

Il nuovo Precontenzioso ANAC nel D.Lgs. N. 36/2023

Adolfo Candia
Dirigente Ufficio Precontenzioso e Pareri



IL PRECONTENZIOSO NEL NUOVO CODICE

Legge Delega n. 78/2022

Art. 1, comma 2, lett. II)

«estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto»



Art. 220 del nuovo Codice (Pareri di precontenzioso e legittimazione ad agire dell'ANAC)

Su iniziativa della stazione appaltante, dell'ente concedente o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere, previo contraddittorio, su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. **L'operatore economico che abbia richiesto il parere o vi abbia aderito lo può impugnare esclusivamente per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia.** La stazione appaltante o l'ente concedente che non intenda conformarsi al parere comunica, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'ANAC, che **può proporre il ricorso** di cui al comma 3.



2. L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.
3. Se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del codice l'ANAC emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Con il regolamento di cui al comma 4, l'Autorità individua un **termine massimo**, che decorre dall'adozione o dalla pubblicazione dell'atto contenente la violazione, **entro il quale il parere può essere emesso**. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante. Se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a trenta giorni dalla trasmissione, l'Autorità può presentare ricorso, entro i successivi 30 trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo, ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.
4. L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti, **anche relativi alla fase esecutiva**, con riferimento ai quali esercita i poteri di cui ai commi precedenti.



I vantaggi della funzione di precontenzioso:

- **Funzione deflattiva del contenzioso giurisdizionale:** il Consiglio di Stato ha definito il precontenzioso come strumento deflattivo del contenzioso, finalizzato a risolvere rapidamente le controversie nel settore dei contratti pubblici, con l'intento di perseguire un alto tasso di legittimità delle procedure di affidamento (Cons. St., parere n. 855/2016).

Altri vantaggi:

- Contenimento tempi e costi del processo (tempi, costi, risorse umane);
- Competenza dell'organo emanante il parere;
- Terzietà rispetto alle parti.



Differenze e analogie tra i due istituti

- **Mantenuto** l'impianto del precedente art. 211, prevedendo, tra i "rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale", due distinti strumenti: i pareri di precontenzioso (comma 1) e il potere di impugnazione dell'Anac, a sua volta esperibile in via diretta (comma 2) ovvero in via indiretta, previo parere motivato dell'Anac (comma 3);
- **DIFFERENZE:** presupposti, procedimento e efficacia del provvedimento finale (parere di precontenzioso/parere motivato);
- **ANALOGIA:** ricondotti nell'ampia categoria degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie (Alternative Dispute Resolution, ADR) aventi la finalità di regolazione dei conflitti, anche solo potenziali.



I ruoli “giocati” dall’Anac nell’esercizio dei due poteri venivano tradizionalmente considerati diversi:

- precontenzioso: “**arbitro**” imparziale della controversia, che svolge una funzione para-giurisdizionale;
- Legittimazione attiva: l’Anac è il **soggetto-attore** che contesta alla stazione appaltante l’esistenza di violazioni nella procedura di gara.

Novità del nuovo Codice

LE DUE FUNZIONI VENGONO COORDINATE DAL LEGISLATORE (vedi ultimo periodo del primo comma dell’art. 220) PREVEDENDO LA POSSIBILITÀ PER L’AUTORITÀ, A VALLE DI UN PROCEDIMENTO DI PRECONTENZIOSO, DI ATTIVARSI PROPONENDO RICORSO DINANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO A FRONTE DELLA DECISIONE DELLA STAZIONE APPALTANTE (O DELL’ENTE CONCEDENTE) DI NON CONFORMARSI AL PARERE DI PRECONTENZIOSO OVVERO DI DISATTENDERLO.



DIFFERENZE RISPETTO ALL'ART. 211 DEL D.LGS. N. 50/2016

- 1) ELIMINATA LA DIFFERENZA (E IL DIVERSO REGIME) TRA PARERI VINCOLANTI E NON VINCOLANTI
 - A. Non è più contemplata la possibilità per le parti (stazione appaltante e operatore economico) di acconsentire preventivamente ad attenersi a quanto stabilito dal parere
 - B. È eliminato il regime differenziato di efficacia soggettiva nonché di impugnativa delle due tipologie di pareri

2) PREVISTA L'IMPUGNABILITÀ DEI PARERI DA PARTE DEGLI OPERATORI CHE HANNO DECISO DI RIVOLGERSI ALL'AUTORITÀ “**ESCLUSIVAMENTE PER VIOLAZIONE DELLE REGOLE DI DIRITTO RELATIVE AL MERITO DELLA CONTROVERSIA**”.

Meccanismo analogo a quello dei lodi arbitrali (i lodi sono impugnabili, oltre che per motivi di nullità, “per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia” ai sensi dell’art. 213, comma 14, del d.lgs. n. 36/2023, che ricalca l’art. 209, comma 14, del d.lgs. n. 50/2016).

➤ Secondo il Consiglio di Stato si tratta di una disposizione che esprime la regola di **non annullabilità dei provvedimenti affetti da violazioni formali** o procedurali, dettata dall’art. 21-octies, comma 2, della l. n. 241/1990, per cui l’impugnazione del parere da parte dell’operatore economico istante o che ha aderito all’istanza in via successiva sarà ammissibile solo per dedurre violazioni sostanziali e non anche per vizi formali o procedimentali che non incidono sul contenuto dispositivo del parere.

3) RAFFORZAMENTO DELL'EFFICACIA OBBLIGATORIA DEI PARERI NEI CONFRONTI DELLA STAZIONE APPALTANTE:

Viene previsto l'obbligo di comunicare (entro quindici giorni dalla ricezione del parere) le motivazioni alla base della decisione di mancato adeguamento al parere alle parti interessate e all'Autorità, che può proporre ricorso contro tale determinazione negativa.

➤ Attraverso tale previsione viene rafforzata l'obbligatorietà dei pareri, sotto il profilo della loro efficacia conformativa, in quanto nelle ipotesi in cui la stazione appaltante intenda sottrarsi al parere ha l'obbligo di motivare questa sua decisione entro un termine breve (15 giorni dalla ricezione del parere) e l'Autorità, qualora ritenga non valide le ragioni di dissenso addotte, può proporre ricorso al Giudice Amministrativo entro i successivi 30 giorni (ai sensi del comma 3 dell'art. 220, che disciplina il ricorso successivo all'emissione di un parere motivato dell'Autorità per violazioni gravi del Codice).



4) POSSIBILITÀ PER L'AUTORITÀ DI PREVEDERE, CON PROPRIO REGOLAMENTO, ANCHE IPOTESI RELATIVE ALLA **FASE ESECUTIVA** con riferimento alle quali sono esercitabili i poteri contemplati nell'art. 220, compreso il rilascio di pareri di precontenzioso

Il comma 1-quater dell'art. 211 anche se attribuiva all'Autorità potestà regolamentare, non si riferiva espressamente alla fase esecutiva.



Art 5 Regolamento Precontenzioso

Delibera n. 267 del 20 giugno 2023

L'Autorità esprime pareri di precontenzioso anche per la risoluzione di controversie insorte durante la fase esecutiva del contratto, nei soli casi in cui è previsto l'esercizio di un **potere autoritativo** della p.a. in relazione a:

- 1) divieto di rinnovo tacito dei contratti;**
- 2) clausola di revisione del prezzo e il relativo provvedimento applicativo;**
- 3) modifiche contrattuali** apportate senza una nuova procedura di affidamento in assenza dei presupposti legittimanti;
- 4) diniego di autorizzazione al subappalto.**



Elementi di continuità con art. 211 del D.Lgs. n. 50/2016

- 1) **Legittimazione**: la richiesta di parere può provenire sia dalla “stazione appaltante” che dalle altri “parti” non meglio identificate, nonché dall’ “ente concedente” (definizione che identifica, ai sensi dell’art. 1, lett. b) dell’Allegato I.1 del Codice, i soggetti affidatari di contratti di concessione);
- 2) **iniziativa**, che può essere sia singola che congiunta;
- 3) **ambito di applicazione oggettivo**: qualsiasi questione controversa sorta tra le parti nell’ambito della procedura di affidamento di un contratto pubblico (intesa in senso ampio, comprensiva cioè anche delle ipotesi in cui la p.A. avrebbe dovuto indire una procedura di selezione pubblica) e che le parti hanno un interesse attuale, diretto ed attuale a definire in luogo di addivenire ad un contenzioso giurisdizionale;
- 4) **procedimento amministrativo**, che si svolge nel contraddittorio tra le parti, assistito dalle garanzie partecipative di cui alla l. n. 241/1990;
- 5) **termine** (ordinatorio) di trenta giorni per l’adozione del parere.