

5. I poteri impliciti dall'Avcp all'Anac tra vigilanza e regolazione flessibile

Come già anticipato¹⁴³, l'Anac è titolare di una serie eterogenea di funzioni amministrative, le quali risultano spesso inscritte – analogamente a quanto accade, come visto, con riferimento ad altre *authorities* – in clausole legislative generali o, comunque, esse vengono attribuite dalle normativa primaria con un significativo tasso di genericità e indeterminatezza.

Già prima dell'istituzione dell'Anac, le esigenze di funzionalità dell'azione amministrativa sono state richiamate da una parte della dottrina per fondare, in assenza di una espressa previsione legislativa, un generale potere (implicito) di regolazione in capo all'allora Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ("Avcp"). E ciò in ragione della stretta connessione e della consequenzialità logica della potestà di regolazione rispetto alla funzione di vigilanza attribuita alla medesima Autorità sulle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici¹⁴⁴.

Ancor prima, la giurisprudenza amministrativa si era, invero, interrogata circa l'estensione del potere di vigilanza dell'Avcp sul c.d. «sistema unico di qualificazione»¹⁴⁵. Anche se la questione che qui inte-

¹⁴³ Cap. I, par. 7.

¹⁴⁴ In argomento, v. *amplius* C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, cit., 153 ss.

¹⁴⁵ Tale "sistema", obbligatorio per tutti gli esecutori di lavori pubblici di importo superiore a centocinquanta mila euro e articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori, è attuato da appositi organismi di diritto privato (le SOA), autorizzati dall'Anac, i quali svolgono una funzione pubblicistica di certificazione che, attraverso il previo accertamento dell'esistenza in capo ai soggetti esecutori di lavori pubblici dei requisiti specificamente richiesti, sfocia nel rilascio di un'attestazione comprovante il possesso degli stessi. L'attività di attestazione delle SOA, pur essendo svolta da organismi di diritto privato, è connotata da un'impronta spiccatamente pubblicistica, tanto da essere soggetta a una significativa vigilanza da parte dell'Autorità: in particolare, quest'ultima monitora la rispondenza a determinati livelli standard di qualità dei controlli che le SOA devono effettuare, con la possibilità di esercitare poteri di diffida, ovvero, nei casi più gravi, di disporre la sospensione o la decadenza dall'autorizzazione all'esercizio dell'attività (art. 84, commi 1 e 2, d.lgs. n. 50/2016). Inoltre, l'Anac «vigila sul sistema di qualificazione e, a tal fine, effettua ispezioni, anche senza preavviso, o richiede qualsiasi documento ritenuto necessario (...). Le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di effettuare controlli, almeno a campione, secondo modalità predeterminate, sulla sussistenza dei requisiti oggetto dell'attestazione, segnalando immediatamente le eventuali irregolarità riscontrate all'Anac, che dispone la

ressa è stata definitivamente risolta già a partire dall'entrata in vigore del d.lgs. 163/2006¹⁴⁶ (e confermata dal nuovo codice dei contratti)¹⁴⁷, essa merita un cenno, atteso che rappresenta un ulteriore esempio dell'uso – talora “convalidato” dalla giurisprudenza - della teoria dei poteri impliciti da parte di un'Autorità indipendente per legittimare la propria azione.

Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 163/2006, l'Avcp, sulla base della titolarità della (sola) funzione di vigilanza sul sistema di qualificazione ai sensi dell'art. 4, comma 4, lett. i), della (ormai abrogata) l. n. 109/1994¹⁴⁸, si era auto-attribuita un potere implicito di natura provvedimentale, consistente, in particolare, nella modifica o nell'annullamento delle attestazioni, eventualmente irregolari, rilasciate dalle SOA.

In alcune pronunce del Consiglio di Stato, contrariamente a quanto era stato statuito dal giudice di primo grado, l'esercizio del potere di modifica o di annullamento delle attestazioni (nel caso in cui le SOA non vi avessero provveduto autonomamente) è stato considerato legittimo, in quanto necessariamente “ricompreso” nella funzione di vigilanza espressamente attribuita dalla legge all'Autorità.

Mentre il Tar – in base a un'interpretazione più rigorosa del principio di legalità – ha spesso escluso l'ammissibilità del potere implicito di modifica o di annullamento delle attestazioni rilasciate dalle SOA¹⁴⁹,

sospensione cautelare dell'efficacia dell'attestazione dei requisiti entro dieci giorni dalla ricezione dell'istanza medesima» (art. 84, comma 6, d.lgs. n. 50/2016).

¹⁴⁶ V. art. 6, c. 7, lett. m) del d.lgs. 163/2006.

¹⁴⁷ V. art. 84, d.lgs. n. 50/2016.

¹⁴⁸ L'art. 4, c. 4, lett. i) della l. 109/1994 attribuiva all'Autorità il potere di vigilanza «sul sistema di qualificazione di cui all'articolo 8».

¹⁴⁹ Una simile interpretazione è emersa in modo evidente dalle argomentazioni utilizzate dal Tar Lazio, sez. III, 12 marzo 2003, n. 1868, secondo il quale il legislatore, nell'introdurre il nuovo sistema di qualificazione delle imprese, ha indicato con precisione i confini dei poteri attribuiti all'Autorità, i quali consistono, in particolare, in poteri di amministrazione attiva (rilascio delle autorizzazioni), in poteri di vigilanza (indagini, ispezioni) e, in sede di finalizzazione di tale ultima attribuzione, in poteri di autotutela dell'Autorità, «laddove, a tal ultimo riguardo, ha inequivocamente correlato (...) il potere di ispezione e verifica esclusivamente al (pure attribuito) potere di revoca dell'autorizzazione. Da ciò discende che «non è ricavabile dalla legge, in capo all'Autorità, alcun potere che possa estrinsecarsi nella diretta ed immediata invalidazione totale o parziale delle attestazioni rilasciate, (...) - in assenza di una espressa e puntuale indicazione in tal senso della legge (...)». Doveva, quindi, escludersi che l'Avcp potesse legittimamente emanare – come accaduto nella fattispecie in esame –

secondo il Consiglio di Stato¹⁵⁰ «(...) (era) agevole desumere, in chiave di ricostruzione logica e sistematica – al di là del mero dato letterale – la sussistenza di un potere, in capo all’Autorità, di annullare in via diretta le attestazioni SOA. I criteri ermeneutici logico e sistematico inducono infatti a ritenere che se l’Autorità può indicare in maniera vincolante il contenuto dell’attestazione, e può addirittura, in caso di inadempimento della SOA nel recepire tale contenuto, sanzionare la SOA precludendone ogni ulteriore attività (mediante la revoca dell’autorizzazione generale), a maggior ragione l’Autorità può adottare la misura, di minore impatto, di intervenire in via diretta sulla attestazione, annullandola»¹⁵¹.

Come si è anticipato, la questione circa l’estensione del potere di vigilanza dell’Avcp sul sistema unico di qualificazione è stata definiti-

veri e propri provvedimenti di annullamento o di modifica delle attestazioni rilasciate, essendo limitato l’esercizio del potere di vigilanza attribuitole dalla legge.

¹⁵⁰ Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 991. Si veda anche, in questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 24 gennaio 2005, n. 128.

¹⁵¹ Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 991. Corroborando la propria tesi, il Consiglio di Stato ha, altresì, evidenziato che «l’intervento diretto dell’Autorità, mediante annullamento dell’attestazione viziata, è un rimedio indispensabile (...). In mancanza, si consentirebbe ad imprese che hanno ottenuto l’attestazione sulla base di presupposti erronei (o falsi), di continuare a partecipare alle gare di appalto sine die, così frustrando la ratio posta a base dell’istituzione del controllo pubblico sugli organismi di qualificazione, data dalla necessità di assicurare il virtuoso andamento del mercato, mediante la limitazione del perimetro delle imprese ammesse a partecipare alle procedure in virtù delle relative referenze oggetto di certificazione». Pertanto, il dato normativo avrebbe dovuto essere interpretato «in chiave logica e sistematica», in modo che esso «(...) garantis(se) un significato utile delle norme e il raggiungimento degli scopi che il legislatore si è prefisso, vale a dire la creazione di un sistema efficiente ed efficace di qualificazione». In argomento, v. N. BASSI, *Poteri amministrativi di regolazione e principio di legalità nella recente giurisprudenza*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 293, ove si è affermato, in commento alla decisione del Consiglio di Stato, che il giudice amministrativo «non si è affatto limitato ad aggiungere al patrimonio potestativo dell’amministrazione (in presenza di un testo normativo lacunoso o impreciso) qualche strumento d’azione meramente ancillare rispetto a un potere principale sicuramente riconducibile al contenuto precettivo della norma attributiva: al contrario, evocando lo spettro di un possibile cattivo funzionamento dei meccanismi di verifica prefigurati dalla normativa vigente, si è assegnato all’organo precedente una competenza completamente diversa da quella delineata dall’ordinamento, stravolgendosi radicalmente in questo modo il senso stesso del nuovo sistema di qualificazione e finendosi in sostanza per ripubblicizzare un settore che il legislatore aveva consapevolmente voluto privatizzare».

vamente risolta con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 163/2006, che, all'art. 6, comma 7, lett. m), stabiliva che l'Autorità, nello svolgimento della propria funzione di vigilanza avrebbe potuto annullare, in caso di constatata inerzia degli organismi di attestazione, le attestazioni rilasciate in difetto dei presupposti stabiliti dalle norme vigenti, nonché sospendere, in via cautelare, dette attestazioni¹⁵².

Questo è dunque un caso in cui il principio di legalità ha in parte "reagito" riappropriandosi di alcuni dei propri spazi.

5.1 *Vigilanza e ordini impliciti nella disciplina sugli incarichi presso le p.a.*

La legge n. 190/2012¹⁵³ individua l'Autorità nazionale anticorruzione quale principale attore istituzionale per l'attuazione delle strategie di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione elaborate a livello nazionale e internazionale¹⁵⁴.

Tra gli strumenti a disposizione dell'Autorità per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni corruttivi, una particolare importanza è assunta dal Piano nazionale anticorruzione ("Pna")¹⁵⁵, che è un atto ge-

¹⁵² In ordine alla disciplina attualmente vigente, sostanzialmente conforme sul punto a quella precedente, v. art. 84, d.lgs. n. 50/2016.

¹⁵³ La legge 6 novembre 2012, n. 190 («Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione») è stata emanata in attuazione dell'art. 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116, e degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione (Strasburgo, 27 gennaio 1999) ratificata ai sensi della legge 28 giugno 2012, n. 110. In argomento, cfr. B. G. MATTARELLA, M. PELISSE-RO, (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, *passim*.

¹⁵⁴ In argomento, anche per la rilevanza internazionale delle politiche pubbliche di contrasto al fenomeno della corruzione, v., *ex multis*, M. IMMORDINO, *Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano ed ordinamento brasiliano*, in *Nuove Autonomie*, 3, 2014, 395 ss.

¹⁵⁵ Art. 1, comma 2-bis, l. 190/2012, recentemente modificato dal d.lgs. n. 97/2016. Il Piano Nazionale Anticorruzione individua, tra le altre cose, i principali rischi di corruzione e i relativi rimedi con l'indicazione di obiettivi, tempi e modalità di adozione e attuazione delle misure di contrasto ai fenomeni corruttivi. Con det. n. 831 del 3 agosto 2016, l'Anac ha adottato il Piano Nazionale Anticorruzione 2016 e con delib. n. 1208 del 22 novembre 2017 è stato approvato l'Aggiornamento 2017 al predetto piano.

nerale di indirizzo di durata triennale (annualmente aggiornato), e che rappresenta per le pubbliche amministrazioni la cornice giuridica entro la quale inscrivere, a seconda delle relative singole specificità, i propri piani triennali di prevenzione della corruzione (“Ptpct”)¹⁵⁶.

L’effettiva applicazione e l’efficacia delle misure di prevenzione della corruzione adottate dalle pubbliche amministrazioni ai sensi della l. n. 190/2012 sono presidiate da un significativo potere di vigilanza dell’Autorità, esercitato attraverso penetranti poteri ispettivi cui possono eventualmente seguire ordini di adozione di atti o provvedimenti richiesti dai piani o dalle regole sulla trasparenza (o di rimozione di comportamenti o atti con essi contrastanti)¹⁵⁷, a dispetto della espressa

¹⁵⁶ Il Piano triennale per la prevenzione della corruzione è adottato dall’organo di indirizzo politico su proposta del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza entro il 31 gennaio di ogni anno; il Piano è trasmesso, a cura dell’organo di indirizzo, all’Autorità nazionale anticorruzione (art. 1, comma 8, l. n. 190/2012). Esso individua, tra le altre cose, le attività in cui risulta più elevato il rischio di corruzione, e le relative misure di contrasto; prevede meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonei a prevenire il rischio di corruzione; definisce le modalità di monitoraggio del rispetto dei termini per la conclusione dei procedimenti; individua specifici obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge (art. 1, comma 9, l. n. 190/2012). Per gli enti pubblici economici, gli ordini professionali, le società in controllo pubblico, gli enti di diritto privato finanziati da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o componenti dell’organo di amministrazione o di indirizzo sia designata da amministrazioni, occorre adottare, in luogo del piano triennale, «misure di prevenzione della corruzione integrative» di quelle adottate ai sensi del d.lgs. n. 231/2001: in argomento, cfr. Linee guida Anac n. 1134 dell’8 novembre 2017.

¹⁵⁷ Art. 1, comma 2, lett. f) e comma 3, l. 190/2012. Con delib. Anac n. 330 del 29 marzo 2017, pubblicata nella Gazz. Uff. n. 91 del 19 aprile 2017, è stato approvato il «Regolamento sull’esercizio dell’attività di vigilanza in materia di prevenzione della corruzione». Nella Relazione annuale al Parlamento sull’attività svolta dall’Anac nel 2016 sono riportati alcuni dati relativi all’attività di vigilanza esercitata dall’Autorità: v., in part., 89 ss. Nel primo semestre 2017, l’Ufficio Vigilanza sulle misure anticorruzione dell’Anac ha avviato 16 procedimenti per l’emanazione di un provvedimento d’ordine, dei quali, alla data del 30 giugno 2017, 9 definiti (senza l’adozione di un ordine) e 7 ancora in fase di definizione: cfr. «Dati relativi alle istruttorie in materia di vigilanza ai sensi della legge n. 190/2012 del d.l. 90/2014», in *www.anticorruzione.it*. Più di recente, a titolo esemplificativo, v. provv. di ordine n. 1009 dell’11 ottobre 2017, con cui l’Anac, dopo aver accertato l’incompatibilità del Ptcpt di un’università al Pna in ordine all’obbligo di rotazione dei dipendenti, ha ordinato a quest’ultima di effettuare una adeguata programmazione delle rotazioni, oppure di adottare misure alternative (come l’attivazione di meccanismi di condivisione tra più funzionari delle valutazioni concernenti gli elementi rilevanti per l’adozione della decisione finale), qualora la misura della rotazione non si potesse realizzare. In giurisprudenza, sempre

qualificazione in termini di «atti di indirizzo» del Pna, dei suoi aggiornamenti annuali, delle linee guida integrative del Pna, nonché dei Ptcpt¹⁵⁸.

Peraltro, proprio con riferimento a questi ultimi, l'Anac, in caso di loro mancata adozione da parte del soggetto obbligato, applica una sanzione amministrativa pecuniaria non inferiore nel minimo a euro 1.000 e non superiore nel massimo a euro 10.000¹⁵⁹.

Sempre in vista degli obiettivi di contrasto alla corruzione, l'Anac svolge anche una funzione consultiva, rilasciando pareri obbligatori sugli atti di direttiva e di indirizzo, nonché sulle circolari del ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione in materia di conformità di atti e comportamenti dei funzionari pubblici alla legge, ai codici di comportamento e ai contratti, collettivi e individuali, di lavoro¹⁶⁰.

L'Autorità gestisce, altresì, le denunce di condotte illecite effettuate dai pubblici dipendenti ai sensi dell'art. 54-*bis* del d.lgs. n. 165/2001, al fine di garantirne la protezione contro ogni misura discriminatoria incidente sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia¹⁶¹.

in tema di obblighi di rotazione dei dipendenti contenuti nei Ptcpt, v. Tar Lazio, sez. II, 21 aprile 2016, n. 4657.

¹⁵⁸ Cfr. art. 11 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di prevenzione della corruzione.

¹⁵⁹ Art. 19, comma 5, lett. b), del d.l. n. 90/2014, conv. nella l. n. 114/2014. Ciò vale anche in caso di mancata adozione dei codici di comportamento di cui al d.lgs. n. 165/2001. Sul punto, cfr. «Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione per l'omessa adozione dei Piani triennali di prevenzione della corruzione, dei Programmi triennali di trasparenza, dei Codici di comportamento», approvato dall'Anac il 9 settembre 2014 e pubblicato sulla Gazz. Uff. n. 233 del 7 ottobre 2014. V. anche linee guida Anac n. 1134 dell'8 novembre 2017, in merito all'ipotesi di mancata adozione, da parte delle società e degli enti in controllo pubblico, del documento contenente le misure integrative del "modello 231". Nel primo semestre 2017, l'Ufficio Vigilanza sulle misure anticorruzione dell'Anac ha avviato 34 procedimenti sanzionatori, dei quali, alla data del 30 giugno 2017, 25 risultano archiviati, 5 hanno dato luogo a provvedimenti sanzionatori e 4 sono ancora in fase di definizione: cfr. «Dati relativi alle istruttorie in materia di vigilanza ai sensi della legge n. 190/2012 del d.l. 90/2014», in *www.anticorruzione.it*.

¹⁶⁰ Sono facoltativi, invece, i pareri rilasciati in materia di autorizzazioni allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti statali, ai sensi dell'art. 53, d.lgs. n. 165/2001: cfr. art. 1, comma 2, lett. d) ed e), l. n. 190/2012.

¹⁶¹ A seguito dell'entrata in vigore della l. n. 179/2017, la disposizione in analisi è stata oggetto di una modifica volta all'ampliamento del suo ambito di applicazione sia oggettivo sia soggettivo.

Sul punto, l'Anac ha adottato apposite linee guida¹⁶², sebbene, almeno sino alla recente modifica della disposizione succitata¹⁶³, non risultasse chiaro il fondamento di un simile potere para-normativo¹⁶⁴.

La novella legislativa ha, altresì, previsto in capo all'Anac la possibilità di irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 30.000 euro nei confronti del soggetto che abbia adottato misure discriminatorie a danno del segnalante, e da 10.000 a 50.000 euro nei confronti del soggetto responsabile dell'assenza di procedure per l'inoltro e la gestione delle segnalazioni, o dell'adozione di procedure non conformi a quelle stabilite dalle linee guida dell'Anac in materia, oppure ancora del mancato svolgimento, da parte del medesimo soggetto responsabile, delle attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute¹⁶⁵.

Una "costola" della disciplina in tema di anticorruzione è quella riguardante l'inconferibilità e l'incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, di cui al d.lgs. n. 39/2013¹⁶⁶.

Il controllo sul rispetto delle disposizioni contenute nel predetto decreto è affidato, rispettivamente, al responsabile per la prevenzione

¹⁶² In proposito, v. det. Anac n. 6 del 28 aprile 2015, recante «Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)», pubblicata nella Gazz. Uff. n. 110 del 14 maggio 2015.

¹⁶³ L'art. 54-bis, comma 5, del d.lgs. n. 165/2001, prevede ora espressamente che l'Anac, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, adotti «apposite linee guida relative alle procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni».

¹⁶⁴ L'Autorità sembrava ricavare il fondamento delle linee guida in questione in virtù del riconoscimento in capo ad essa della generale funzione di indirizzo sulle misure di prevenzione della corruzione; funzione, questa, che viene svolta principalmente mediante la predisposizione del Piano nazionale anticorruzione: cfr. par. 2 delle linee guida, rubricato «Fondamento del potere di regolazione dell'A.N.AC. in materia».

¹⁶⁵ Cfr. art. 54-bis, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001.

¹⁶⁶ In argomento, cfr. F. MERLONI, *Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche: l'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi* (art. 1, commi 49 e 50), in B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 191 ss.; ID, *Il regime delle inconferibilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 8-9, 2013, 806 ss.; M. RAMAJOLI, *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni*, in *Nuove Autonomie*, 3, 2014, 577 ss.; V. SESSA, *Funzioni e poteri in materia di accertamento di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e gli enti privati in controllo pubblico*, in *giustamm.it*, 2, 2017.

della corruzione e per la trasparenza di ciascuna amministrazione¹⁶⁷ e all'Autorità nazionale anticorruzione, la quale è dotata di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi, oltre a specifici poteri consultivi¹⁶⁸.

L'Autorità può, altresì, sospendere la procedura di conferimento dell'incarico con un proprio provvedimento che contiene osservazioni o rilievi sull'atto di conferimento, nonché segnalare il caso alla Corte dei conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative. Qualora l'amministrazione interessata intenda comunque procedere al conferimento dell'incarico ha l'obbligo di motivare l'atto tenendo conto delle osservazioni dell'Autorità¹⁶⁹.

Gli incarichi conferiti in violazione delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 39/2013 e i relativi contratti sono nulli. I componenti degli organi che abbiano conferito i predetti incarichi, oltre a essere responsabili per le conseguenze economiche degli atti adottati, non possono per tre mesi conferire gli incarichi di loro competenza, il cui relativo potere è esercitato, per i Ministeri, dal Presidente del Consiglio dei ministri e, per gli enti pubblici, dall'amministrazione vigilante. In presenza, invece, di una situazione di incompatibilità l'incarico decade e il relativo contratto si intende risolto, una volta decorso il termine perentorio di quindici giorni dalla contestazione all'interessato dell'insorgere della causa di incompatibilità¹⁷⁰.

Anche in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi

¹⁶⁷ Ai sensi dell'art. 15, commi 1 e 2, d.lgs. n. 39/2013, il responsabile del piano anticorruzione «(...) cura, anche attraverso le disposizioni del piano anticorruzione, che nell'amministrazione, ente pubblico e ente di diritto privato in controllo pubblico siano rispettate le disposizioni del presente decreto sulla inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi. A tale fine il responsabile contesta all'interessato l'esistenza o l'insorgere delle situazioni di inconfiribilità o incompatibilità di cui al presente decreto. Il responsabile segnala i casi di possibile violazione delle disposizioni del presente decreto all'Autorità nazionale anticorruzione, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini dell'esercizio delle funzioni di cui alla legge 20 luglio 2004, n. 215, nonché alla Corte dei conti, per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative».

¹⁶⁸ L'Anac esprime, *ex art.* 15, comma 3, d.lgs. n. 39/2013, pareri obbligatori sulle direttive e le circolari ministeriali concernenti l'interpretazione delle disposizioni del d.lgs. n. 39/2013 e la loro applicazione alle diverse fattispecie di inconfiribilità degli incarichi e di incompatibilità.

¹⁶⁹ Cfr. art. 16, comma 2, d.lgs. n. 39/2013.

¹⁷⁰ V. Art. 19, comma 1, d.lgs. n. 39/2013. In argomento, v. C. CELONE, *La responsabilità e le sanzioni per la violazione degli obblighi di pubblicazione e delle situazioni di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi nelle pubbliche amministrazioni*, in *Nuove Autonomie*, 3, 2014, in part. 611 ss.

presso le pubbliche amministrazioni, l'Anac è, dunque, dotata di una generale funzione di vigilanza che viene svolta, anche d'ufficio, mediante l'espletamento del procedimento amministrativo disciplinato con proprio regolamento del 29 marzo 2017¹⁷¹, che può concludersi, tra l'altro, con una delibera di accertamento di specifiche fattispecie di inconferibilità e di incompatibilità¹⁷².

Giova sin da ora precisare che, con il suddetto atto di accertamento, l'Anac non può legittimamente sostituirsi nelle determinazioni proprie dell'ente vigilato, nel senso che solo quest'ultimo – in persona del responsabile per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza – è il soggetto competente a contestare e ad eventualmente accertare, in esito a un'autonoma istruttoria, la fattispecie di inconferibilità o incompatibilità e, con riferimento alla prima, ove ne ravvisi i presupposti, dichiarare la nullità dell'incarico conferito e irrogare la sanzione interdittiva di cui all'art. 18, d.lgs. n. 39/2013¹⁷³.

La delibera di accertamento dell'Anac può configurare, piuttosto, un atto di impulso proveniente da un soggetto pubblico diverso dall'amministrazione procedente che, se potrebbe integrare il dovere di procedere ai sensi dell'art. 2, l. n. 241/1990 anche per l'indubbia autorevolezza del soggetto da cui è stato adottato¹⁷⁴, non è certamente idoneo, nel silenzio della legge, a predeterminare il contenuto del provvedimento finale, che deve essere, invece, fondato su di un'istruttoria autonoma rispetto a quella condotta dall'Autorità¹⁷⁵.

¹⁷¹ «Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi nonché sul rispetto delle regole di comportamento dei pubblici funzionari, pubblicato nella Gazz. Uff. n. 91 del 19 aprile 2017.

¹⁷² Art. 16, comma 1, d.lgs. n. 39/2013: «L'Autorità nazionale anticorruzione vigila sul rispetto, da parte delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico, delle disposizioni di cui al presente decreto, anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi». È, altresì, prevista la possibilità per l'Autorità, anche d'ufficio, di «sospendere la procedura di conferimento dell'incarico con un proprio provvedimento che contiene osservazioni o rilievi sull'atto di conferimento dell'incarico, nonché segnalare il caso alla Corte dei conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative» (art. 16, comma 2, d.lgs. n. 39/2013).

¹⁷³ In senso conforme, v. Tar Lazio, sez. III, 8 giugno 2016, n. 6593.

¹⁷⁴ Tar Lazio, sez. III, 8 giugno 2016, n. 6593, parla, in realtà, di «atto di denuncia e/o impulso», quasi a voler escludere che dall'adozione di tale atto possa sorgere un dovere di procedere a cura del responsabile per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza dell'amministrazione interessata.

¹⁷⁵ Secondo Tar Lazio, sez. III, 8 giugno 2016, n. 6593, tale atto è, infatti, privo di effetti immediatamente e direttamente lesivi della sfera giuridica dei destinatari.

Trattasi, dunque, non di un atto avente natura dispositiva, bensì di un atto di indirizzo ancorché «a carattere provvedimentale»¹⁷⁶, ovvero di un «qualificato orientamento al naturale destinatario (cioè, il responsabile per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza dell'ente interessato), invitandolo ad adottare, nel rispetto della propria autonomia organizzativa, le determinazioni a cui (è) tenuto nel rispetto delle disposizioni di legge in tema di inconfiribilità o incompatibilità»¹⁷⁷.

A questa stregua, suscita, pertanto, perplessità la facoltà per l'Anac – contemplata dal proprio regolamento interno sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi¹⁷⁸ – di «ordinare» all'amministrazione interessata di adottare gli atti e i provvedimenti «conseguenti» all'accertamento, da parte dell'Autorità, di una specifica fattispecie di inconfiribilità o incompatibilità ai sensi del d.lgs. n. 39/2013¹⁷⁹.

Come anticipato, questa previsione pone non pochi problemi di compatibilità con la disciplina legislativa la quale non prevede un espresso potere di ordine in capo all'Anac nella materia in analisi.

La giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di pronunciarsi sul punto censurando l'auto-attribuzione da parte dell'Autorità di un siffatto potere implicito di natura dispositiva, confermando che

¹⁷⁶ Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126, par. 10.3.

¹⁷⁷ Tar Lazio, sez. III, 8 giugno 2016, n. 6593. V. anche Tar Lazio, sez. III, ord. 19 giugno 2015, n. 2607, che qualifica la delibera di accertamento dell'inconfiribilità di un incarico ai sensi del d.lgs. n. 39/2013 alla stregua di un parere reso *ex art.* 16, comma 3, del medesimo decreto. Se la conclusione cui giunge l'ordinanza potrebbe apparire corretta sotto il profilo della qualificazione giuridica dell'atto di accertamento dell'Anac, lo stesso non può affermarsi con riferimento alle ragioni sottese a tale qualificazione, posto che l'art. 16, comma 3, cit. prevede che l'Anac esprima pareri (obbligatori) riguardanti esclusivamente le direttive e le circolari ministeriali sull'interpretazione delle disposizioni del d.lgs. n. 39/2013 e la loro applicazione alle diverse fattispecie di inconfiribilità degli incarichi e di incompatibilità. Parrebbe, dunque, più coerente con il dettato legislativo la ricostruzione di Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126, par. 10.3, secondo il quale la delibera di accertamento suddetta configurerebbe un «provvedimento di accertamento costitutivo di effetti giuridici (come tale impugnabile in giustizia amministrativa)».

¹⁷⁸ Cfr. art. 11, comma 1, lett. g) e art. 20, comma 3, del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi.

¹⁷⁹ Gli atti e i provvedimenti «conseguenti» cui allude la disposizione regolamentare succitata si riferiscono, in particolare, all'avvio del procedimento sanzionatorio di cui all'art. 18, comma 2, d.lgs. n. 39/2013.

esso non trova nella trama legislativa neanche un indiretto riferimento¹⁸⁰.

Secondo il giudice amministrativo, è in particolare improprio il preteso richiamo al potere di ordine previsto dall'art. 1, comma 3, della l. n. 190/2012¹⁸¹ per suffragare un analogo potere in tema di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni.

Una tesi siffatta sarebbe, in primo luogo, smentita dal dato letterale della disposizione, la quale esclude la configurabilità di un potere di ordine diverso da quello testualmente stabilito¹⁸²; in secondo luogo, la «portata autoconsistente» del sistema di vigilanza, così come delineato dal d.lgs. n. 39/2013 (che assegna all'Autorità una funzione di mero indirizzo), impedirebbe l'estensione in via analogica del potere di ordine *ex art.* 1, comma 3, l. n. 190/2012, ai conferimenti degli incarichi nelle pubbliche amministrazioni¹⁸³.

Pertanto, in assenza di un'adeguata copertura legislativa, la lettura congiunta delle norme attributive dei poteri di vigilanza e controllo in capo all'Anac a opera della disciplina sull'anticorruzione non è idonea a conferire automaticamente a tale soggetto, in tema di inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni, il ruolo di «estremo garante», né a fungere da leva per l'attribuzione di poteri

¹⁸⁰ Cfr., in particolare, Tar Lazio, sez. III, 14 novembre 2016, n. 11270, con nota di R. MICALIZZI, *Il ruolo dell'Anac nell'accertamento delle fattispecie di inconferibilità di incarichi pubblici*, in *Giur. It.*, 2017, 3, 744 ss, confermata, sul punto, da Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126.

¹⁸¹ A mente del quale, «per l'esercizio delle funzioni di cui al comma 2, lettera f) (cioè: la vigilanza e il controllo sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure adottate dalle pubbliche amministrazioni ai sensi dei commi 4 e 5 del presente articolo e sul rispetto delle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dai commi da 15 a 36 del presente articolo e dalle altre disposizioni vigenti), l'Autorità nazionale anticorruzione esercita poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni, e ordina l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dai piani di cui ai commi 4 e 5 e dalle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dalle disposizioni vigenti, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza citati».

¹⁸² V. Tar Lazio sez. III, 14 novembre 2016, n. 11270, par. 5.4.1: «(s)i tratta, a ben vedere, di una disposizione che, secondo il suo stesso dato testuale, trova applicazione in riferimento a quelle misure per la prevenzione e per il contrasto della corruzione previste nel PNA e nei piani delle singole amministrazioni e non all'intero *corpus* normativo esistente in materia di anticorruzione». In termini, Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126, par. 11.4.

¹⁸³ Tar Lazio sez. III, 14 novembre 2016, n. 11270, par. 5.4.2.

impliciti «di ingerenza para-gerarchica nell'amministrazione attiva»¹⁸⁴, specie se così penetranti da predeterminare persino il contenuto del provvedimento di competenza del responsabile per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza dell'amministrazione vigilata¹⁸⁵.

Diversamente, ad avviso del giudice amministrativo, «(...) si finirebbe per legittimare una forma di controllo sull'operato dell'ente vigilato talmente incisiva, da introdurre surrettiziamente, al di fuori di un adeguato riconoscimento delle previsioni legislative, l'esercizio di un vero e proprio potere dell'Autorità di sostituirsi all'ente vigilato; potere la cui esistenza è, invece, certamente da escludersi, in virtù del rispetto del principio di legalità (...)»¹⁸⁶.

In definitiva, l'osservanza del principio di legalità non può essere sacrificata per legittimare, senza un'espressa "delega" legislativa, l'esercizio di un'estesa e penetrante funzione di vigilanza, tale da includere implicite attribuzioni di amministrazione attiva così pervasive come quelle in questione, le quali presuppongono, in ogni caso, una relazione di carattere gerarchico tra ente vigilante ed ente vigilato¹⁸⁷. E ciò anche quando siffatta vigilanza è svolta in vista della tutela di interessi pubblici particolarmente sensibili, tra cui quello consistente nella prevenzione dei fenomeni corruttivi nell'attribuzione di incarichi all'interno delle p.a.¹⁸⁸.

In questo senso, appare, infatti, condivisibile l'orientamento che, sul presupposto che le norme per la prevenzione dei fenomeni di cor-

¹⁸⁴ Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126, par. 11.1.

¹⁸⁵ In ordine ai caratteri e all'estensione del potere di vigilanza, v. C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, cit., 27 ss.

¹⁸⁶ Tar Lazio sez. III, 14 novembre 2016, n. 11270, par. 5.4.2.

¹⁸⁷ Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126, parr. 11.5.4.: «non vi è spazio per ravvisare *poteri impliciti* nel caso, come quello in esame, nel quale la finalità perseguita dalla legge è adeguatamente realizzata mediante la precisa ripartizione delle attribuzioni tra soggetti diversi. Ravvisare, in queste ipotesi, *poteri impliciti* significherebbe invadere altre competenze, confondendo attribuzioni di legge e contro il principio di legalità dell'azione amministrativa».

¹⁸⁸ Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126, parr. 11.5.5.: «pur a fronte di una preoccupazione che può apparire socialmente meritevole, nel silenzio della legge non è dato all'interprete creare in surroga la norma, commisurando l'efficacia delle disposizioni date rispetto alle finalità perseguite; e giungere, in ipotesi, ad innovare all'assetto normativo affinché ne siano realizzati gli obiettivi di massima. In base al principio di legalità, cardine irrinunciabile dello Stato di diritto, compete soltanto alla legge di porre nuove norme restrittive delle libertà o di modificazione delle competenze da essa stabilite. Solo in tale modo è possibile colmare legittimamente le pretese lacune di tutela».

ruzione siano definite «a “settore” ovvero ad “ordinamento settoriale”», accosta la funzione di vigilanza affidata all’Anac ai sensi dell’art. 16, comma 1, d.lgs. n. 39/2013 a «un potere particolare, assegnato alle autorità amministrative indipendenti per verificare nell’interesse generale il rispetto delle regole in rapporto al loro settore (regole talora da esse stesse poste) da parte di operatori pubblici e privati ivi operanti», e la cui principale forma consiste nell’atto ispettivo. La vigilanza dell’Anac non si configura, dunque, alla stregua di una specifica figura organizzativa che intercorre tra questa e altri soggetti pubblici, «(i)l che esclude possano ammettersi forme non nominate e non espressamente attribuite di ingerenza dell’Autorità nell’attività di altre pubbliche amministrazioni, sia pure in caso di inerzia o elusive di norme a tutela di interessi pubblici»¹⁸⁹.

Né la sua portata precettiva può essere attenuata sulla scorta della dichiarata assenza di una matrice sanzionatoria del potere di ordine, nonostante l’Autorità ne affermi un carattere solo «conformativo» (consistente, cioè, in un mero supporto alle amministrazioni al ripristino dell’ordine giuridico violato)¹⁹⁰.

In mancanza di una relazione strettamente gerarchica tra l’Autorità di vigilanza e l’amministrazione vigilata, la tesi dell’Anac non persuade pienamente, per cui – a rigore – gli effetti conformativi del potere di ordine dovrebbero trarre il proprio fondamento da una disposizione di legge. Al più, una relazione intersoggettiva di tal fatta avrebbe potuto dar luogo a un potere di indirizzo dell’ente vigilante attraverso l’adozione di direttive, nonché, in casi tipizzati dalla legge, di annullamento degli atti più rilevanti adottati dall’ente vigilato¹⁹¹.

Inoltre, anche in considerazione dell’elevato numero di procedimenti a carico di enti locali¹⁹², non può non rilevarsi il concreto rischio che la dilatazione dei poteri dell’Anac oltre il “recinto” legislativo si sostanzi in una lesione dell’autonomia, costituzionalmente protetta, di tali enti¹⁹³.

¹⁸⁹ Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126, parr. 11.5.2 e 11.5.3.

¹⁹⁰ cfr. Relazione al Parlamento sull’attività svolta dall’Anac nel 2016, 88.

¹⁹¹ Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126, par. 11.5.1.

¹⁹² cfr. Relazione al Parlamento sull’attività svolta dall’Anac nel 2016, 90 ss.

¹⁹³ Cfr., ad esempio, la delib. Anac n. 642 del 14 giugno 2017 in tema di incompatibilità tra un incarico dirigenziale in un ente locale e una carica elettiva in un altro ente locale con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, nella quale l’Anac, ravvisata la fattispecie di incompatibilità ai sensi dell’art. 12, comma 4, lett. b), d.lgs. n. 39/2013, ha ordinato al responsabile della prevenzione della corruzione dell’ente vigi-

In ragione di quanto sopra e sulla scorta dei più recenti approdi della giurisprudenza amministrativa, sia la det. Anac n. 833 del 3 agosto 2016 recante «linee guida in materia di accertamento delle inconferibilità e delle incompatibilità degli incarichi amministrativi da parte del responsabile della prevenzione della corruzione (...)»¹⁹⁴, sia il più recente regolamento del 29 marzo 2017 (nella parte in cui prevede il più volte menzionato potere di ordine in capo all'Anac), appaiono in tensione col dettato legislativo¹⁹⁵.

Il rango sub-legislativo dell'atto regolatorio dell'Anac, posto a fondamento del potere di ordine, non é, infatti, sufficiente a soddisfare la

lato di diffidare, senza indugio, il soggetto interessato a optare tra i due incarichi incompatibili entro i 15 giorni successivi alla sua comunicazione, ovvero a richiedere l'aspettativa per incompatibilità ai sensi dell'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 39/2013. Qualora l'opzione non sia effettuata entro il termine perentorio di quindici giorni, l'Anac ha, altresì, ordinato al responsabile della prevenzione della corruzione di dichiarare la decadenza dall'incarico di dirigente e la risoluzione del relativo contratto. In termini, v. delib. Anac n. 232 del 1° marzo 2017.

¹⁹⁴ Secondo le quali «L'esplicita attribuzione (...) all'ANAC di poteri di "accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi" non può che essere interpretata come il conferimento di un potere destinato a superare eventuali diverse valutazioni dell'amministrazione conferente e del suo RPC. (...) Nei casi di accertamento compiuto dall'Autorità, quindi, al RPC si deve ritenere preclusa ogni altra azione di accertamento, sul piano oggettivo, di violazioni delle norme del d.lgs. n. 39. Residuano, in questi casi, in capo al RPC funzioni non secondarie e non attribuibili all'ANAC: a) prendere atto dell'accertamento compiuto dall'ANAC e della conseguente, automatica, nullità dell'atto di conferimento, ovvero diffidare l'interessato ad optare tra incarichi dichiarati incompatibili; b) avviare il procedimento sanzionatorio, ai fini dell'accertamento delle responsabilità soggettive e dell'applicazione della misura interdittiva prevista dall'art. 18 (per le sole inconferibilità)».

¹⁹⁵ L'Anac sembra non accogliere l'orientamento giurisprudenziale che nega l'esistenza di un potere di ordine dell'Autorità in tema di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi nelle pubbliche amministrazioni: cfr. Relazione al Parlamento sull'attività svolta dall'Anac nel 2016, 88: «Poiché l'art. 16 del decreto (n. 39/2013), nel conferire all'Autorità il potere di accertamento, con gli effetti di prevalenza su altre eventuali valutazioni compiute dall'amministrazione o dal suo RPC, non disciplina l'ipotesi del mancato adeguamento, si deve ritenere applicabile il potere di ordine conferito in via generale alla stessa ANAC (...). L'intervento dell'ANAC, tramite l'esercizio del potere di ordine, è volto a riportare l'azione dell'amministrazione nell'alveo del rispetto della legge, tanto che detto potere, che non ha un contenuto sanzionatorio né carattere sostitutivo, viene definito come un potere conformativo e dissuasivo a scopo collaborativo. Invero tale potere – per come sopra enucleato si colloca all'interno del sistema e ne garantisce la sopravvivenza, evitando che lo stesso si snaturi, laddove la possibilità di intervento dell'ANAC venisse declassata a mero "qualificato orientamento al naturale destinatario"».

“legalità-garanzia”, la quale non può essere omessa in fattispecie come quelle oggetto di esame: «(n)e discende che il contenuto dei poteri spettanti all’Autorità nell’ambito dei procedimenti per il conferimento di incarichi va ricercato, quanto meno per i suoi profili essenziali, nel dato normativo primario, non essendo consentito il ricorso ad atti regolatori diversi, quali le linee guida o altri strumenti di cd. *soft law*, per prevedere l’esercizio di poteri nuovi e ulteriori, non immediatamente percepibili dall’analisi della fonte legislativa»¹⁹⁶.

5.2 La vigilanza dell’Anac sulle situazioni di conflitto d’interesse

Tra gli atti conclusivi del procedimento di vigilanza volto all’accertamento delle fattispecie di inconfiribilità o incompatibilità degli incarichi ai sensi del d.lgs. n. 39/2013 è anche compreso il provvedimento con cui l’Anac accerta situazioni di conflitto di interesse¹⁹⁷ già previste dai codici di comportamento (nazionale o della singola amministrazione interessata)¹⁹⁸.

Sul punto, la normativa di livello primario è piuttosto incerta e lacunosa¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Tar Lazio sez. III, 14 novembre 2016, n. 11270, par. 5.2.

¹⁹⁷ In ordine al tema generale del conflitto di interessi all’interno della p.a., la letteratura è copiosa: *ex multis*, più di recente, v. B. G. MATTARELLA, *Le regole dell’onestà*, Bologna, 2007, *passim*; ID, *Il conflitto di interessi dei pubblici funzionari*, in F. PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011, 63 ss.; G. RANDO, *Il conflitto d’interessi nell’esercizio di funzioni pubbliche. Spunti di Diritto comparato per una riforma nell’ordinamento italiano*, Benevento, 2015, *passim*; G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016, *passim*.

¹⁹⁸ Cfr. art. 11, comma 1, lett. e), del Regolamento sull’esercizio dell’attività di vigilanza in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi.

¹⁹⁹ Limitatamente alla materia di contratti pubblici, l’art. 42, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, stabilisce che «(s)i ha conflitto d’interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l’obbligo di astensione previste dall’articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62». Sull’art. 6-bis, l. n. 241/1990, v. *infra*.

Vero è che i codici di comportamento²⁰⁰, sulla cui applicazione vigilano i dirigenti responsabili di ciascuna struttura, le strutture di controllo interno e gli uffici di disciplina, se disattesi, danno luogo, ai sensi dell'art. 54, d.lgs. n. 165/2001, a responsabilità disciplinare.

Il legislatore non specifica, tuttavia, le funzioni di vigilanza e controllo dell'Anac nella materia *de qua*. Anche alla luce di quanto statuito dalla giurisprudenza da ultimo richiamata²⁰¹, non sembra che tali funzioni siano riconducibili alla più ampia vigilanza che l'Autorità svolge ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. f), l. n. 190/2012.

Una base giuridica – sebbene non di rango primario – per l'esercizio di tali poteri potrebbe però essere ravvisata nell'art. 15, comma 4, del codice di comportamento nazionale, secondo cui: «(a) i fini dell'attivazione del procedimento disciplinare per violazione dei codici di comportamento, l'ufficio procedimenti disciplinari può chiedere all'Autorità nazionale anticorruzione parere facoltativo secondo quanto stabilito dall'articolo 1, comma 2, lettera d), della legge n. 190 del 2012».

A tacere del richiamo non propriamente conferente all'art. 1, comma 2, lett. d), l. n. 190/2012 (che prevede il potere dell'Anac di esprimere parere obbligatorio con riferimento esclusivo agli atti di direttiva e di indirizzo, nonché alle circolari del ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione in materia di conformità di atti e comportamenti dei funzionari pubblici alla legge, ai codici di comportamento e ai contratti, collettivi e individuali, regolanti il rapporto di lavoro pubblico), l'accertamento dell'Autorità circa l'esistenza di eventuali situazioni di conflitto d'interesse di pubblici dipendenti può, dunque, essere fondato unicamente su condotte contrarie ai codici di comportamento e, in ogni caso – così come accade per le fattispecie di inconferibilità e incompatibilità di cui al d.lgs. n. 39/2013 – può avere solo mero valore orientativo nei confronti dell'amministrazione interessata²⁰², anche se all'accertamento suddetto può talvolta seguire un

²⁰⁰ D.P.R. n. 62/2013 («Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165»). In argomento, v. B. G. MATTARELLA, *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 927 ss.; E. CARLONI, *Il nuovo codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Ist. Fed.*, 2013, 32 ss.

²⁰¹ In part., cfr. Tar Lazio, sez. III, 14 novembre 2016, n. 11270.

²⁰² Di ciò l'Anac sembra esserne consapevole laddove, nella Relazione al Parlamento sull'attività svolta dall'Anac nel 2016, 101, evidenzia che «(...) sulla materia del

“invito” all’amministrazione interessata a conformare la propria attività nel senso indicato dall’Anac²⁰³.

Problemi peculiari potrebbero essere posti qualora la pretesa situazione di conflitto di interesse non sia contemplata dai codici di comportamento, bensì sia fondata sulla generica violazione dell’art. 6-*bis*, l. n. 241/1990²⁰⁴, che impone, in via generale, a tutti i soggetti che a qualunque titolo intervengono nel procedimento amministrativo (formulando pareri, valutazioni tecniche e atti endoprocedimentali o adottando il provvedimento finale) di astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale²⁰⁵.

In proposito, la giurisprudenza amministrativa non ha mancato di rilevare che «(c)on tale disposizione (...) il legislatore ha coniato un canone di generale applicazione, che postula ineludibili esigenze di

conflitto di interesse, l’Autorità non ha poteri diretti di intervento nel caso in cui il conflitto di interesse si sostanzia in una violazione del codice di comportamento; accertata la violazione del codice di comportamento, l’Autorità si limita ad inviare gli atti all’amministrazione di appartenenza, perché valuti le fattispecie emerse sotto il profilo disciplinare, fermi restando gli altri profili di responsabilità».

²⁰³ Tra gli esempi più recenti di tale tipologia di delibere, v. delib. Anac, n. 510 del 13 aprile 2016, con cui l’Anac ha rilevato la sussistenza di profili di conflitti di interesse di cui al d.P.R. n. 62/2013 in merito a una nomina a dirigente medico in un’azienda ospedaliera universitaria effettuata dal direttore generale della struttura, legato da un legame di parentela di primo grado con il dirigente nominato. L’Anac ha, altresì, disposto l’invio di tale provvedimento al soggetto interessato e all’assessorato regionale per le valutazioni di competenza, «con particolare riferimento all’individuazione del soggetto che deve adottare il provvedimento di nomina, in sostituzione del direttore generale dell’azienda sanitaria».

²⁰⁴ Per una generale disamina della novella legislativa introdotta con la l. n. 190/2012, cfr. G. FONDERICO, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo (art. 1, commi 37-38, 41 e 47)*, in B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 153 ss.; S. A. FREGO LUPPI, *L’obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Dir. amm.*, 2013, 671 ss.

²⁰⁵ Sul punto, v. anche art. 7, d.P.R. n. 62/2013, secondo cui: «Il dipendente si astiene dal partecipare all’adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull’astensione decide il responsabile dell’ufficio di appartenenza».

imparzialità, trasparenza e parità di trattamento e l'alveo applicativo di tale principio va ricondotto alle determinazioni dal contenuto discrezionale, che implicano quindi apprezzamenti di stampo soggettivo che ben possono, anche solo in astratto, essere condizionati dal fatto che chi concorre all'adozione dell'atto versa nella vicenda un interesse personale»²⁰⁶.

La stessa Autorità ha, peraltro, più volte sostenuto un'interpretazione estensiva dell'art. 6-*bis*, l. n. 241/1990, evidenziando l'inderogabilità dell'obbligo di astensione, che opera ogniqualvolta esista un conflitto, anche solo potenziale, tra l'interesse (personale) del titolare del potere decisionale e l'interesse (generale) perseguito dall'amministrazione di appartenenza²⁰⁷.

A fronte della portata applicativa potenzialmente ampia dell'art. 6-*bis*, l. n. 241/1990, e in assenza di un oggettivo e predeterminato parametro di valutazione, non si può escludere che l'Anac esprima, in merito a fattispecie non contemplate dai codici di comportamento (né da specifiche norme di legge), valutazioni di tipo equitativo disancorate dal dettato normativo²⁰⁸, e ciò a potenziale detrimento delle posizioni giuridiche dei soggetti direttamente interessati²⁰⁹. La prassi evidenzia, peraltro, che l'Anac spesso ricorra all'art. 6-*bis* in via residuale, ovvero tutte le volte in cui il caso sottoposto al suo esame non integri una

²⁰⁶ Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 19 febbraio 2015, n. 84; Tar Campania, Salerno, sez. II, 17 marzo 2014, n. 580.

²⁰⁷ V. Orientamento Anac n. 19 del 10 giugno 2015; n. 6 del 25 febbraio 2015, n. 95 del 7 ottobre 2014; n. 78 del 23 settembre 2014. Tuttavia, con riferimento all'insorgenza di possibili situazioni di conflitti di interessi in ordine alla composizione delle commissioni di concorso per il reclutamento di professori universitari (cfr., ad esempio, delib. Anac n. 384 del 29 marzo 2017), l'Autorità, in linea con la giurisprudenza amministrativa, non ritiene estensibili in via analogica le cause di incompatibilità di cui all'art. 51 e 52 c.p.c..

²⁰⁸ La prassi dell'Autorità sembra confermare questo rischio: cfr. Relazione al Parlamento sull'attività svolta dall'Anac nel 2016, 101: «Una casistica sempre più frequente riguarda ipotesi di conflitto di interesse non disciplinate da una norma di legge, ma che derivano da una situazione oggettiva e strutturale di incompatibilità tra le funzioni svolte o da svolgere da parte del pubblico funzionario. Anche in tal caso, non essendo previsto dal legislatore nessun potere in capo all'Autorità, quest'ultima non può fare altro che rimettere il caso alla valutazione dell'ente competente perché rimuova la situazione evidenziata».

²⁰⁹ Sebbene, infatti, l'atto di accertamento circa la violazione dell'art. 6-*bis*, l. n. 241/1990, sia orientativo nei confronti dell'amministrazione vigilata, esso rappresenta comunque un atto di impulso nei confronti degli organi competenti ad attivare un procedimento di autotutela volto all'annullamento del provvedimento di primo grado.

fattispecie di inconfiribilità o incompatibilità ai sensi del d.lgs. n. 39/2013²¹⁰.

5.3 *Le potestà implicite dell'Anac in tema trasparenza amministrativa*

Un altro rilevante ambito di intervento dell'Autorità nazionale anticorruzione ha a oggetto la trasparenza dell'attività (e dell'organizzazione) amministrativa, assunta a livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione²¹¹, e rispetto alla quale le più recenti scelte di politica legislativa appaiono inequivoche nel valorizzarne, in un'ottica sistemica, la portata funzionale rispetto agli obiettivi di prevenzione e di contrasto dei fenomeni corruttivi²¹².

²¹⁰ Cfr., ad esempio, delib. Anac n. 756 del 5 luglio 2017, in merito a una rilevata ipotesi di conflitto di interessi tra la contemporanea permanenza dell'incarico di presidente dell'ACI e di presidente di una società finanziata dall'ACI stessa. Cfr. delib. Anac n. 421 del 13 aprile 2016, che ha rilevato la sussistenza di un'ipotesi di conflitto di interessi nell'ambito di una procedura concorsuale. Cfr. delib. Anac n. 431 del 6 aprile 2016, che ha accertato il conflitto di interessi tra chi svolge l'incarico di sovrintendente di una fondazione lirica e, contestualmente, di amministratore delegato della società strumentale controllata dalla medesima Fondazione.

²¹¹ Art. 1, comma 15, l. 190/2012. In argomento, v. M. OCCHIENA, *Il principio di trasparenza*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 141 ss.

²¹² Depongono in questo senso le numerose norme in tema di lotta all'illegalità e alla corruzione (l. n. 190/2012; d.lgs. n. 33/2013, come modificato dal d.lgs. n. 97/2016, oltre al d.lgs. n. 39/2013, su incompatibilità e inconfiribilità degli incarichi all'interno delle pubbliche amministrazioni. La lotta alla corruzione, anche se indubbiamente prevalente, non è l'unico obiettivo perseguito dagli interventi riformatori degli ultimi anni: difatti, la trasparenza «(...) concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione. Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino» (art. 1, commi 2, del d.lgs. n. 33/2013). In proposito, si è anche parlato di una «duplice declinazione del principio di trasparenza» (M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/4, 2013, 662-663), secondo cui la trasparenza, da un lato, fungerebbe da argine ai rischi di corruzione (consentendo, ad esempio, l'accessibilità a talune informazioni a fini di controllo, di valutazione del personale e di prevenzione della corruzione), dall'altro, concorrerebbe a plasmare un modello di amministrazione aperta e

È di tutta evidenza, infatti, l'emersione di una nozione di trasparenza «intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni»²¹³, che prescinde dalla differenziazione dell'interesse del richiedente²¹⁴, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sociale e, di conseguenza, di incentivare condotte amministrative virtuose²¹⁵.

A conferma della natura prevalentemente servente della disciplina sulla trasparenza, basti notare come il legislatore abbia conferito proprio all'Autorità nazionale anticorruzione il ruolo di “custode” del corretto adempimento dei numerosi obblighi di pubblicazione di dati e di informazioni posti a carico delle amministrazioni²¹⁶.

al servizio dei cittadini (rendendo, ad esempio, accessibili le informazioni relative all'organizzazione amministrativa o a singoli procedimenti per finalità di semplificazione e di partecipazione). Anche il Consiglio di Stato, nel parere n. 515/2016, ha affermato che: «(l)a trasparenza si pone (...) non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come strumento ordinario e primario di ri-avvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, destinata sempre più ad assumere i contorni di una “casa di vetro”, nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall'articolo 2 della Costituzione, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri».

²¹³ Art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 33/2013.

²¹⁴ L'istituto dell'accesso civico va proprio in questa direzione: ai sensi dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 33/2013, «chiunque» ha diritto di richiedere documenti, informazioni o dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione (prevista come obbligatoria dalla normativa vigente). L'esercizio di tale diritto, che diviene strumento di *enforcement* per indurre l'amministrazione ad adempiere agli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa, non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e non richiede motivazione.

²¹⁵ Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 97/2016, che ha modificato l'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013, è stata introdotta una nuova forma di accesso più ampia (ispirata al *Freedom of Information Act* statunitense) di quella prevista dal comma 1 della medesima disposizione, in quanto consente di accedere, nel rispetto di alcuni limiti tassativamente indicati dalla legge, anche ai dati, alle informazioni e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni per i quali non esistono specifici obblighi di pubblicazione: e ciò «(a)llo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico» (art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013). Ed invero, secondo E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 60, «(l)a premessa da cui è partito il legislatore per aggredire il fenomeno della corruzione (...) è che la corruzione dilaga dove non c'è trasparenza (...) ed etica nei comportamenti di dipendenti e dirigenti, sicché essa può essere contrastata con misure che incrementino questi due “valori”».

²¹⁶ V. cap. I, par. 10.

Si noti, peraltro, che l'inosservanza di tali obblighi costituisce un illecito disciplinare, configura un elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, rappresenta un'eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione, ed è comunque valutata ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili²¹⁷.

Come anticipato, a presidio dell'effettiva ottemperanza degli obblighi suddetti è posta l'Anac, che esercita poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle amministrazioni pubbliche e ordina, entro un termine non superiore a trenta giorni, di adottare gli atti o i provvedimenti richiesti dalla normativa vigente ovvero di rimuovere i comportamenti o gli atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza²¹⁸.

L'Autorità, inoltre, controlla l'operato dei responsabili per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza (ai quali può chiedere il rendiconto sui risultati del controllo svolto all'interno delle amministrazioni) e dell'organismo indipendente di valutazione (a cui può chiedere ulteriori informazioni sul controllo dell'esatto adempimento degli obblighi di trasparenza previsti dalla normativa vigente)²¹⁹.

La mancata o incompleta comunicazione delle informazioni e dei dati

²¹⁷ V. art. 45, comma 4 e art. 46, d.lgs. n. 33/2013, che estende le conseguenze sfavorevoli dell'inadempimento degli obblighi di pubblicazione in esame anche alle ipotesi di rifiuto, differimento e limitazione dell'accesso civico, salvo quanto previsto dall'articolo 5-bis, d.lgs. n. 33/2013. Sul punto, v. C. CELONE, *La responsabilità e le sanzioni per la violazione degli obblighi di pubblicazione e delle situazioni di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 591-611.

²¹⁸ V. art. 45, comma 1, d.lgs. n. 33/2013 e già l'art. 1, comma 2, lett. f) e comma 3, l. n. 190/2012. L'Anac, con delib. n. 329 del 29 marzo 2017 pubblicata nella Gazz. Uff. n. 91 del 19 aprile 2017, ha approvato il «Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza sul rispetto degli obblighi di pubblicazione di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33». Ai sensi dell'art. 20, comma 3, del predetto Regolamento, in caso di mancato riscontro al provvedimento di ordine, l'Anac adotta un «atto di constatazione» (pubblicato sul sito istituzionale dell'Autorità medesima ed eventualmente su quello dell'amministrazione interessata) dell'inottemperanza dell'amministrazione al proprio provvedimento di ordine, che viene comunicato, ai sensi dell'art. 45, comma 4, d.lgs. n. 33/2013, all'ufficio dell'amministrazione interessata competente all'attivazione del procedimento disciplinare a carico del responsabile della pubblicazione o del dirigente tenuto alla trasmissione delle informazioni, nonché ai vertici politici delle amministrazioni, agli OIV e, se del caso, alla Corte dei conti, ai fini dell'attivazione delle altre forme di responsabilità.

²¹⁹ Art. 45, comma 2, d.lgs. n. 33/2013.

in merito a ipotesi specifiche²²⁰ comporta, peraltro, l'irrogazione, da parte dell'Autorità, di una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 10.000 euro a carico del responsabile della mancata comunicazione²²¹.

Il ruolo dell'Anac non si riduce, tuttavia, allo svolgimento delle funzioni di vigilanza e di controllo sul rispetto della normativa sulla trasparenza amministrativa.

Essa è, infatti, titolare di ulteriori poteri di regolazione o pararnormativi di "completamento" della disciplina posta a livello legislativo, alcuni dei quali ispirati a generali obiettivi di semplificazione amministrativa e di ausilio nei confronti dei soggetti pubblici chiamati a dare attuazione alla disciplina suddetta.

L'Autorità definisce, ad esempio, criteri, modelli e schemi standard per l'organizzazione, la codificazione e la rappresentazione dei documenti, delle informazioni e dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria (nonché relativamente all'organizzazione della sezione «Amministrazione trasparente»), ai quali le amministrazioni sono tenute a conformarsi²²².

L'Anac, «con propria delibera adottata, previa consultazione pubblica, in conformità con i principi di proporzionalità e di semplificazione, e all'esclusivo fine di ridurre gli oneri gravanti sui soggetti di cui all'articolo 2-*bis*²²³», può identificare i dati, le informazioni e i documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della disciplina vigente per i quali la pubblicazione in forma integrale è sostituita con quella di informazioni riassuntive, elaborate per aggregazione²²⁴.

L'Autorità, inoltre, con il Piano nazionale anticorruzione può pre-

²²⁰ Cfr. art. 47, d.lgs. n. 33/2013. Tra essi vi sono quelli prescritti dall'art. 14, d.lgs. n. 33/2013 (relativi ai titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e ai titolari di incarichi dirigenziali), concernenti la situazione patrimoniale complessiva del titolare dell'incarico al momento dell'assunzione in carica, la titolarità di imprese, le partecipazioni azionarie proprie, del coniuge e dei parenti entro il secondo grado, nonché tutti i compensi cui da diritto l'assunzione della carica.

²²¹ Cfr. il regolamento Anac «in materia di esercizio del potere sanzionatorio ai sensi dell'articolo 47 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, come modificato dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97», pubblicato nella Gazz. Uff. n. 284 del 5 dicembre 2016.

²²² Ai sensi dell'art. 48, comma 3, d.lgs. n. 33/2013, tali "modelli" sono adottati dall'Anac, sentiti il Garante per la protezione dei dati personali, la Conferenza unificata, l'Agenzia Italia Digitale, la Civit e l'Istat.

²²³ L'art. 2-*bis*, d.lgs. n. 33/2013 individua l'ambito di applicazione soggettivo del decreto.

²²⁴ V. art. 3, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 33/2013.

cisare gli obblighi di pubblicazione e le relative modalità di attuazione, in relazione alla natura dei soggetti, alla loro dimensione organizzativa e alle attività svolte, prevedendo in particolare modalità semplificate per i comuni con popolazione inferiore a 15.000 abitanti, per gli ordini e collegi professionali²²⁵.

Ancora, l'Anac, sulla base di una valutazione del rischio corruttivo, delle esigenze di semplificazione e delle richieste di accesso, determina, anche su proposta del Garante per la protezione dei dati personali, i casi in cui la durata della pubblicazione del dato e del documento può essere inferiore a 5 anni²²⁶.

Infine, all'Anac, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza unificata, è demandato il compito di definire con linee guida, «recanti indicazioni operative», le esclusioni e i limiti al c.d. accesso civico di cui all'art. 5-*bis*, d.lgs. n. 33/2013²²⁷.

Si tratta, evidentemente, di una estesa gamma di poteri che, in taluni casi, tendono a “innovare” l'ordinamento con il rischio potenziale di introdurre ulteriori oneri in capo alle amministrazioni in assenza di una adeguata copertura legislativa²²⁸.

Una simile circostanza non è sfuggita al Consiglio di Stato, il quale, con riguardo, ad esempio, al «singolare e atipico potere di delegificazione» di cui all'art. 3, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 33/2013 – consistente nella possibilità di sostituire la pubblicazione in forma integrale di dati, informazioni e documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria con quella di informazioni riassuntive, elaborate per aggregazione – ha affermato che esso «appare giustificabile esclusivamente nell'interpretazione funzionale, consentita dai criteri di delega, che limiti la finalizzazione di tale potere alla effettiva semplificazione (richiamata a livello di principio nel testo) e alla correlata riduzione degli oneri»²²⁹.

²²⁵ V. art. 3, comma 1-*ter*, d.lgs. n. 33/2013. In particolare, con la delib. n. 144/2014, confermata dalla delib. n. 241/2017, l'Anac ha precisato che, nei comuni con popolazione inferiore ai 15.000 abitanti, i titolari di incarichi politici, nonché i loro coniugi non separati e parenti entro il secondo grado non sono tenuti alla pubblicazione dei dati di cui all'art. 14, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 33/2013 (dichiarazioni reddituali e patrimoniali). Resta, invece, fermo l'obbligo di pubblicare i dati e le informazioni di cui alle lett. da a) ad e) del medesimo art. 14, comma 1 anche in questi comuni.

²²⁶ V. art. 8, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 33/2013.

²²⁷ V. art. 5-*bis*, comma 6, d.lgs. n. 33/2013.

²²⁸ Di poteri impliciti dell'Anac in materia di trasparenza amministrativa sembra riferirsi anche F. DI CRISTINA, *L'Autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, in *Dir. econ.*, 2, 2016, 509 ss.

²²⁹ Cons. Stato, sez. atti normativi, 24 febbraio 2016, n. 515.

La semplificazione è anche il criterio in ordine al quale l'Anac deve attenersi per l'adozione delle linee guida tese a definire le esclusioni e i limiti al c.d. accesso civico "generalizzato"²³⁰. Le linee guida in questione devono, infatti, limitarsi a recare «indicazioni operative» (come tali non vincolanti nei confronti delle amministrazioni) per l'individuazione delle fattispecie che potrebbero astrattamente impedire l'ostensione dei dati e dei documenti che non sono oggetto di pubblicazione obbligatoria secondo la normativa vigente²³¹.

Ciò dovrebbe, dunque, rappresentare un concreto ausilio per l'esercizio della discrezionalità delle amministrazioni nella valutazione delle istanze di accesso civico "generalizzato", anche se la scelta di affidare un siffatto compito (sebbene previa intesa col Garante per la *privacy* e sentita la Conferenza unificata) all'Autorità che si occupa di (e presidia la) trasparenza tende a indicare una aprioristica preferenza del legislatore a una stretta interpretazione delle deroghe alla *full disclosure* previste dall'art. 5-*bis*, commi 1-3, d.lgs. n. 33/2013²³².

Non è un caso che le linee guida operative adottate dall'Anac²³³ confermino, appunto, questa preferenza, laddove prevedono, in termini discutibilmente prescrittivi, che «l'amministrazione (sia) tenuta (...) a privilegiare la scelta che, pur non oltrepassando i limiti di ciò che può essere ragionevolmente richiesto, sia la più favorevole al dirit-

²³⁰ Ai sensi dell'art. 5-*bis*, commi 1-3, d.lgs. n. 33/2013, l'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela degli interessi pubblici (es. sicurezza pubblica e ordine pubblico, difesa e questioni militari, relazioni internazionali, etc...), o di quelli privati (es. protezione dei dati personali, libertà e segretezza della corrispondenza, etc...) indicati dalla norma. Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è, poi, escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge.

²³¹ V. art. 5-*bis*, comma 6, d.lgs. n. 33/2013.

²³² In effetti, già il Consiglio di Stato, nel parere n. 515 del 24 febbraio 2016, ha rilevato che: «(i)n mancanza di criteri più dettagliati per la valutazione del pregiudizio che la pubblicazione potrebbe arrecare agli interessi tutelati, le amministrazioni (...) potrebbero essere indotte ad utilizzare la propria discrezionalità nella maniera più ampia, al fine di estendere gli ambiti non aperti alla trasparenza, e sicuramente la genericità di alcune previsioni, pur riferite a tematiche "sensibili" (come, a titolo di esempio, le "questioni militari" o le "relazioni internazionali") potrebbe essere motivo dell'insorgenza di ulteriore contenzioso. Tali criteri potrebbero essere forniti con linee guida appositamente adottate per meglio chiarire le incertezze di siffatta disciplina derogatoria».

²³³ delib. Anac n. 1309 del 28 dicembre 2016, pubblicata nella Gazz. Uff. 10 gennaio 2017, n. 7.

to di accesso del richiedente»²³⁴, con ciò suscitando comprensibilmente i rilievi del Garante per la *privacy*, chiamato a tutelare un interesse pubblico concorrente a quello perseguito dall'Anac²³⁵.

Ad ogni modo, se, da un lato, le linee guida in esame appaiono coerenti col dettato legislativo quando, ad esempio, indicano, in funzione esemplificativa e di mero ausilio nei confronti delle amministrazioni, le fattispecie che possono astrattamente integrare le eccezioni «assolute» e «relative» stabilite dalla norma²³⁶, dall'altro lato, esse potrebbero talora essere espressione – in assenza, peraltro, di una casistica debitamente documentata²³⁷ – di una potestà implicita comportante un aggravio di oneri organizzativi e procedurali, che come tale potrebbe collidere con gli obiettivi di semplificazione più volte evocati²³⁸.

²³⁴ delib. Anac n. 1309 del 28 dicembre 2016, par. 5.2.

²³⁵ Atto di intesa dell'Autorità Garante per la Protezione dei dati personali n. 5860807 del 15 dicembre 2016: «(t)ale inciso non può essere inteso nel senso di accordare una generale prevalenza al diritto di accesso generalizzato a scapito di altri diritti ugualmente riconosciuti dall'ordinamento (quali, ad esempio, quello alla riservatezza e alla protezione dei dati personali), in quanto in tal modo si vanificherebbe il necessario bilanciamento degli interessi in gioco che richiede un approccio equilibrato nella ponderazione dei diversi diritti coinvolti, tale da evitare che i diritti fondamentali di eventuali controinteressati possano essere gravemente pregiudicati dalla messa a disposizione a terzi – non adeguatamente ponderata – di dati, informazioni e documenti che li riguardano».

²³⁶ In particolare, appare utile a livello operativo la ricognizione, in via esemplificativa, delle ipotesi di segreto e di divieto di divulgazione disseminate nell'ordinamento (par. 6.2), oppure l'indicazione delle ipotesi che possono dar luogo a un pregiudizio concreto alla tutela degli interessi pubblici e privati indicati dall'art. 5-bis, d.lgs. n. 33/2013 (par. 7).

²³⁷ Nel comunicato del 27 aprile 2017, il Presidente dell'Autorità, a fronte delle numerose richieste di parere in materia di accesso civico generalizzato, ha annunciato l'avvio di un monitoraggio per l'esame dei casi trattati da un campione di pubbliche amministrazioni, al fine di «aggiornare» le Linee guida in questione.

²³⁸ Nella direzione di un potenziale aggravio degli oneri organizzativi in assenza di una adeguata copertura legislativa pare andare la det. Anac n. 1134 dell'8 novembre 2017, recante «Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici». Con riferimento specifico agli enti di diritto privato di cui all'art. 2-bis, comma 3, d.lgs. n. 33/2013 (associazioni, fondazioni ed enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici), le linee guida in esame, dopo aver ribadito che, «poiché (...) l'art. 1, comma 2-bis, della l. 190/2012 non fa riferimento a tali enti, ne consegue che essi non sono tenuti ad adottare le misure pre-

Le linee guida “suggeriscono”, infatti, di adottare, «nel più breve tempo possibile», «adeguate» soluzioni organizzative («quali, ad esempio, la concentrazione della competenza a decidere sulle richieste di accesso in un unico ufficio»); di emanare una «disciplina interna» sulle diverse tipologie di accesso, nonché di istituire presso ogni amministrazione un registro delle richieste di accesso presentate. Parimenti, esse prescrivono, in termini procedurali, una motivazione «congrua e completa» (e, dunque, sembrerebbe “rinforzata” rispetto a quanto previsto dall’art. 3, l. n. 241/1990) nei casi di diniego totale o parziale di tutte le istanze di accesso civico “generalizzato”, anche se, con riguardo a quelle meramente espositive, non può escludersi l’applicazione del disposto di cui all’art. 2, comma 1, l. n. 241/1990, configurando, in questo modo, un «provvedimento in forma semplificata»²³⁹.

Di una inequivoca base legislativa appaiono sfornite le linee guida «integrative del PNA», adottate con delib. Anac n. 1310 del 28 dicembre 2016, al fine di operare una generale ricognizione dell’ambito soggettivo e oggettivo di applicazione del d.lgs. n. 33/2013.

Vero è che l’art. 3, comma 1-ter, d.lgs. n. 33/2013 stabilisce che: «(l’)Autorità nazionale anticorruzione può, con il Piano nazionale anticorruzione, nel rispetto delle disposizioni del presente decreto, precisare gli obblighi di pubblicazione e le relative modalità di attuazione,

viste dalla medesima legge, né a nominare un Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza», aggiungono quanto segue: «(f)ermo restando il requisito del bilancio superiore a 500.000 euro, come per le società soltanto partecipate, anche per gli altri enti di diritto privato di cui al co. 3, dell’art. 2-bis del d.lgs. 33/2013, si ritiene sia compito delle amministrazioni che ad essi affidano lo svolgimento di attività di interesse pubblico, ovvero che vigilano sul relativo svolgimento, promuovere l’adozione del modello di organizzazione e gestione ex d.lgs. 231/2001 e delle ulteriori misure per la prevenzione della corruzione ex l. 190/2012 in relazione a tutte le attività svolte”. Le predette linee guida ribadiscono altresì che, con specifico riferimento all’attività di pubblico interesse, è compito delle amministrazioni partecipanti «promuovere l’adozione di protocolli di legalità che disciplinino specifici obblighi di prevenzione della corruzione in relazione all’attività di pubblico interesse svolta e ulteriormente calibrati e specificati anche in base alla eventuale tipologia di poteri (di vigilanza, di regolazione, di controllo sull’attività) che l’amministrazione esercita» (par. 3.4.1; 39-40). Pertanto, pur in assenza di una specifica previsione legislativa “di copertura” (la l. n. 190/2012 non prevede, infatti, l’assoggettabilità automatica degli enti di diritto privato di cui all’art. 2-bis, comma 3, d.lgs. n. 33/2013, alla disciplina anticorruzione), le citate linee guida dell’Anac introducono ulteriori oneri organizzativi e procedurali a carico di tali soggetti in tema di prevenzione e contrasto della corruzione.

²³⁹ In argomento, v. *amplius* S. VERNILE, *Il provvedimento in forma semplificata*, Napoli, 2017, *passim*.

in relazione alla natura dei soggetti, alla loro dimensione organizzativa e alle attività svolte (...)).».

In ragione di tale previsione, non pare, tuttavia, coerente la scelta dell’Autorità, in sede di approvazione del Piano nazionale anticorruzione, di riservarsi di intervenire «con appositi atti di regolazione» “integrativi” del Pna²⁴⁰, quando a rigore è la legge a prescrivere lo strumento giuridico – il Pna e non le linee guida – col quale l’Anac può “modulare” (sentiti, peraltro, il Comitato interministeriale per la prevenzione e il contrasto della corruzione e dell’illegalità nella p.a.²⁴¹ e la Conferenza unificata)²⁴² gli obblighi di pubblicazione e le relative modalità di attuazione previsti dalla normativa vigente²⁴³.

Analogo discorso dovrebbe valere per le linee guida, adottate con delib. Anac n. 241 dell’8 marzo 2017, sull’attuazione dell’art. 14 del d.lgs. 33/2013, relativo agli obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali²⁴⁴.

²⁴⁰ PNA 2016, par. 7.1: «Oltre alle specifiche Linee guida dedicate alle società e agli altri enti di diritto privato partecipati, destinate alla modifica della determinazione n. 8 del 2015, questa Autorità adotterà Linee guida, sempre integrative del PNA, con le quali operare una generale ricognizione dell’ambito soggettivo e oggettivo degli obblighi di trasparenza delle p.a., in sostituzione delle Linee guida di cui alla delibera CIVIT n. 50/2013».

²⁴¹ Istituito con d.P.C.M. 16 gennaio 2013. Il Comitato è composto dal Presidente del Consiglio dei ministri, che lo presiede, dal Ministro per la pubblica amministrazione e per la semplificazione, dal Ministro della giustizia e dal Ministro dell’interno.

²⁴² Cfr. art. 1, comma 2-*bis*, l. n. 190/2012.

²⁴³ Già in passato l’Anac aveva adottato linee guida “integrative” del PNA: cfr., ad esempio, delib. Anac n. 430 del 13 aprile 2016, recante «Linee guida sull’applicazione alle istituzioni scolastiche delle disposizioni di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190 e al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33»; oppure cfr. delib. Anac n. 8 del 17 giugno 2015, recante «Linee guida per l’attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici»: «(l)e presenti Linee guida incidono sulla disciplina già prevista dal PNA e ne comportano una rivisitazione. Pertanto, vista la coincidenza delle questioni trattate, le Linee guida integrano e sostituiscono, laddove non compatibili, i contenuti del PNA in materia di misure di prevenzione della corruzione e di trasparenza che devono essere adottate dagli enti pubblici economici, dagli enti di diritto privato in controllo pubblico e dalle società a partecipazione pubblica». Con det. n. 1134 dell’8 novembre 2017 sono state adottate nuove linee guida in materia sostitutive delle precedenti: sul punto, cfr. anche il parere del Cons. Stato comm. spec., 20 aprile 2017, n. 1257.

²⁴⁴ Con ord., 3 marzo 2017, n. 1030, il Tar Lazio, sez. I-*quater*, ha sospeso gli atti del Segretario generale del Garante della *privacy* sull’attuazione dell’art. 14, d.lgs. n. 33/2013, per i dirigenti dell’*authority*. A seguito di tale decisione, l’Anac, con delib. n.

Il rilevato *deficit* di “legalità-garanzia” per alcuni degli atti di regolazione succitati e il rischio che si è evidenziato in termini di potenziale “implicito” aggravio organizzativo e procedimentale, risultano comunque “attutiti” dalla portata non vincolante degli atti in esame, almeno di quelli che si limitano a fornire indicazioni di carattere operativo sul corretto modo di adempiere agli obblighi previsti dalla normativa sull’anticorruzione e sulla trasparenza amministrativa²⁴⁵. La giurisprudenza ha comunque giustificato la legittimità di tali atti (a contenuto non normativo) in base alla teoria dei poteri impliciti, riconducendoli nell’alveo della generale potestà di vigilanza affidata all’Anac dall’art. 1, comma 2, lett. f), l. n. 190/2012²⁴⁶.

Inoltre, gli atti di regolazione dell’Anac, ancorché non vincolanti, assurgono a parametro di legittimità per l’esercizio dei poteri di vigilanza e per l’adozione degli atti conseguenti, per cui l’atto applicativo della linea guida adottato dall’Anac non può risultare difforme dal suo atto presupposto²⁴⁷. Sotto altro profilo, i destinatari delle linee guida in questione possono da esse discostarsi mediante atti che contengano un’adeguata e puntuale motivazione, idonea a dar conto delle ragioni

382 del 12 aprile 2017, ha sospeso l’efficacia della delibera n. 241/2017, «limitatamente alle indicazioni relative all’applicazione dell’art. 14 co. 1, lett. c) ed f) del d.lgs. n. 33/2013 per tutti i dirigenti pubblici, compresi quelli del SSN, in attesa della definizione nel merito del giudizio o in attesa di un intervento legislativo chiarificatore». Con ord., 19 settembre 2017, n. 9828, il Tar Lazio, sez. I-*quater*, ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di costituzionalità relativa all’art. 14, commi 1-*bis* e 1-*ter*, del d.lgs. n. 33/2013, nella parte in cui prevede che le pubbliche amministrazioni pubblichino i dati di cui all’art. 14, comma 1, lett. c) ed f), dello stesso decreto legislativo anche per i titolari di incarichi dirigenziali, per contrasto con gli artt. 117, comma 1, 3, 2 e 13 della Costituzione. Il giudice amministrativo ha, tra le altre cose, rilevato il mancato rispetto, a opera della legislazione nazionale, dei principi comunitari di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati personali. È stata, inoltre, prospettata la violazione del principio di eguaglianza (formale e sostanziale), sia per l’irragionevole parità di trattamento che la disposizione riserva ai titolari di incarichi politici e titolari di incarichi dirigenziali, sia per l’irragionevole parificazione di tutti gli incarichi dirigenziali.

²⁴⁵ Cons. Stato comm. spec., 20 aprile 2017, n. 1257, in ordine allo schema di Linee guida in tema di «Aggiornamento delle Linee guida per l’attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici». In termini, Tar Lazio, sez. I, 14 febbraio 2018, n. 1735.

²⁴⁶ Cfr. Tar Lazio, sez. I-*quater*, 19 settembre 2017, n. 9828.

²⁴⁷ Cons. Stato, comm. spec., 20 aprile 2017, n. 1257.

della diversa scelta amministrativa²⁴⁸. Sul piano processuale, occorre aggiungere che la portata non vincolante delle linee guida non onera il ricorrente dalla loro impugnazione in via presupposta²⁴⁹.

5.4 *Regolazione flessibile: cenni e rinvio*

Infine, con riferimento ai poteri dell'Anac, merita qui un cenno, che sarà più diffusamente sviluppato *infra*, al potere di regolazione flessibile affidato dalla legge all'Autorità in materia di contratti pubblici. Si intende, più precisamente, riferirsi a quanto stabilito dall'art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, secondo il quale «l'Anac, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche».

In dottrina sono state espresse opinioni critiche in ordine a tale previsione, soprattutto per l'assenza di adeguati criteri atti a garantire la “raffrontabilità” di siffatti atti regolatori, oltre all'insufficienza a tal fine della funzione “compensativa” della “legalità-procedurale”: «la promozione dell'efficienza, la qualità dell'attività della stazione appaltante, il favorire lo sviluppo delle migliori pratiche sono obiettivi oltremodo generici che del resto sono già ricavabili dal principio di buona amministrazione *ex art. 97 Cost.*, e non sono assistite da regole tecniche specifiche (...): non costituiscono dunque, nemmeno *per relationem*, parametri idonei a determinare la “raffrontabilità”»²⁵⁰.

Pertanto, secondo la dottrina, il potere regolatorio che l'Anac esercita ai sensi dell'art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, non può sostanziarsi in provvedimenti dal carattere normativo, ma si traduce necessariamente in atti di indirizzo e, dunque, non vincolanti nei confronti delle stazioni appaltanti, le quali possono, dunque, motivata-

²⁴⁸ Sempre secondo Cons. Stato, comm. Spec., 20 aprile 2017, n. 1257: «Al di fuori di questa ipotesi, la violazione delle linee guida può essere considerata, in sede giurisdizionale, come elemento sintomatico dell'eccesso di potere, sulla falsariga dell'elaborazione che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari».

²⁴⁹ Cfr. Tar Lazio, sez. I-*quater*, 19 settembre 2017, n. 9828 e la giurisprudenza ivi citata, ove si ravvisa la sussistenza di una mera facoltà di impugnazione delle circolari.

²⁵⁰ G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., 299-300.

mente discostarsene²⁵¹. In altri termini, l'attribuzione di effetti non vincolanti agli atti regolatori in esame sarebbe circostanza dirimente ai fini della compatibilità costituzionale di tale potere col principio di legalità²⁵².

6. Osservazioni di sintesi

Nel presente capitolo sono state esaminate, attraverso il filtro della “*law in action*”, alcune tra le più significative fattispecie in cui si sono manifestati con maggiore evidenza i più volte evocati cedimenti oggettivi del principio di legalità nel sottosistema delle Autorità indipendenti.

Riservando alle conclusioni della presente indagine la verifica della compatibilità di siffatti cedimenti oggettivi con le differenti matrici della legalità già individuate²⁵³, giova per ora evidenziare come, pur nella eterogeneità delle fattispecie scrutinate, la giurisprudenza abbia in via generale ammesso, salvo alcuni specifici casi²⁵⁴, numerose potestà di carattere normativo o para-normativo delle *authorities*; e ciò a prescindere dal tenore dei valori e degli interessi in gioco nei singoli mercati o settori in cui esse hanno esercitato le rispettive funzioni.

Parrebbero dunque essere confermate quelle suggestioni esposte all'inizio della presente ricerca sulla base alle quali si è tentato – pur in termini non strettamente giuridici – di fornire una qualche spiegazione all'adozione, da parte della giurisprudenza, di un'interpretazione di tipo flessibile del principio di legalità nel sottosistema delle Autorità indipendenti²⁵⁵.

Tali riflessioni saranno comunque riprese nelle conclusioni dopo aver esaminato l'altro cedimento preso in esame ai fini della presente ricerca – e alla cui analisi è dedicato il prossimo capitolo –, cioè quello riguardante, sotto un profilo più propriamente soggettivo, l'Autorità nazionale anticorruzione e il peculiare potere di regolazione che essa esercita nel “mercato” dei contratti pubblici.

²⁵¹ ID, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., 301.

²⁵² Sul punto, v. altresì M. P. CHITI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, 436 ss.

²⁵³ Cap. II, par. 10.

²⁵⁴ V. *supra* parr. 2.1, 2.2, 5.1.

²⁵⁵ Cap. I, par. 2.

CAPITOLO IV

LE LINEE GUIDA DELL'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE NELLA REGOLAZIONE FLESSIBILE DEL "MERCATO" DEI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. Il ruolo dell'Anac nel "mercato" dei contratti pubblici: sentinella, tutor, suggeritore non disinteressato, curatore, regolatore, arbitro. – 2. L'Anac come custode della "legalità" della fattispecie contrattuale nelle situazioni di emergenza. – 3. L'Anac come custode della "legalità" nella fase dell'esecuzione del contratto. – 4. L'Anac come regolatore flessibile dei contratti pubblici. – 5. Le linee guida al cospetto del diritto amministrativo e del suo giudice. – 6. Lo statuto "sostanziale" delle linee guida: una raffigurazione iconica delle migliori prassi. – 7. Lo statuto delle linee guida dell'Anac secondo la legge. – 8. Lo statuto delle linee guida dell'Anac secondo il Consiglio di Stato. – 8.1 Le linee guida "ministeriali". – 8.2 Le linee guida vincolanti. – 8.3 Le linee guida non vincolanti e i comunicati del Presidente dell'Anac. – 9. Un primo bilancio: una conferma delle peculiarità delle linee guida dell'Anac. – 10. Lo statuto delle linee guida dell'Anac secondo la dottrina. – 11. Un secondo bilancio: più assonanze che divergenze.

1. Il ruolo dell'Anac nel "mercato" dei contratti pubblici: sentinella, tutor, suggeritore non disinteressato, curatore, regolatore, arbitro

Il sistema normativo delineato dal nuovo codice dei contratti pubblici¹ assegna all'Autorità nazionale anticorruzione un ruolo di indubbio rilievo, che non è paragonabile, per funzioni ed estensione, al previgente assetto di poteri riconosciuto in capo all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici².

¹ D.lgs. n. 50/2016.

² Sull'Avcp, in generale, v., *ex multis*, L. GIAMPAOLINO, L. PONZONE, *L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, in M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, Milano, 2008, 697 ss.; L. GIAMPAOLINO, *Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XLI, Padova, 2010; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, II, Torino, 2012, 522 ss.; C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'autorità sui contratti pubblici*, cit., 79 ss.

La legge delega per l'attuazione delle direttive europee nn. 23, 24 e 25 del 2014, in particolare, ha indicato, tra i principi e i criteri direttivi cui avrebbe dovuto conformarsi il Governo nell'emanazione del decreto delegato, l'«attribuzione all'Anac di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'Anac innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa»³.

In attuazione di tale disposizione, il legislatore delegato ha configurato in capo all'Anac un robusto ed esteso apparato di funzioni eterogenee nel “mercato” dei contratti pubblici, a cui lo stesso legislatore non ha rinunciato a imprimervi espressamente – anche se non in via esclusiva – una eloquente carica finalistica compendiata nella prevenzione e nel contrasto a illegalità e corruzione⁴. A meri fini di carattere esplicativo si elencano di seguito le principali funzioni che l'Anac ha assunto nel “mercato” in esame.

L'Anac è divenuta il principale *watchdog* dei contratti pubblici (compresi quelli di interesse regionale, quelli secretati o che esigono

³ Art. 1, comma 1, lett. t), l. n. 11/2016. Con riferimento ai poteri dell'Anac, nella legge delega sono contenuti ulteriori principi e criteri direttivi, tra cui, a titolo esemplificativo, la previsione di un sistema amministrativo, «regolato sotto la direzione dell'Anac», di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici (art. 1, comma 1, lett. q), n. 5), l. n. 11/2016); l'introduzione di un apposito sistema «gestito dall'Anac» di qualificazione delle stazioni appaltanti (art. 1, comma 1, lett. bb), l. n. 11/2016); la creazione «presso l'Anac» di un albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici (art. 1, comma 1, lett. hh), l. n. 11/2016); la revisione del sistema di qualificazione degli operatori economici, con l'introduzione di misure di premialità «regolate da un'apposita disciplina generale fissata dall'Anac».

⁴ Lo statuto dei poteri dell'Anac è essenzialmente ravvisabile nel combinato disposto degli artt. 1, comma 1, lett. t), l. n. 11/2016 e 213, d.lgs. n. 50/2016 (d'ora in avanti anche «codice» o «codice dei contratti pubblici»). Per una panoramica generale sui poteri attribuiti all'Anac dalla vigente disciplina sui contratti pubblici, v. E. D'ALTERIO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Regolare, vigilare, punire, giudicare: L'Anac nella nuova disciplina sui contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, 436 ss.; G. PIZZANELLI, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo codice dei contratti pubblici: verso la compiutezza di un modello?*, cit., 119 ss.

particolari misure di sicurezza *ex art. 1, comma 2, lett. f-bis*), l. n. 190/2012, nonché i contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice), che non solo previene e reprime i fenomeni di corruzione, ma che assicura anche l'economicità dell'esecuzione dei contratti medesimi e la salvaguardia dei denari pubblici⁵.

Essa "sorveglia", in particolare, il sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti pubblici di lavori⁶, il rispetto da parte delle stazioni appaltanti del divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure diverse da quelle ordinarie e la corretta applicazione della disciplina derogatoria prevista per i casi di somma urgenza e di protezione civile⁷. Per affidamenti «di particolare interesse», attraverso la c.d. "vigilanza collaborativa", l'Autorità assurge a "tutor" della stazione appaltante previa stipula di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti richiedenti⁸.

L'esercizio della funzione di "sentinella" dei contratti pubblici è supportato dalla facoltà in capo all'Anac di disporre ispezioni, anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse, avvalendosi eventualmente della collaborazione di altri organi dello Stato (tra cui, in particolare, la Guardia di finanza)⁹. Qualora accerti l'esistenza di irregolarità, l'Autorità trasmette gli atti e i propri rilievi agli «organi di controllo» competenti¹⁰.

Con riferimento a singole fattispecie, la vigilanza dell'Anac può

⁵ Art. 213, comma 3, lett. a) e b), del codice. In argomento, M. L. CHIMENTI, *L'autorità nazionale anticorruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in I. A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, 51 ss.; R. CANTONE, C. BOVA, *L'Anac alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici; un ponte verso il nuovo codice degli appalti?*, cit., 166 ss.

⁶ Ai sensi dell'art. 84, commi 6 e 10, del codice, l'Anac effettua a tal fine ispezioni o richiede qualsiasi documento ritenuto necessario, anche su motivata e documentata istanza di una impresa, di una SOA o di una stazione appaltante. L'Autorità dispone la sospensione cautelare dell'efficacia dell'attestazione dei requisiti, su segnalazione di eventuali irregolarità riscontrate dalle stazioni appaltanti. Essa esercita anche poteri sanzionatori qualora siano violate le disposizioni delle linee guida di cui all'art. 83, comma 2, del codice, sul sistema di qualificazione degli operatori economici.

⁷ Art. 213, comma 3, lett. f), g), h), del codice.

⁸ V. par. 3.

⁹ Secondo E. D'ALTERIO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Regolare, vigilare, punire, giudicare: L'Anac nella nuova disciplina sui contratti pubblici*, cit., 436 ss, «le attività di vigilanza includono, dunque, monitoraggi, controlli tecnici di regolarità economico-contabile, controlli qualitativi, controlli cc.dd. collaborativi, controlli ispettivi».

¹⁰ Art. 213, commi 5 e 6, del codice.

tramutarsi, inoltre, in “suggerimenti non disinteressati” alle stazioni appaltanti, qualora si ritenga che queste ultime abbiano adottato un provvedimento viziato da «gravi violazioni» del codice¹¹. Se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato, l’Autorità è legittimata a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo ai sensi dell’art. 120, c.p.a. La medesima legittimazione ad agire in giudizio da parte dell’Anac è stata estesa *ex lege* per l’impugnazione di bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora essa ritenga che tali atti violino le norme in materia di contratti pubblici¹².

L’Anac è anche “curatore” della tenuta e della gestione di albi, elenchi e banche dati. Essa gestisce il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, le quali sono inserite in un apposito elenco istituito presso l’Autorità¹³; cura e aggiorna l’albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudi-

¹¹ Secondo Cons. Stato, comm. spec., 28 dicembre 2016, n. 2777, par. 3.2, che ha reso il parere sullo schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all’art. 211, comma 2, e 213 del codice, siffatto potere sarebbe, in particolare, ascrivibile al *genus* della vigilanza quale *species* di «vigilanza dinamica».

¹² Art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, del codice. Ad avviso di G. D. COMPORI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. e soc.*, 2, 2017, 200, «resta il fatto che il parere-diffida produce comunque l’effetto cogente di intervenire in via di autotutela per la rimozione del provvedimento di sospetta illegittimità, così risolvendosi in uno strumento sostanzialmente rafforzativo del sostrato coattivo e di subalternità che connota il rapporto con le stazioni appaltanti, con conseguente riproposizione dei problemi in ordine al (tasso di percezione del) rischio di decisioni autonome ed all’assunzione di condotte opportunistiche a copertura di eventuali responsabilità».

¹³ Art. 38, comma 1 e art. 213, comma 4, del codice. Il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, la cui “gestione” è stata affidata all’Anac, costituisce una novità di rilievo del nuovo codice dei contratti pubblici, in quanto si circoscrive sul piano soggettivo l’ambito entro cui ciascuna amministrazione può svolgere funzioni di stazione appaltante. Ai sensi dell’art. 38, comma 2, del codice, «(c)on decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottarsi, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro dell’economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per la semplificazione della pubblica amministrazione, (...) sentite l’ANAC e la Conferenza Unificata, sono definiti i requisiti tecnico organizzativi per l’iscrizione all’elenco di cui al comma 1, in applicazione dei criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, tra cui, per le centrali di committenza, il carattere di stabilità delle attività e il relativo ambito territoriale. Il decreto definisce, inoltre, le modalità attuative del sistema delle attestazioni di qualificazione e di eventuale aggiornamento e revoca, nonché la data a decorrere dalla quale entra in vigore il nuovo sistema di qualificazione».

catrici¹⁴, l'elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*¹⁵, nonché, nell'ambito dell'anagrafe unica delle stazioni appaltanti, l'elenco dei soggetti aggregatori¹⁶. Presso l'Anac è, altresì, istituito il sistema del *rating* di impresa e delle relative premialità, per il quale l'Autorità rilascia, su richiesta, apposita certificazione agli operatori economici¹⁷.

Al fine precipuo di facilitare lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi, nonché di favorire lo sviluppo delle migliori pratiche, l'Autorità è titolare in via esclusiva della banca dati nazionale dei contratti pubblici, ove confluiscono tutte le informazioni acquisite per competenza tramite i propri sistemi informatizzati e quelle contenute nelle banche dati esistenti anche a livello territoriale¹⁸.

L'Autorità è attributaria di rilevanti funzioni di regolazione settoriale individuate sia "per obiettivi"¹⁹, sia in forza dello specifico contenuto che la legge assegna, di volta in volta, al singolo atto di regolazione²⁰.

Il rispetto del divieto del c.d. *gold plating* e l'attenzione verso la

¹⁴ Cfr. art. 78 del codice.

¹⁵ Cfr. art. 192 del codice.

¹⁶ Art. 213, commi 15 e 16, del codice.

¹⁷ Art. 83, comma 10, del codice. Inoltre, ai sensi dell'art. 213, comma 7, del codice, l'Autorità collabora con l'Agcm per la rilevazione di comportamenti aziendali meritevoli di valutazione al fine dell'attribuzione del «rating di legalità» delle imprese, il quale concorre anche alla determinazione del rating di impresa succitato.

¹⁸ Art. 213, comma 8, del codice. Per la gestione della banca dati in questione, l'Autorità si avvale dell'Osservatorio dei contratti pubblici di cui all'art. 213, comma 9, del codice, composto da una sezione centrale e da sezioni regionali. Presso il predetto Osservatorio è istituito il casellario informatico dei contratti pubblici, contenente tutte le informazioni relative agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'art. 80 del codice.

¹⁹ Ci si riferisce, in particolare, all'art. 213, comma 2, del codice, secondo cui «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, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche». Gli obiettivi dell'economicità dei contratti pubblici e della trasparenza delle condizioni di acquisto sono, invece, alla base dell'emanazione di apposite linee guida tese all'elaborazione dei costi standard dei lavori e dei prezzi di riferimento di beni e servizi, alle condizioni di maggiore efficienza, tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico della p.a.: art. 213, comma 3, lett. h-*bis*, del codice.

²⁰ V. parr. 8 ss.

qualità della regolazione hanno indotto il legislatore a “procedimentalizzare”, già in sede di normazione primaria, l’esercizio di siffatto potere regolatorio.

Difatti, «per l’emanazione delle linee guida»²¹, l’Autorità si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell’impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale²². Le esigenze di semplificazione normativa e amministrativa sono alla base delle particolari modalità di pubblicazione degli strumenti di regolazione flessibile adottati dall’Anac (che devono essere «tali da rendere immediatamente accessibile alle stazioni appaltanti e agli operatori economici la disciplina applicabile a ciascun procedimento»), nonché della necessaria indicazione della data in cui essi acquistano efficacia²³.

In ogni caso, così come già specificato nella legge delega, resta ferma l’impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall’Autorità innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa.

L’Anac, inoltre, segnala al Governo e al Parlamento fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore; predispose e invia agli stessi organi la relazione annuale sull’attività svolta evidenziando le disfunzioni riscontrate; formula al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa di settore²⁴. Già si è detto, invece, circa le segnalazioni (e la trasmissione dei relativi atti) dell’Anac ai competenti organi di controllo (p.m. penale e contabile), qualora accerti l’esistenza di irregolarità nello svolgimento delle proprie funzioni²⁵.

L’Autorità esercita significativi poteri sanzionatori previsti, in via generale, dall’art. 213, comma 13, del codice: in particolare, essa può irrogare sanzioni amministrative pecuniarie (da un minimo di 250 a un

²¹ Non sono, tuttavia, richiamati, a tal fine, gli «altri strumenti di regolazione flessibile comunque denominati».

²² Inoltre, l’Anac trasmette alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione flessibile ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti.

²³ Art. 213, commi 17 e 17-*bis*, d.lgs. n. 50/2016.

²⁴ Art. 213, comma 3, lett. c), d), e), del codice.

²⁵ Art. 213, comma 6, del codice.

massimo di 25.000 euro) nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dall'Autorità e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento. Se i medesimi soggetti destinatari delle richieste di cui sopra forniscono, invece, informazioni non veritiere, l'entità potenziale della sanzione pecuniaria può lievitare (da un minimo di 500 a un massimo di 50.000 euro).

Specifici poteri sanzionatori sono, poi, attribuiti all'Anac da singole disposizioni del codice²⁶.

L'Autorità svolge anche funzioni para-giurisdizionali.

Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'Anac esprime parere, previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta²⁷. Il parere obbliga le parti che vi abbiano previamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso

²⁶ Così, ad esempio, l'art. 83, comma 10, del codice, demanda ad apposite linee guida dell'Anac l'istituzione di un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'Anac, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, «prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia». L'art. 84, comma 10, del codice, stabilisce, invece, che la violazione delle disposizioni contenute nelle linee guida sul sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici è punita con le sanzioni previste dall'articolo 213, comma 13, cui si può aggiungere, «nei casi più gravi», l'applicazione della sanzione accessoria della sospensione dell'attività di impresa per un periodo da un mese a due anni, ovvero della decadenza dell'autorizzazione. Ancora, ai sensi dell'art. 86, comma 5-bis, del codice, «qualora il responsabile unico del procedimento riporti nel certificato di esecuzione dei lavori categorie di qualificazione diverse da quelle previste nel bando di gara o nell'avviso o nella lettera di invito, si applicano le sanzioni previste dall'articolo 213, comma 13, nel caso di comunicazioni non veritiere». L'art. 106, comma 8, del codice, stabilisce che l'Anac irroga una sanzione pecuniaria alla stazione appaltante (di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo) in caso di omessa o tardiva comunicazione delle modifiche contrattuali di cui al comma 1, lettera b) e al comma 2, dell'art. 106 del codice. In caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione delle varianti in corso d'opera previsti, si applicano, invece, le sanzioni pecuniarie di cui all'articolo 213, comma 13.

²⁷ Considerazioni critiche sulla non perentorietà del termine per la definizione delle questioni controverse sottoposte all'Anac sono espresse da M. P. CHITI, *Le modifiche al codice dei contratti pubblici: un "correttivo scorretto"?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 4, 453 ss.

stabilito²⁸, dando luogo a un atto impugnabile dinanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa²⁹.

Inoltre, presso l'Autorità è istituita la Camera arbitrale per i contratti pubblici, la quale cura la formazione e la tenuta dell'albo degli arbitri per i contratti pubblici, redige il codice deontologico degli arbitri camerali e provvede agli adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale³⁰.

²⁸ Nel previgente codice dei contratti pubblici, i pareri dell'Avcp non erano dotati di forza vincolante: cfr. art. 6, comma 7, lett. n), d.lgs. n. 163/2006 (abrogato). Di provvedimento «a soggettività variabile» parla E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 8-9, 873 ss., atteso che potrebbero esservi soggetti che hanno acconsentito di attenersi al parere e soggetti che, invece, non hanno espresso tale volontà, per i quali il parere non ha efficacia vincolante.

²⁹ Cfr. art. 211, comma 1, del codice, ove si aggiunge che il giudice valuta il comportamento del ricorrente ai fini delle spese processuali, in caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante. V. altresì, il Regolamento Anac del 5 ottobre 2016 per il rilascio dei pareri di precontenzioso, pubblicato sulla Gazz. Uff. n. 245 del 19 ottobre 2016. Secondo Cons. Stato, comm. spec., 30 agosto 2016, n. 1920, «l'inquadramento più convincente (del parere precontenzioso) è nelle ADR, sia pure con indiscutibili tratti di specialità, poiché la procedura riposa sulla volontà delle parti, in base a un sistema binario, a seconda che vi sia o meno l'assenso all'efficacia vincolante del parere, e sfocia in un atto amministrativo che, quando ha efficacia vincolante, può essere impugnato in sede giurisdizionale». «I fini perseguiti – aggiunge il Consiglio di Stato – sono quelli di ottenere la deflazione del contenzioso e di favorire la cultura dell'alternativa all'accesso alla giustizia statale». In argomento, v. M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, in *federalismi.it*, 10, 2016, 39 ss.; L. PRESUTTI, *Il precontenzioso e il rito accelerato nelle procedure per l'affidamento di contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2017, 3, 301; F. APERIO BELLA, *Il nuovo parere precontenzioso vincolante Anac: la tutela giustiziale nei confronti della pubblica amministrazione tra procedimento e processo*, in *Rivista AIC*, 4, 2016, la quale sottolinea come la funzione giustiziale del parere precontenzioso dell'Anac si configurerebbe, in modo particolare, quando l'istanza è congiunta e il parere (vincolante) ha a oggetto la legittimità di un atto suscettibile di impugnazione innanzi al giudice amministrativo. Quanto ai profili inerenti al sindacato sui pareri del precontenzioso dell'Anac, cfr. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del cd. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, cit., 427 ss.

³⁰ Cfr. art. 210 del codice. Sebbene tale organo non sia ordinariamente chiamato a dirimere controversie, ad esso è stata di recente attribuita la competenza a decidere sui ricorsi per l'accesso al Fondo di solidarietà per l'erogazione di prestazioni in favore degli investitori che detenevano strumenti finanziari subordinati emessi da alcune banche popolari in liquidazione: cfr. art. 1, commi 855-861, l. n. 208/2005; d.P.C.M. 28 aprile 2017, n. 82; d.m. 9 maggio 2017, n. 83. In argomento, v. N. SOLDATO, *La*