

15 febbraio 2017 (Chiara Lazzaro e Giorgio Valandro)

LE LINEE GUIDA ATTUATIVE DEL NUOVO CODICE APPALTI

SOMMARIO

1. Le disposizioni attuative del nuovo codice: la “regolazione flessibile” dell’ANAC	1
2. Efficacia vincolante delle linee guida ANAC	2
3. L’obbligo di motivazione e “discrezionalità” interpretativa.....	2
3.1. Linee guida c.d. vincolanti e margini di discrezionalità.....	2
3.2. Linee guida c.d. non vincolanti e obbligo di motivazione.....	3

ABSTRACT: 1. REGOLAZIONE FLESSIBILE - Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016) attribuisce all’ANAC una competenza regolamentare di carattere generale (art. 213²), anche attraverso l’adozione di provvedimenti attuativi previsti da specifiche disposizioni normative del Codice; 2. VINCOLATIVITA’ E OBBLIGO DI MOTIVAZIONE - Le linee guida dell’ANAC possono essere distinte in: a) linee guida “vincolanti”, in quanto integrano il contenuto del Codice ai fini della sua attuazione e b) linee guida “non vincolanti”, in quanto si limitano a fornire indicazioni operative o una mera interpretazione della lettera del Codice. Anche le linee guida non vincolanti richiedono una puntuale motivazione per la loro inosservanza; 3. “DISCREZIONALITA” INTERPRETATIVA - La natura vincolante o meno non può essere predeterminata in astratto, ma deve essere dedotta in via interpretativa dal tenore letterale dei singoli articoli del Codice e, più in concreto, dal contenuto delle singole linee guida.

1. Le disposizioni attuative del nuovo codice: la “regolazione flessibile” dell’ANAC

L’art. 213 del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016), nel disciplinare il ruolo e le funzioni dell’ANAC (Autorità nazionale anticorruzione), le attribuisce una competenza regolamentare di carattere generale, al fine di garantire l’efficienza, la qualità e “la omogeneità dei procedimenti amministrativi” (art. 213, comma 2)¹. Il nuovo Codice, inoltre, rimette all’ANAC l’adozione di provvedimenti attuativi di specifiche disposizioni normative, per lo più in forma di linee guida. Si tratta di atti di “regolazione flessibile” che l’ANAC deve necessariamente adottare per l’operatività del nuovo Codice, in considerazione del carattere tecnico di molte fattispecie.

In particolare, il Codice attribuisce all’ANAC poteri di regolazione nelle seguenti fattispecie:

- a) Disciplina del responsabile unico del procedimento - RUP (art. 31, comma 5);
- b) Procedure per affidamento contratti sotto soglia e indagini di mercato (art. 36, comma 7);
- c) Mezzi di prova per la dimostrazione delle circostanze di esclusione (art. 80, comma 13);
- d) Sistema di qualificazione, casi e modalità di avvalimento, requisiti e capacità del concorrente (art. 83, comma 2);
- e) Livelli standard di qualità dei controlli da parte delle SOA (art. 84, comma 2);
- f) Limite dell’ottanta per cento per gli affidamenti dei concessionari (art. 177, comma 3);
- g) Controllo sull’attività dell’operatore economico (art. 181, comma 4);
- h) Requisiti per la partecipazione alle procedure di aggiudicazione (art. 197, comma 4).

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, quindi, ha abbandonato il modello del regolamento unico di attuazione, fonte del diritto in senso proprio (cfr. DPR 207/2010, attuativo del vecchio Codice,

¹ Più precisamente, l’art. 213 al comma 2 prevede che “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” (art. 213, comma 2).

d.lgs. 163/2006²), e prevede invece l'adozione da parte dell'ANAC di una serie di atti di "regolazione flessibile".

Tuttavia, il nuovo Codice non precisa la natura giuridica e il grado di vincolatività di queste linee guida e degli "altri strumenti di regolazione flessibile" adottati dall'ANAC, non soltanto nella previsione generale di cui all'art. 213, comma 2, ma nemmeno nelle singole fattispecie normative sopraelencate.

2. Efficacia vincolante delle linee guida ANAC

A prescindere dalla natura giuridica che si intende riconoscere ai provvedimenti attuativi dell'ANAC, sul piano pratico si possono distinguere linee guida dirette a dare integrazione e attuazione al Codice (necessarie quindi per rendere operativo il Codice), dalle linee guida che si limitano a fornire degli indirizzi, indicando alle stazioni appaltanti gli obiettivi da perseguire.

Per quanto riguarda la natura giuridica delle linee guida ANAC, il Consiglio di Stato (con parere del 2 agosto 2016³) ha proposto una distinzione tra "linee guida vincolanti", le quali devono essere sempre osservate, e "linee guida non vincolanti", le quali, pur non essendo propriamente vincolanti, richiedono comunque una puntuale motivazione per la loro inosservanza.

Secondo questo schema, sarebbero propriamente vincolanti le linee guida destinate a integrare il contenuto del Codice ai fini della sua attuazione, mentre non sarebbero propriamente vincolanti quelle che si limitano a una esegesi interpretativa della lettera del Codice o a fornire indicazioni operative per orientare le stazioni appaltanti verso le migliori prassi.

3. L'obbligo di motivazione e "discrezionalità" interpretativa

In ogni caso, per discostarsi dalle linee guida, anche se formalmente non vincolanti, le stazioni appaltanti sono tenute a motivare questa scelta, nel senso che la facoltà di disapplicarle sussiste solo in presenza di una specifica fattispecie concreta che giustifichi la disapplicazione di quella specifica regola.

Dall'altra parte, si deve osservare che rimane sempre un margine di discrezionalità nell'attività interpretativa diretta a individuare la natura integrativa delle linee guida vincolanti.

La natura "vincolante" o "non vincolante" non dipende, infatti, dalla forma dei provvedimenti e non può essere predeterminata in astratto, ma deve essere dedotta in via interpretativa dal tenore letterale dei singoli articoli del Codice e, più in concreto, dal contenuto delle singole linee guida adottate di volta in volta dall'ANAC.

Per esempio, anche se le Linee guida sulla disciplina del responsabile unico del procedimento - RUP devono considerarsi vincolanti (vedi *infra*), si può notare come la prima parte di queste linee guida - intitolata "Indicazioni di carattere generale in materia di RUP" - si limita a svolgere una funzione di orientamento per le stazioni appaltanti (ex art. 213, comma 2), attraverso indicazioni meramente interpretative delle disposizioni contenute nell'art. 31, senza dettare nuove regole di integrazione o attuazione del testo normativo. In questa parte, quindi, queste Linee guida devono essere considerate non vincolanti.

3.1. Linee guida c.d. vincolanti e margini di discrezionalità

Le linee guida possono essere definite "vincolanti" quando il Codice attribuisce all'ANAC un compito di sviluppo e integrazione del precetto primario (norma del Codice), aggiungendo elementi puntuali e di dettaglio, non compatibili con la caratterizzazione, generale e astratta, propria degli atti legislativi.

² Il precedente regolamento attuativo (DPR 207/2010) continua, tuttavia, a trovare applicazione fino all'entrata in vigore delle nuove modalità esecutive (come previsto dall'art. 216, d.lgs.50/2016).

³ Consiglio di Stato parere n. 01273 del 2 agosto 2016.

Le linee guida vincolanti possono essere considerate atti amministrativi generali, appartenenti al *genus* degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti (così il Consiglio di Stato, cit.).

Questa particolare natura delle linee guida comporta che, in assenza di un intervento caducatorio (da parte dell'ANAC, in via di autotutela, o in sede giurisdizionale), le stesse devono essere osservate, a pena di illegittimità degli atti conseguenti assunti dalle stazioni appaltanti.

La natura vincolante delle linee guida sembra quindi non lasciare margini valutativi alle amministrazioni e agli enti aggiudicatori, che sono obbligati a darvi concreta attuazione. Tuttavia, lo stesso Consiglio di Stato ha precisato che la "vincolatività" dei provvedimenti in esame non esaurisce sempre e completamente la "discrezionalità" esecutiva delle amministrazioni. E' necessario, infatti, valutare di volta in volta la natura del precetto per stabilire se esso sia compatibile con un ulteriore svolgimento da parte delle singole stazioni appaltanti di proprie attività valutative e decisionali.

Sulla base di questi principi si possono individuare le seguenti linee guida vincolanti:

- 1) **Linee guida sulla nomina, sul ruolo e sui compiti del responsabile unico del procedimento (RUP) per l'affidamento di appalti e concessioni** (ex art. 31, comma 5 del Codice)⁴. Anche se la norma non specifica la natura dell'atto, si tratta di un provvedimento (nello specifico linee guida) vincolante, in quanto detta disposizioni integrative della fonte primaria (l'ANAC "definisce una disciplina di maggiore dettaglio" rispetto a quanto disposto dal Codice), in materia di requisiti di professionalità e di competenze di un organo amministrativo. Tuttavia, è doveroso sottolineare che la prima parte delle Linee guida adottate in concreto dall'ANAC (intitolata "Indicazioni di carattere generale in materia di RUP") si limita a svolgere una funzione di orientamento per le stazioni appaltanti (ex art. 213, comma 2), attraverso indicazioni meramente interpretative delle disposizioni contenute nell'art. 31, senza dettare nuove regole di integrazione o attuazione del testo normativo. In questa parte, quindi, queste Linee guida devono essere considerate non vincolanti (vedi *infra*).
- 2) **Definizione dei criteri e delle modalità per l'iscrizione all'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici** (ex art. 78). L'art. 78 non utilizza il termine linee guida, bensì rinvia alle "determinazioni" dell'ANAC per definire i criteri e le modalità per l'iscrizione all'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici. In realtà, come precisato anche dall'ANAC, anche queste determinazioni sono "linee guida" vincolanti, in quanto volte ad integrare le disposizioni normative del Codice.

3.2. Linee guida c.d. non vincolanti e obbligo di motivazione

Sempre secondo la linea interpretativa proposta dal Consiglio di Stato, anche le linee guida non vincolanti, oltre a non avere valenza normativa, sono considerati atti amministrativi generali, al pari delle linee guida vincolanti.

Le linee guida non vincolanti, però, hanno uno scopo diverso, che è quello di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti e non di integrare il contenuto della norma primaria.

In ogni caso, analogamente a quanto ritenuto per le circolari, nonostante la portata non strettamente vincolante di queste linee guida, le stazioni appaltanti che intendono discostarsi da

⁴ Art. 31, comma, 5, d.lgs. 50/2016: "L'ANAC con proprio atto, da adottare entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente codice, definisce una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal presente codice, in relazione alla complessità dei lavori. Determina, altresì, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto. Fino all'adozione di detto atto si applica l'articolo 216, comma 8".

quanto previsto dall'ANAC devono adottare un atto che contenga una motivazione adeguata e puntuale, che indichi, anche a fini di trasparenza, le ragioni della diversa scelta amministrativa.

L'amministrazione quindi può decidere di disattendere le linee guida, soltanto se la peculiarità della fattispecie concreta giustifichi una deviazione dall'indirizzo fornito dall'ANAC. Se non ricorre una di queste ipotesi, l'inosservanza delle linee guida può essere considerata come elemento sintomatico dell'eccesso di potere.

Sulla base di questi principi si possono individuare le seguenti linee guida non vincolanti:

- 1) **Linee guida sull'offerta economicamente più vantaggiosa** (emanate ai sensi dell'art. 213, comma 2). Sono linee guida che hanno natura prevalentemente tecnico-matematica, finalizzate a fornire indicazioni operative per il calcolo dell'OEPV al fine di facilitare le stazioni appaltanti e gli operatori economici. Non hanno però una funzione integrativa di quanto disposto dal Codice, ma solamente una funzione di supporto tecnico per le stazioni appaltanti;
- 2) **Linee guida sulle "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici"** (ex art. 36, comma 7). Come sottolineato dal Consiglio di Stato, si tratta di linee guida non vincolanti, in quanto forniscono solo indirizzi e istruzioni operative per "supportare le stazioni appaltanti" nelle attività relative ai contratti di importo inferiore alla soglia di rilevanza europea, al fine di migliorare la qualità delle procedure, delle indagini di mercato e della formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici.
- 3) **Linee guida relative ai mezzi di prova per le circostanze di esclusione del concorrente dalla gara** (emanate ai sensi dell'art. 80, comma 13). Si deve ritenere che queste linee guida non abbiano portata vincolante, in quanto non sono uno strumento necessario per l'operatività della norma primaria. Al contrario, con queste linee guida l'ANAC (come precisano le stesse linee guida) fornisce soltanto "indicazioni operative e chiarimenti", con l'obiettivo di promuovere le buone prassi da parte delle stazioni appaltanti e garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti.