una forte spinta legislativa in tema di appalti pubblici veniva sollecitata dalle direttive europee sulla materia. Segnatamente, un ruolo fondamentale era rivestito dalla direttiva 71/305/CEE del 26 Luglio 1971 - che disciplinava le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici e delle concessioni di importo superiore al miliardo di lire - dalla successiva direttiva 72/277/CEE del 26 Luglio 1972 - avente ad oggetto, invece, le modalità e le condizioni di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee dei bandi di gara per appalti e concessioni di lavori pubblici - ed infine dalle direttive 77/62/CEE e 80/767/CEE, in materia di appalti pubblici di forniture. Tali fonti europee si sono rese promotrici della salvaguardia di principi e diritti di estrema importanza, quali il principio della libera concorrenza, il principio di libera circolazione delle persone e delle merci,

---

<sup>2</sup> MEZZACAPO S., *Procedure ad evidenza pubblica*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di M. Clarich, G. Fonderico, pp. 522 – 523.

il principio di libera prestazione dei servizi, il diritto di libertà di stabilimento, il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità e di restrizioni alle importazioni. L'attuazione nell'ordinamento statale delle suddette direttive di prima generazione, tuttavia, è stata circoscritta ai soli appalti e alle concessioni collocabili per importo al di sopra di una soglia definita dalle stesse, pertanto, i contratti cd. sottosoglia continuavano ad essere disciplinati dalla legislazione di contabilità di Stato. Tale circostanza non ha consentito "il definitivo superamento della c.d. concezione contabilistica" in favore di una visione prettamente pro-concorrenziale<sup>3</sup>.

Tutto ciò ha determinato il perpetuarsi di due distinti sistemi normativi, non scalfiti neppure dall'avvento delle direttive di seconda generazione (in particolare la direttiva 88/295/CEE in materia di appalti pubblici di forniture e la direttiva 89/440/CEE in materia di opere pubbliche), le quali, pur portando significativi elementi di novità rispetto al passato – come l'introduzione della nozione di organismo di diritto pubblico, e, soprattutto, una disciplina più attenta ad impedire l'elusione, da parte delle amministrazioni, delle regole di pubblicità, trasparenza ed imparzialità – hanno lasciato immutato il sistema delle soglie<sup>4</sup>.

A livello nazionale, l'attuazione delle direttive di seconda generazione ha comportato l'adozione di una pluralità di atti normativi. In particolare, bisogna menzionare la legge n.109/1994, c.d. legge Merloni, con cui il legislatore ha reagito ai fenomeni di corruttivi emersi nel periodo di Tangentopoli e ha limitato al massimo l'autonomia e la discrezionalità esercitate dalle stazioni appaltanti nell'ambito delle procedure di selezione del contraente.

Sempre all'inizio degli anni '90 si colloca l'adozione delle prime direttive cd. "ricorsi" (direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE) con cui il legislatore comunitario ha imposto agli Stati membri di adeguare il proprio ordinamento interno,

---

<sup>3</sup> MASTRAGOSTINO F., *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, Giappichelli, 2017, cit., pp. 1 ss.

<sup>4</sup> MASTRAGOSTINO F., *loc. cit.*

predisponendo, a livello nazionale, un sistema di mezzi di tutela efficace e rapido attivabile dai soggetti interessati in caso di violazione delle disposizioni comunitarie sugli appalti pubblici.

A garanzia del rispetto del principio di effettività della tutela, le direttive “ricorsi” hanno concentrato la loro attenzione sull'esigenza che gli organi competenti a decidere i ricorsi fossero abilitati ad adottare misure provvisorie cautelative volte a sospendere l'aggiudicazione o l'esecuzione di decisioni adottate dall'Autorità aggiudicatrice onde assicurare la tutela dei soggetti interessati e la limitazione di danni alle situazioni soggettive ingiustamente lese<sup>5</sup>.

L'evoluzione della disciplina comunitaria ha portato all' approvazione delle direttive di terza generazione: la direttiva 2004/18/CE, relativa al “Coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi” e la direttiva 2004/17/CE relativa al “Coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali”. Tali fonti normative comunitarie sono state recepite in Italia dal Codice dei contratti pubblici di lavoro, servizi e forniture di cui al d.lgs. n. 163/2006, emanato in forza della legge delega n. 62 del 2005, successivamente integrato e modificato a più riprese. Con il Codice dei contratti pubblici, il legislatore delegato, ha raccolto e riorganizzato l'intera disciplina degli appalti pubblici e delle concessioni nei settori ordinari e in quelli speciali, indipendentemente dal loro valore, in un unico testo normativo<sup>6</sup>.

Da ultimo, il legislatore comunitario è nuovamente intervenuto con la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (riguardante sia le concessioni di lavori già disciplinate dalle previgenti disposizioni europee, sia le concessioni di servizi, prima non disciplinate), la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE, e la direttiva 2014/25/UE/

---

<sup>5</sup> MASTRAGOSTINO F., *op. cit.*, p. 36 ss.

<sup>6</sup> CLARICH M., *op. cit.*, p. 427 ss.

sulle procedure di appalto degli enti erogatori dei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, che abroga la direttiva 2004/17/CE.

La sollecitazione alla revisione del quadro normativo in materia di appalti pubblici è stata l'esito di una risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2010: ivi veniva infatti deplorata la mancata semplificazione delle norme sugli appalti, rammentata la necessità di una maggiore certezza giuridica, stigmatizzata l'esistenza di un insieme di regole complicato e confuso<sup>7</sup>. Le amministrazioni aggiudicatrici, data la pressione sui bilanci pubblici, decidevano l'aggiudicazione in base al criterio del prezzo più basso anziché quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con il conseguente indebolimento della base innovativa e della competitività globale dell'UE.

Sulla scorta delle pressioni provenienti dal Parlamento Europeo, le direttive del 2014 contengono un pacchetto organico di misure volte a rendere più trasparente e flessibile il quadro normativo generale.

In ragione degli obiettivi definiti dalle direttive del 2014, nell'ottica di riduzione e razionalizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative allora vigenti e al fine di garantire il rispetto dei criteri di semplificazione, trasparenza e rapidità delle procedure, il Parlamento, con la legge 28 gennaio 2016 n. 11 ha delegato il Governo ad emanare norme per l'attuazione e il recepimento delle direttive sopra richiamate con la precisazione che queste ultime sarebbero dovute confluire in un unico testo normativo denominato "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione" e destinato a sostituire il d. lgs. n. 163/2006 ed il relativo regolamento di attuazione.

---

<sup>7</sup> CALDARELLI F., *Le direttive europee sui contratti pubblici* in F. Caldarelli, Tiziano Treu e R. Garofali (a cura di), Libro dell'anno 2015, Treccani



### *1.1. Il decreto legislativo n. 50/2016*

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 19 aprile 2016 ed entrato in vigore il giorno stesso, consta di 220 articoli e XXV allegati, a differenza del previgente d.lgs. 163/2006, composto da 256 articoli e completato da un regolamento di attuazione contenente ulteriori 358 articoli.

Attraverso tale riforma il legislatore delegato si è proposto di perseguire l'obiettivo, in conformità con le direttive, di dar vita ad una strumentazione legislativa più snella, caratterizzata da una drastica riduzione e razionalizzazione delle disposizioni di più elevata complessità, nell'ottica della certezza del diritto e della semplificazione dei procedimenti e dell'efficientamento del sistema.

La *ratio* dell'intervento, inoltre, è quella di garantire una migliore qualificazione di tutti i soggetti coinvolti, una maggiore tutela della concorrenza, della trasparenza e della *par conditio* tra gli operatori economici e, in ultimo, conseguire una deflazione del contenzioso. Particolare attenzione è dedicata al contrasto delle pratiche corruttive e dei fenomeni di inquinamento del mercato da parte della criminalità organizzata. In tale ambito, vengono valorizzati il ruolo e le funzioni dell'autorità amministrativa indipendente ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione), figura centrale dal ruolo imprescindibile, dotata di ampi poteri di vigilanza, di controllo e di regolazione. Preliminarmente, procedendo ad un'analisi strutturale, è opportuno rimarcare che il Codice si compone di sei parti: la Parte I riguarda l'"Ambito di applicazione, principi, disposizioni comuni ed esclusioni" (artt. 1-34); la Parte II, i "Contratti di appalto per lavori servizi e forniture" (artt. 35-163); la Parte III, i "Contratti di concessione"(artt. 164-178); la Parte IV tratta del "Partenariato pubblico privato e contraente generale" (artt. 179-199), la Parte V delle "Infrastrutture e insediamenti prioritari" (artt. 200-203); infine, la Parte VI contiene le "Disposizioni finali e transitorie (artt. 204-220).

Tra le principali novità apportate dal Codice vanno segnalate la valorizzazione del principio di trasparenza e del diritto di accesso ai documenti di gara. Ancora, sono state previste regole generali di scelta del contraente e criteri di aggiudicazione tali da attribuire una maggiore discrezionalità in capo alla stazione appaltante: è stata prevista maggiore possibilità di fare ricorso alla procedura competitiva con negoziazione, specie nei casi in cui l'appalto abbia ad oggetto lavori, servizi o forniture che implicino progettazione o soluzioni innovative. Il criterio prioritario di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con residualità del criterio del prezzo più basso. Sono state introdotte varie misure a tutela della concorrenza, con la revisione dell'istituto dell'avvalimento, l'attribuzione di maggiore rilevanza ai profili sostanziali rispetto agli aspetti formali, l'ampio utilizzo dell'informativa, l'implementazione del dialogo competitivo. Da evidenziare, infine, il nuovo regime del conflitto di interessi e la disciplina del rating di legalità, oltre all'introduzione di più incisivi oneri di pubblicazione degli atti di gara sul profilo del committente<sup>8</sup>.

### *1.2. Dal Regolamento Unico alle linee-guida ANAC*

Il legislatore ha altresì innovato il sistema di attuazione e completamento della disciplina superando il modello tradizionale del regolamento unico di esecuzione e attuazione a favore di un sistema più snello e flessibile, costituito da atti di indirizzo, linee guida di carattere generale (*soft-law*) e decreti da approvare a cura di diversi soggetti tra i quali, in particolare, l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT). Fanno parte di tale modello n. 16 decreti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, n. 15 decreti di altri ministeri e 15 linee guida dell'ANAC.

---

<sup>8</sup> LOPILATO V., *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., 2020, Torino, p. 904 ss.

Mentre il superamento del regolamento unico di esecuzione è stato prevalentemente condiviso, parte della dottrina ha criticato il nuovo modello di regolamentazione sia per la sua complessità, sia per l'incerta natura ed efficacia giuridica delle linee guida, specie quelle dell'ANAC.

Il termine “*soft-law*” indurrebbe a ritenere che si tratti di atti privi di vincolatività, tuttavia, alcune linee guida previste dal Codice sono in realtà vincolanti, con conseguente incertezza negli operatori.

L'analisi del dibattito sulla natura giuridica delle linee guida impone una riflessione preliminare in ordine all'attività e alle funzioni dell'ANAC.

L'Autorità Nazionale Anticorruzione esercita le proprie funzioni tipiche al fine di garantire un più efficiente controllo sui soggetti coinvolti nell'affidamento e nella gestione degli appalti e delle concessioni.

L'attività di regolazione dell'ANAC si estrinseca nell'adozione di atti soggettivamente amministrativi, ma talvolta caratterizzati da un grado di vincolatività, astrattezza e generalità tale da poter essere confusi con gli atti normativi<sup>9</sup>.

In attuazione delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, l'ANAC esercita un potere che non è legislativamente predeterminato né disciplinato da fonti di rango primario, mediante il quale vengono però introdotte regole di condotta per gli operatori del settore con un grado di vincolatività più o meno intenso. Tra gli atti regolatori adottati dall'ANAC si collocano le Linee guida connotate da una dubbia natura giuridica. Trattasi –come da ultimo definite in generale dal Consiglio di Stato – di atti regolativi autonomi che intervengono generalmente in settori ad alto tasso di tecnicismo «come parametro integrativo della legge, sviluppato poi secondo moduli sempre più prescrittivi e di tipo normativo (con profili talora considerati problematici quanto al rispetto del principio di legalità)»<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> CHIARIELLO C., *L'inquadramento delle Linee Guida ANAC nel sistema delle fonti alla luce dell'interpretazione del Consiglio di Stato*, in *federalismi.it*, p. 1 ss.

<sup>10</sup> Consiglio di Stato, Sez. I, Adunanza di Sezione del 4 marzo 2020, parere n. 615 del 24 marzo 2020, Richiesta di parere in ordine al documento «*Linee Guida in materia di tutela degli autori di*

Il Codice dei contratti pubblici del 2016 ha accresciuto i poteri di vigilanza e di regolazione dell'ANAC, chiamata ad assicurare il rispetto dei principi di concorrenza ed efficienza nel mercato. Più in particolare il legislatore, con l'art. 213 del d.lgs. n. 50/2016, ispirandosi all'ormai frequente fenomeno della "fuga dal regolamento", attribuisce espressamente all'Autorità nazionale anticorruzione i compiti di vigilanza e controllo sui contratti pubblici, nonché l'attività di regolazione degli stessi.

Per quanto specificamente concerne l'attività di regolazione, ai sensi del comma 2 del menzionato art. 213, d.lgs. n. 50/2016, «L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti». Pertanto, l'Autorità, al fine di contrastare la corruzione nel mercato delle commesse pubbliche, ha il potere di adottare diverse tipologie di atti, tutti riconducibili alla categoria degli "strumenti di regolazione flessibile"<sup>11</sup>.

La scelta del legislatore delegante di non prevedere un unico regolamento generale, ma di optare per un sistema attuativo più snello e flessibile si rivela, in linea di massima, innovativa e idonea a risolvere alcuni problemi della disciplina precedente. La legge delega prevede una varietà di strumenti attuativi, cui si fa riferimento in punti diversi: ciò richiede uno sforzo di inquadramento unitario e sistematico.

Le disposizioni da considerare per tale inquadramento sono contenute, nella delega, sia tra i principi e criteri direttivi, sia nelle successive disposizioni procedurali:

- un primo criterio direttivo è enunciato all'art. 1, comma 1, lett. t), la quale pone in capo all'ANAC, accanto a vari poteri "di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio", quello di adozione di "atti

---

*segnalazioni di reati o di irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 54-bis, del d.lgs. n. 165/2001 (c.d. whistleblowing).*

<sup>11</sup> CHIARIELLO C., loc. cit.

di indirizzo, quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile”, eventualmente “dotati di efficacia vincolante”, comunque impugnabili in sede giurisdizionale amministrativa.

- la successiva lettera u) demanda poi allo schema di decreto legislativo l’individuazione dei casi in cui all’adozione degli atti di indirizzo debba seguire la trasmissione alle Camere di “apposite relazioni”;

- fuori dai criteri e principi direttivi, i commi 4 e 5 dell’art. 1 della delega, nell’ipotizzare che il decreto di riordino (che il Governo ha optato di adottare contestualmente al decreto di recepimento) abroghi il regolamento di esecuzione e attuazione del vigente codice dei contratti pubblici, prescrivono che sulla base di detto decreto sono, “altresì, emanate linee guida di carattere generale proposte dall’ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che sono trasmesse prima dell’adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere”.

Alla stregua di tali – non contestuali – indicazioni il Consiglio di Stato ha dunque identificato tre tipologie di Linee guida:

- a) quelle adottate con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell’ANAC, a carattere vincolante *erga omnes*, previo parere delle competenti commissioni parlamentari;
- b) quelle adottate con delibera dell’ANAC a carattere vincolante *erga omnes*;
- c) quelle adottate con delibera dell’ANAC a carattere non vincolante.<sup>12</sup>

La questione concernente la natura giuridica delle linee-guida ANAC e la loro collocazione nella gerarchia delle fonti del diritto è al centro di un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

I decreti ministeriali o interministeriali, sovente richiamati dal Codice dei contratti pubblici, hanno una chiara efficacia innovativa dell’ordinamento essendo suscettibili di un’applicazione generale e astratta; pertanto, qualsivoglia

---

<sup>12</sup> Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, parere n. 855 del 1° aprile 2016, *Schema di decreto legislativo recante “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”, ai sensi dell’art. 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11*, p. 37 ss.

*nomen juris* sia stato loro fornito dal legislatore delegante e da quello delegato, tali atti devono essere considerati alla stregua dei regolamenti ministeriali di cui all'art. 17, comma 3, l. 23 agosto 1988, n. 400, con tutte le conseguenze in termini di forza e valore dell'atto (si pensi, a titolo esemplificativo, per quanto riguarda i decreti ministeriali, al richiamo effettuato dall'art. 24, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 in tema di requisiti dei progettisti delle amministrazioni aggiudicatrici, e dall'art. 111, commi 2 e 3, d.lgs. n. 50/2016 in tema di direzione dei lavori; quanto ai decreti interministeriali, al rinvio di cui all'art. 144, comma 5 del Codice dei contratti pubblici in tema di servizi di ristorazione)<sup>13</sup>. Più complessa si è invece rivelata la qualificazione giuridica delle linee-guida adottate dall'ANAC, le quali generalmente si sostanziano in atti di indirizzo dal contenuto molto vario, che il più delle volte si esplicitano in raccomandazioni e consigli, più o meno stringenti, ma che possono assumere anche la forma di disposizioni imperative. *Nulla quaestio* circa la configurazione di quelle a carattere non vincolante quali atti amministrativi a contenuto generale; mentre maggiori problematiche sono sorte per l'inquadramento sistematico delle linee-guida vincolanti (ad esempio, l'art. 83, co. 2, in materia di sistemi di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici; art. 84, co. 2, recente la disciplina degli organismi di attestazione SOA; art. 110, co. 5, lett. b), concernente i requisiti partecipativi in caso di fallimento; art. 197, c. 4, relativo ai requisiti di qualificazione del contraente generale).

Il Consiglio di Stato ha ritenuto sin dal principio «preferibile» l'opzione interpretativa che combina la valenza generale dei provvedimenti con la natura di Autorità Amministrativa Indipendente del soggetto emanante, conseguendone che sarebbe dunque «logico» ricondurre le linee-guida vincolanti dell'ANAC alla categoria degli atti amministrativi generali “di

---

<sup>13</sup> CHIARIELLO C., *loc. cit.*

regolazione” delle Autorità indipendenti, differenti dai regolamenti in senso proprio<sup>14</sup>.

Tale ricostruzione consente di chiarire e di risolvere una serie di problemi palesatesi sul piano applicativo. In primo luogo, essa non pregiudica, ma anzi riconferma, gli effetti vincolanti ed *erga omnes* di tali atti dell’ANAC, come disposto dalla delega (in particolare dalla lett. t), che fa riferimento a “strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante”. In secondo luogo, tale inquadramento postula l’applicazione di tutte le garanzie procedurali e di qualità della regolazione riconosciute alla suddetta tipologia di atti: si pensi, per quanto riguarda il procedimento di adozione, alla necessaria sottoposizione delle stesse a una preventiva fase di consultazione, accompagnata dall’analisi di impatto della regolazione (AIR) e dalla successiva verifica *ex-post* dell’impatto della regolazione (VIR), oltreché al rispetto degli obblighi di pubblicità<sup>15</sup>.

Il Consiglio di Stato, argomentando ex articolo 17 comma 3 della l. n. 400/1988, ha ritenuto di non poter riconoscere alle linee guida vincolanti natura normativa; esse costituirebbero atti di regolazione e quindi atti amministrativi generali in quanto «espressione di un potere che è carente sotto il profilo della legalità sostanziale e promananti dai soggetti che sfuggono al tradizionale circuito della responsabilità politica<sup>16</sup>».

A ben vedere, come affermato dalla giurisprudenza amministrativa di merito, nonostante ai sensi dell’art. 213, d.lgs. n. 50 del 2016 il novero dei poteri e compiti di vigilanza dell’ANAC sia penetrante e maggiormente esteso rispetto alla previgente disciplina «non può ammettersi nel vigente quadro costituzionale, in tal delicato settore, un generale vincolante potere

---

<sup>14</sup> Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, parere n. 855 del 1° aprile 2016, *Schema di decreto legislativo recante “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”, ai sensi dell’art. 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11*, 37 ss.

<sup>15</sup> CHIARIELLO C., *op. cit.*, p. 53 ss.

<sup>16</sup> Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, parere n. 855 del 1° aprile 2016, *Schema di decreto legislativo recante “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”, ai sensi dell’art. 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11*, 37 ss.