



L'ANAC, LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI E LE PROSPETTIVE DI RIFORMA*

di Roberto Calzoni**

SOMMARIO: 1. La vigilanza e il controllo. – 2. La vigilanza preventiva. – 3. La vigilanza e l'attività di regolazione. – 4. La vigilanza e l'attività consultiva. – 5. La condivisione delle esperienze di vigilanza. 6. Le prospettive future della vigilanza. – 7. Conclusioni

1. La vigilanza e il controllo

L'approvazione, da parte del Consiglio dei Ministri, del disegno di legge delega per la riforma del codice dei contratti pubblici offre lo spunto per avviare una riflessione sulla nozione e sulla portata dei poteri di vigilanza conferiti all'Autorità nazionale anticorruzione, oggetto di rinnovata attenzione da parte delle forze politiche¹.

E' noto che, in sede di definizione concettuale generale, il lemma "vigilanza" è stato usato in origine per descrivere il controllo di legittimità esercitato dall'autorità statale sugli atti delle collettività minori, soprattutto territoriali².

La "tutela", invece, seppur fosse anch'essa una forma di controllo, era volta a valutare l'opportunità dell'azione amministrativa³.

Mentre la "vigilanza" è posta a presidio dell'interesse generale, la "tutela" assicura il corretto perseguimento di interessi amministrativi specifici⁴. Ulteriori svolgimenti ha avuto l'elaborazione

* Contributo sottoposto a double blind peer review.

** Dottore di ricerca in Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza di Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

¹ Il disegno di legge delega in materia di riforma del Codice degli appalti è stato approvato dal Consiglio dei ministri n. 48 del 28 febbraio 2018: conferisce delega al Governo affinché adotti un nuovo codice dei contratti pubblici in sostituzione o modifica dei decreti legislativi 18 aprile 2016, n. 50 e 15 novembre 2011, n. 208.

² M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, p. 326, afferma che "è curioso constatare che da noi gli unici tipi di controllo che hanno un nome proprio sono la vigilanza (controllo di legittimità sugli atti e controllo giuridico sull'attività di servizio), e la tutela (controllo di opportunità sugli atti)"; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1989, p. 6, afferma che "il controllo di legittimità prende comunemente il nome di vigilanza".

³ U. FORTI, *Vigilanza e tutela amministrativa*, in *Enciclopedia italiana*, 1937, p. 6, ora in <http://www.treccani.it>, afferma che "vigilanza e tutela corrispondono a due categorie, costituenti una possibile bipartizione dei controlli, rispettivamente rivolti alla legittimità o all'opportunità dell'atto contratto".

⁴ L. ARCIDIACONO, *La vigilanza nel diritto pubblico*, Padova, 1984, p. 38.

del concetto di vigilanza con riguardo all'attività svolta da alcune amministrazioni indipendenti, specialmente ad opera della dottrina che ne ha messo in luce il nesso con la tutela degli interessi pubblici "riflessi" ad opera di dette autorità ⁵.

Sembra invero necessario verificare la tesi, fin qui prevalente, che risolve la vigilanza nella funzione di controllo: quanto meno nel caso dell'Autorità nazionale anticorruzione, essa non sembra più pienamente aderente all'attuale assetto normativo. Il concreto esplicarsi dei poteri di vigilanza dell'Anac – e, ancor prima, della Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ⁶ – mette infatti in rilievo l'esercizio di poteri di amministrazione attiva, secondo quanto riconosciuto dalla giurisprudenza ⁷. Lo stesso Legislatore, nel conferire all'Autorità "*la vigilanza e il controllo sui contratti pubblici*", mantiene distinte le citate funzioni, attribuendo alla vigilanza un'autonoma rilevanza ⁸. In questo ambito normativo, il controllo, la cui principale forma consiste nell'atto ispettivo, si pone al servizio della vigilanza⁹. È momento procedimentale imprescindibile, senza il quale sarebbe preclusa all'Autorità la possibilità di accertare l'effettiva sussistenza di criticità, sia rispetto alla fase di scelta del contraente che con riferimento all'esecuzione del contratto¹⁰. Ma il controllo non è tutto: seguono ulteriori poteri, ben stagliati dalla prassi applicativa, che passiamo ad esaminare.

2. La vigilanza preventiva

Nel corso del tempo, la vigilanza espletata dall'Autorità ha assunto diverse configurazioni. La vigilanza collaborativa è una delle modalità più innovative ¹¹.

Si tratta di una nuova forma di vigilanza, da applicarsi in occasione di situazione di particolare interesse, in cui l'Autorità, su richiesta delle stazioni appaltanti, verifica preventivamente le bozze degli atti di gara, per segnalare la presenza di eventuali illegittimità, oppure suggerire l'aggiunta di clausole per l'efficace prevenzione dei fenomeni corruttivi ¹².

⁵ Sulla tutela degli interessi pubblici "riflessi" ad opera delle autorità indipendenti, v. la sistemazione proposta da L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, spec. 443 ss.; ID., *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 55. In generale, v. gli scritti fondamentali di G. AMATO, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. dir.*, 1970, 448; ID., *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645, 659: sono interessi pubblici anche gli interessi collettivi e sono entrati da tempo nel diritto amministrativo.

⁶ Sulla posizione dell'ANAC e sulla controversa qualificazione, v., da ult., anche per richiami, E. OLIVITO, *In bilico tra gubernaculum e iurisdictio: osservazioni costituzionalmente orientate sull'Autorità nazionale anticorruzione e sui suoi poteri regolatori*, in *costituzionalismo.it*, fasc. n. 3/ 2018.

⁷ C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012, p. 11, sostiene che la vigilanza sia da considerarsi, più precisamente, "una funzione amministrativa" che ha visto cambiare la propria fisionomia in ragione del mutare della realtà sottostante. Che la vigilanza si espliciti anche mediante poteri di amministrazione attiva è sostenuto espressamente dal TAR Lazio, Roma, III, 11 settembre 2003, n. 7568, il quale, con riferimento all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, affermava che alla stessa Autorità "*sono attribuiti poteri di vigilanza precisamente delimitati, comprendenti funzioni di amministrazione attiva*".

⁸ Vedasi l'art. 213, comma 1, decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

⁹ Che la vigilanza si serva del controllo è confermato anche dalle "*Linee guida per lo svolgimento delle ispezioni*" approvate dal Consiglio dell'Autorità nazionale anticorruzione, le quali precisano che "*le attività ispettive si inseriscono nell'ambito del procedimento di vigilanza in corso di svolgimento*". In merito ai poteri di controllo, il "*Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*" riconosce ad ANAC anche la possibilità di "*formulare per iscritto richieste di informazioni e di esibizione di documenti*".

¹⁰ Già E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, p. 90 ss., affermava che la vigilanza "*non si esaurisce nel controllo*".

¹¹ Ci si permetta di rinviare a R. CALZONI, *Autorità nazionale anticorruzione e funzione di vigilanza collaborativa: le novità del Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, n. 23/2016 e.

¹² Cfr. il Regolamento sull'esercizio dell'attività di Vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici, approvato dal Consiglio dell'Autorità il 28 giugno 2017.

In tale veste, l'Autorità si esprime mediante osservazioni e supporta le stazioni appaltanti nella formazione degli atti di gara, restando, tuttavia, preclusa qualsiasi forma di cogestione o coamminisitazione della procedura.

L'attività gestionale ed amministrativa ricade nell'esclusiva competenza delle stazioni appaltanti, che potranno aderire ai suggerimenti dell'Autorità, ovvero disattendervi, salvo motivare le ragioni di tale scostamento.

I protocolli d'intesa sottoscritti tra l'Autorità e le singole stazioni appaltanti definiscono le modalità della collaborazione, presupponendo la trasmissione delle bozze degli atti di gara prima della loro formale adozione ¹³.

La vigilanza collaborativa non comporta l'esercizio di poteri di controllo: il rapporto che viene ad instaurarsi tra le parti è paritetico e la cooperazione avviene su base consensuale, a favore delle stazioni appaltanti che hanno manifestato il proprio interesse ad essere affiancate nella formazione degli atti di gara.

L'Autorità conserva il potere di esprimersi mediante atti di raccomandazione, oppure di impugnare giudizialmente gli atti di gara all'esito della collaborazione ¹⁴.

Sono fatte salve anche le competenze degli organi giurisdizionali ¹⁵.

Nel contempo, mentre la vigilanza *ex post* è continuativa, la vigilanza collaborativa si esaurisce con la pubblicazione degli atti di gara sottoposti a vigilanza, salva la possibilità di concordare un'estensione della verifica alla successiva fase di esecuzione del rapporto contrattuale.

3. La vigilanza e l'attività regolatoria

La vigilanza ha una innegabile valenza regolatoria.

Le raccomandazioni, oltre a segnalare la presenza di irregolarità o illegittimità, sono preordinate a dettare regole di condotta, a contenuto interpretativo, in ordine a fatti puntuali, al fine di correggere ed orientare *ex post* le condotte degli operatori che si sono discostati dal reticolato normativo.

L'Autorità contribuisce così alla diffusione delle buone pratiche e stimola le stazioni appaltanti ad agire in autotutela, senza che possa discendere uno specifico obbligo conformativo ¹⁶.

D'altronde, tra vigilato e vigilante non è più dato riscontrarsi alcun rapporto di sovraordinazione

¹³ La vigilanza collaborativa ha riscosso, e continua a riscuotere, grande apprezzamento. Lo dimostrano i 15 protocolli d'intesa sottoscritti dall'Autorità nel 2017, con un incremento, rispetto all'anno precedente, del 20% del numero delle procedure sottoposte al vaglio.

¹⁴ Tale ipotesi si potrebbe, ad esempio, verificare qualora la stazione appaltante abbia deciso di disattendere il suggerimento collaborativo espresso dall'Autorità.

¹⁵ Le osservazioni dell'Autorità espresse nel corso della vigilanza collaborativa non possono essere utilizzate per asseverare i provvedimenti adottati dalle stazioni appaltanti che restano impugnabili dinanzi agli organi giudiziari. Nel contempo, è indubbia la loro capacità deflattiva del contenzioso.

¹⁶ Tali conclusioni sono avvalorate anche da quanto a suo tempo fu affermato dalla Corte Costituzionale, con la nota sentenza 7 novembre 1995, n. 482, in relazione alla previgente normativa di cui all'art. 4, della legge 11 febbraio 1994, n. 109: "*Le attribuzioni dell'autorità per la vigilanza sui lavori pubblici non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo, in quanto le attività rimesse alla stessa assumono carattere strumentale rispetto alla conoscenza ed alla vigilanza nel complessivo settore dei lavori pubblici; e, pertanto, l'art. 4 L. n. 109 del 1994, norma istitutiva dell'autorità in questione, non è in contrasto con l'art. 117 cost. in quanto non invasivo dell'autonomia legislativa ed amministrativa delle regioni*".

gerarchica tale legittimare particolari forme di ingerenza da parte dell’Autorità nell’attività delle stazioni appaltanti.

Al contrario, detta funzione si basa sul presupposto che l’attività delle amministrazioni pubbliche inerisce interessi pubblici primari la cui tutela il legislatore ha demandato all’Autorità.

Sebbene la vigilanza possa estrinsecarsi in atti regolatori individuali, essa, tuttavia, non può identificarsi *tout court* con la funzione di regolazione, che si esplica mediante atti regolari a carattere generale, quali linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, talvolta dotati di efficacia vincolante¹⁷.

Pur trattandosi di attività distinte che si esplicano mediante atti dotati di una propria connotazione, è comunque possibile riscontrare tra le stesse un’interazione funzionale, che si dimostra coerente con la posizione peculiare di autorità indipendente.

Difatti, gli atti regolatori a carattere generale sono adeguati, non solo in ragione delle istanze degli *stakeholders*, bensì anche in base ai risultati della vigilanza, che, segnalando criticità applicative o interpretative, orientano l’intervento del regolatore, contribuendo a migliorare la qualità e l’efficacia della regole¹⁸.

Compito della regolazione è quello di tradurre in regole l’esperienza di vigilanza, che viene così ad assumere rilevanza nel procedimento di formazione degli atti regolatori¹⁹.

Nel contempo, gli atti regolatori a carattere generale concorrono a definire il perimetro d’azione della vigilanza. Infatti, la conformità degli atti di gara alla normativa di settore è valutata non solo rispetto alle norme di rango primario, bensì anche con riguardo alle regole dettate in via integrativa dall’Autorità²⁰.

Pertanto, può affermarsi che tanto la vigilanza quanto la regolazione sono espressione essenziale di un complessivo ruolo dell’Autorità, la quale utilizza le informazioni dal mercato per migliorare la propria azione regolatoria a garanzia del buon andamento del complessivo settore degli appalti e dei contratti pubblici²¹.

Da questo punto di vista, ci si potrebbe spingere sino a considerare la vigilanza come una forma di partecipazione indiretta degli interessati ai procedimenti di elaborazione dei provvedimenti

¹⁷ Nel contempo, è pur vero che, come sostenuto da C. CELONE, *La funzione*, p. 56, cit., gli interventi regolatori individuali della autorità indipendenti, benché originati da casi concreti, molto spesso trascendono il singolo caso ed assumono una portata generale, al pari della regolazione *ex ante*, contribuendo a disciplinare il sistema.

¹⁸ Il regolamento del 13 giugno 2018, “*per la definizione della disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell’Autorità Nazionale Anticorruzione e di una metodologia di acquisizione e analisi quali-quantitativa dei dati rilevanti ai fini dell’analisi di impatto della regolazione (AIR) e della verifica dell’impatto della regolazione (VIR)*”, evidenzia il contributo della vigilanza nel procedimento regolatorio affermando che l’Autorità raccoglie “*le indicazioni fornite dagli uffici di vigilanza*” per valutare a posteriori l’effetto delle regole introdotte sui soggetti destinatari degli atti regolatori, “*individuando eventuali correttivi da introdurre*”. Nel contempo, anche il contraddittorio che si viene ad instaurare tra Autorità e gli operatori del settore permette, come sostenuto da F. GIUFFRÈ, *L’autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L’Autorità nazionale anticorruzione*, 2016, p. 23, di “*creare le condizioni affinché possa determinarsi un ricambio negli indirizzi del soggetto regolatore*”.

¹⁹ Vedasi, ad esempio, il documento di consultazione relativo alla linea guida n. 8 dell’Autorità Nazionale Anticorruzione, ove la stessa giustifica l’intervento regolatorio in ragione delle criticità emerse nel corso dell’attività di vigilanza.

²⁰ A tal proposito F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, in www.italiappalti.it, p. 14, evidenzia come anche le linee guida non vincolanti siano comunque “*rilevanti sul piano giuridico*” pur disponendo di una “*efficacia variabile in funzione della singola concreta vicenda*”. Ne consegue che la condotta che si discosti dall’indirizzo potrà essere censurata sotto il profilo dell’eccesso di potere.

²¹ In questo senso lato viene suggerita una ricostruzione delle diverse funzioni dell’Autorità in termini di garanzia obiettiva: G. PIPERATA, *L’attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2017, p. 29 ss.

dell’Autorità, che contribuisce alla democratizzazione del procedimento decisionale ed a superare l’asimmetria informativa che sussiste tra autorità regolatrice e soggetti sottoposti alla regolazione.

4. La vigilanza e l’attività consultiva

In merito al rapporto tra l’attività di vigilanza e l’attività consultiva è da premettere che l’Autorità riconosce una tendenziale preferenza per il procedimento di precontenzioso, che culmina con l’adozione di pareri, anche dotati di efficacia vincolante, per la rapida composizione delle questioni controverse sorte nel corso di una procedura di gara ²².

Tale favore è sancito dai regolamenti dell’Autorità, i quali attribuiscono al dirigente responsabile la facoltà di non dare avvio all’attività di vigilanza in pendenza di un procedimento di precontenzioso, ovvero di sospenderlo in caso di sopravvenuta richiesta di un parere avente il medesimo oggetto ²³.

Dunque, l’esigenza è quella di evitare quanto più una concorrenza tra le citate attività, a meno che l’avvio simultaneo dei relativi procedimenti non sia ritenuto strettamente necessario ²⁴.

Nel contempo, l’adozione di un parere di precontenzioso non preclude qualsiasi altro intervento da parte dell’Autorità, la quale potrà nuovamente pronunciarsi sulla questione mediante un atto di raccomandazione.

Diverso, invece, è il rapporto tra la vigilanza e il procedimento per il rilascio di pareri prodromici alla presentazione di ricorsi di cui all’art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, del Codice ²⁵.

A tal proposito, si osserva che l’attività di vigilanza e, più precisamente, gli atti dell’istruttoria procedimentale permettono all’Autorità di valutare sin da subito la gravità del vizio di legittimità riscontrato e l’importanza dell’impatto della violazione, entrambi presupposti indispensabili per l’esercizio dei poteri di impugnativa ²⁶.

Ne consegue, dunque, che a seconda della gravità della violazione riscontrata nel caso concreto, l’Autorità dovrà decidere di pronunciarsi mediante atto di raccomandazione, oppure sospendere il procedimento di vigilanza ed impugnare gli atti di gara dando avvio al relativo procedimento.

5. La condivisione delle esperienze di vigilanza.

²² Sul punto O. FORLENZA, *Con il parere di precontenzioso si evita la lite*, in *Guida diritto*, Sole 24 ore, n. 29/2016 ribadisce che “non possono essere proposte istanze “teoriche” o “in via preventiva”, essendo necessario che sul punto da sottoporre all’Autorità vi sia già una differenza di vedute tra la stazione appaltante (inevitabilmente) e uno o più partecipanti alla gara.

²³ Cfr. l’art. 8 (*Rapporti tra procedimento di vigilanza e procedimento di precontenzioso*), del Regolamento sull’esercizio dell’attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, approvato da Anac con delibera 4 luglio 2018, n. 803. Dello stesso tenore è l’art. 8 (*Rapporti con altri procedimenti dell’Autorità*), del Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all’art. 211, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, approvato da Anac con delibera 9 gennaio 2019, n. 10.

²⁴ Tale necessità potrà essere avvertita nell’ipotesi in cui le parti non abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi alla decisione espressa dall’Autorità. Sul parere di precontenzioso vincolante, F. APERIO BELLA, *Il nuovo parere precontenzioso vincolante ANAC: la tutela giustiziale nei confronti della pubblica amministrazione tra procedimento e processo*, in *rivistaaic.it*, n. 4/2016.

²⁵ La novella dell’art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, del Codice, ad opera del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 e del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, in legge 21 giugno 2017, n. 96, ha sostituito le discusse raccomandazioni vincolanti, permettendo ad Anac, sulla scorta di quanto già consentito all’Agcm, l’impugnativa dei bandi e degli altri atti di gara, previo invito motivato alle amministrazioni a rimuovere le illegittimità riscontrate.

²⁶ E infatti, l’art. 11 (*Acquisizione della notizia*), del Regolamento sull’esercizio dei poteri di cui all’articolo 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, approvato dall’Autorità, precisa che “L’Autorità acquisisce la notizia della violazione nell’esercizio della propria attività istituzionale, ordinariamente d’ufficio”, qual è l’attività di vigilanza.

È stato dimostrato come l'attività di vigilanza interagisca con altre funzioni dell'Autorità: da un lato, contribuisce a migliorare la qualità delle regole, dall'altro, agevola il riscontro dei presupposti che possono legittimare il ricorso a strumenti maggiormente invasivi rispetto a quelli ordinari.

Tale interazione avviene ad opera degli Uffici interni all'Autorità, mediante lo scambio reciproco dei dati e delle informazioni acquisite nel corso dei rispettivi adempimenti.

Nel contempo, l'esperienza di vigilanza maturata dall'Autorità può assumere rilevanza anche rispetto ad altre Autorità di vigilanza che parimenti operano nel settore dei contratti pubblici ²⁷.

La condivisione dei risultati di vigilanza tra Autorità indipendenti permette di incrementare l'efficacia delle funzioni di cui le stesse risultano titolari e di promuovere una sempre maggiore diffusione e applicazione dei principi di legalità.

Per tale ragione, l'Autorità ha ritenuto opportuno stipulare diversi protocolli d'intesa al fine promuovere nuove forme di cooperazione tra le diverse istituzioni ²⁸.

Tali protocolli prevedono lo scambio di documenti, dati e informazioni utili allo svolgimento delle rispettive funzioni, nonché la possibilità di costituzione tavoli tecnici e gruppi di lavoro ²⁹.

I protocolli di intesa evidenziano la necessità di dialogo e confronto permanente, al fine di garantire che gli interventi siano il frutto di scelte condivise.

I risultati della vigilanza contribuiscono altresì alla corretta e ordinata evoluzione del sistema normativo.

A tal proposito, l'Autorità indirizza al Parlamento e al Governo segnalazioni, con le quali sono evidenziati possibili problemi applicativi, nonché eventuali difetti di coordinamento da sanare in via legislativa ³⁰.

Doveri di informazione sono altresì previsti rispetto agli organi giurisdizionali competenti nelle ipotesi in cui i dati acquisiti nell'esercizio della funzione di vigilanza possano assumere una rilevanza penale oppure contabile ³¹.

5. Le prospettive future della vigilanza

La funzione di vigilanza è destinata ad avere accresciuta rilevanza.

Il disegno di legge delega per la riforma del codice dei contratti pubblici indica espressamente

²⁷ D'altronde, il settore dei contratti pubblici risulta in grado di coinvolgere una molteplicità di interessi la cui tutela il legislatore ha devoluto ad una pluralità di organismi indipendenti. Tra le Autorità che possono intervenire in tale ambito è possibile menzionare: l'Autorità garante della concorrenza e del mercato; l'Autorità di regolazione dei trasporti; l'Autorità di regolazione per l'Energia, Reti e Ambiente; l'Autorità per la garanzia nelle comunicazioni.

²⁸ Si pensi, ad esempio, al Protocollo di intesa sottoscritto tra ANAC e ART in data 20 novembre 2014, oppure al Protocollo di intesa sottoscritto tra ANAC e AGCM in data 11 dicembre 2014, e, ancora, al Protocollo di intesa sottoscritto tra ANAC e AEEGESI in data 21 novembre 2014.

²⁹ Il Protocollo di intesa sottoscritto tra ANAC e AGCM, a un lato, è previsto che l'AGCM segnali all'ANAC presunti fenomeni di alterazione delle regole e delle procedure di gara che emergono nel corso di procedimenti istruttori avviati dall'AGCM riguardanti ipotesi di collusione tra imprese per la partecipazione ad appalti pubblici o nel corso della propria attività istituzionale; dall'altro, prevede che l'ANAC segnali ad AGCM, compatibilmente con eventuali indagini dell'Autorità giudiziaria, di presunti fenomeni collusivi di cui emerga notizia nel corso dello svolgimento della propria attività o in seguito a specifiche segnalazioni di imprese o stazioni appaltanti.

³⁰ Ci si riferisce ai poteri-doveri attribuiti ad ANAC dall'art. 213, comma 3, lettere c), d) e), e dal comma 6, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

³¹ Vedasi l'art. 213, c. 6, del Codice dei contratti pubblici.

l'obiettivo del rafforzamento dell'attività di vigilanza dell'Autorità e, in particolare, di quella collaborativa ³²: esso mette in luce l'importanza del momento preventivo, seppur in aggiunta a quello, indispensabile, della repressione penale.

Tra i principi e i criteri direttivi dello schema di legge delega vi è anche quello di riconoscere alle amministrazioni pubbliche una maggiore discrezionalità e responsabilità, privilegiando ove possibile una disciplina per principi ³³.

Dunque, l'obiettivo del legislatore è di riconoscere un grado superiore di libertà alle stazioni appaltanti senza, tuttavia, privarle di un valido supporto che possa affiancarle all'occorrenza ³⁴.

Nel contempo, l'idea di demandare ad un regolamento, da emanarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, la disciplina attuativa ed esecutiva del Codice, ridimensiona il ruolo regolatorio dell'Autorità, a cui, tuttavia, non sarà preclusa la possibilità di adottare atti interpretativi di natura non regolamentare e non vincolanti volti a chiarire la portata applicativa e le ricadute organizzative della riforma.

Pertanto, l'interazione tra la funzione di vigilanza e quella regolatoria continuerà a sussistere seppur adeguata al nuovo contesto normativo.

Invariati saranno altresì i rapporti tra la vigilanza e la funzione consultiva, nonché il rapporto con il potere di cui all'art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, del Codice.

6. Conclusioni

Nel settore dei contratti pubblici, l'Autorità, dopo qualche difficoltà iniziale, ha acquisito un ruolo essenziale per le amministrazioni pubbliche, le imprese e i cittadini.

Il progetto di riforma ridimensiona alcuni poteri dell'Autorità e ne rafforza altri, puntando, in particolare, su quegli istituti che nel tempo si sono dimostrati particolarmente efficaci a prevenire il sorgere di illegittimità ³⁵. Viene incentivato il ricorso alla vigilanza collaborativa, che ha il pregio, oltre di intervenire in via preventiva e, dunque, in un momento in cui l'illegittimità è solo potenziale, di svolgere una funzione "pedagogica" a favore delle stazioni appaltanti, assistite ed istruite nella gestione (che resta autonoma) di procedure di gara di particolare rilevanza ³⁶.

La vigilanza contribuisce ad assicurare l'effettività dell'azione dell'Autorità nell'amministrazione

³² Il disegno di legge delega per la semplificazione, la razionalizzazione, il riordino, il coordinamento e l'integrazione della normativa in materia di contratti pubblici, approvato dal Consiglio dei ministri n. 48 del 28 febbraio 2018 (v. alla nt. 1), all'art. 1, comma 1, lett. l), nel definire i principi e i criteri direttivi, testualmente recita: "rafforzare la vigilanza collaborativa e l'attività consultiva su istanza delle singole stazioni appaltanti o degli operatori economici".

³³ L'art. 1, c. 1, lett. g) del disegno di legge citato, nel definire i principi e i criteri direttivi, intende "promuovere la discrezionalità e la responsabilità delle stazioni appaltanti, anche nell'ottica di assicurare maggiore flessibilità nell'utilizzo delle procedure di scelta del contraente, fornendo alle medesime stazioni appaltanti misure e strumenti di supporto attraverso il potenziamento dell'attività di vigilanza collaborativa e consultiva delle competenti autorità amministrative indipendenti nonché delle altre amministrazioni pubbliche".

³⁴ I presupposti della vigilanza collaborativa sono previsti dall'art. 4 (*Presupposti per l'attivazione della vigilanza collaborativa*), del Regolamento sull'esercizio dell'Attività di vigilanza collaborativa, approvato dall'Autorità nazionale anticorruzione, nell'adunanza del 28 giugno 2017. Pertanto, il rafforzamento dell'istituto della vigilanza collaborativa potrà essere operato attraverso una modifica dei presupposti che possono legittimare il ricorso a tale forma di supporto.

³⁵ La relazione annuale del 2018, sull'attività svolta nel 2017, p. 156, evidenzia che soltanto 9 dei 35 giudizi insorti su bandi di gara sottoposti a vigilanza si sono conclusi con la soccombenza dell'amministrazione pubblica.

³⁶ E. FREDIANI, *Vigilanza collaborativa e funzione pedagogica dell'ANAC*, in *federalismi.it*, 6 dicembre 2017, evidenzia la funzione pedagogica della vigilanza collaborativa; in senso analogo, R. CALZONI, *Autorità nazionale anticorruzione*, cit., p. 19.

attiva, a salvaguardia di tre obiettivi: la promozione e la tutela del principio di concorrenza; la prevenzione dei fenomeni corruttivi e delle infiltrazioni da parte della criminalità organizzata; la razionalizzazione dei meccanismi di acquisto dei beni e dei servizi. Si è sottolineato che detta funzione concorre ad una generale finalità garantistica: “garanzia offerta a tutti i soggetti che a diverso titolo compongono il quadro della negoziazione pubblica”: amministrazioni, anche a livello locale e regionale, operatori economici privati, cittadini e utenti ³⁷. Ma detta finalità di garanzia non giustifica “invasioni di capo”, lesive del regime delle competenze amministrative e delle relative responsabilità: il “grande parametro” resta la posizione neutrale dell’Autorità, indipendente dal Governo, sottratta al controllo parlamentare, soggetta al solo *judicial review*. La vigilanza collaborativa non deve, pertanto, alterare l’assetto delle responsabilità amministrative.

Su tutto questo la giurisprudenza è chiamata a svolgere un lavoro importante di assestamento e d’equilibrio: la tormentata rielaborazione dell’art. 211 del Codice dei contratti pubblici, e la soppressione delle raccomandazioni vincolanti e delle conseguenti sanzioni in caso d’inottemperanza, rivela il ruolo prezioso svolto dalle corti – nella specie, il Consiglio di Stato ³⁸ – per assorbire le innovazioni che si sono fin qui descritte, e riportarle a sistema.

³⁷ Sulla complessiva funzione di garanzia dell’Autorità, v. ancora G. PIPERATA, *L’attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici*, cit., p. 31.

³⁸ Dietro la rielaborazione dell’art. 211 del Codice ad opera del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 e del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, conv. in l. 21 giugno 2017, n. 96 (v. *supra*, alla nota 25), vi è l’importante contributo concettuale del Consiglio di Stato: v. parere 1° aprile 2016, n. 855 (che aveva ritenuto il potere di raccomandazione vincolante “*di difficile inquadramento nel nostro sistema*”) e parere della Commissione speciale 28 dicembre 2016, n. 2777. Secondo il testo originario dell’art. 211 del Codice, in caso di mancato adeguamento dell’amministrazione alla raccomandazione vincolante, dell’Anac, sarebbe stata irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria, posta a carico del dirigente responsabile; sanzione che avrebbe avuto, altresì, una incidenza sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti. Così, era riconosciuta all’Autorità, oltre al potere di vigilare *ab externo* sulla legittimità delle procedure di gara, anche quello di imporre alla stazione appaltante la rimozione degli atti di gara affetti da illegittimità. La stazione appaltante, infatti, una volta ricevuto l’atto di raccomandazione vincolante, era obbligata a conformarsi alla decisione dell’Autorità entro il termine massimo di sessanta giorni, salvo la possibilità di impugnare l’atto dinanzi al TAR. Il rifiuto di autotutela comportava l’irrogazione di una sanzione amministrativa, il cui ammontare poteva variare da un minimo di 250 euro ad un massimo di 25.000 euro. Secondo qualche A. (S. TUCCILLO, *Le raccomandazioni dell’ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative*, in *federalismi.it*, n. 6/2017, p. 6) le amministrazioni conservavano comunque un margine di discrezionalità attinente al *quomodo* nell’adeguarsi alla raccomandazione vincolante.