

## ***La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali*** (\*)

(\*) Il presente contributo è destinato ad essere pubblicato nella *Collana AIDEN* del dritto dell'energia. Il testo – *rivisto e aggiornato* - della Relazione “*Il ruolo dell'ANAC nei settori speciali e il sistema della regolazione flessibile*”, svolta al Convegno *Il Codice dei contratti pubblici e gli appalti nei settori speciali dell'energia*, organizzato da AIDEN, ASSOCIAZIONE ITALIANA DI DIRITTO DELL'ENERGIA, Milano 22 maggio 2017.

**Sommario.** - 1. Il sistema delle fonti nel *mercato* dei contratti pubblici e la regolazione flessibile. L'estensione dei poteri dell'ANAC ai settori speciali. - 2. L'autonomia normativa e organizzativa delle stazioni appaltanti operanti nei settori speciali. La compatibilità con il potere di regolazione dell'ANAC. - 3. La puntuale indicazione delle disposizioni applicabili ai settori speciali e il ruolo della regolazione flessibile. - 4. L'esercizio concreto dei poteri di regolazione flessibile. La scarsa incidenza quantitativa e qualitativa delle linee guida nei settori speciali. - 5. L'esperienza concreta dei bandi tipo. L'inapplicabilità diretta ai settori speciali e l'esortazione non vincolante dell'ANAC alla loro osservanza spontanea. - 6. L'oggettiva assenza di rilievo della *regolazione flessibile* nei settori speciali e le sue possibili ragioni. Le criticità degli strumenti innovativi previsti dal codice. - 7. La flessibilità nelle direttive del 2014: la duttilità degli istituti, la discrezionalità delle singole stazioni appaltanti e la chiarezza delle norme primarie. - 8. I principi della regolazione flessibile affermati dalla legge n. 16/2016. - 9. Dalla *regolamentazione* alla *regolazione* flessibile: le previsioni del codice n. 50/2016. - 10. Le regole generali riguardanti il procedimento di *formazione* della *regolazione flessibile*. La pubblicazione. - 11. L'ipotesi tipica dei *bandi-tipo*: la *vincolatività condizionata* delle prescrizioni stabilite dall'ANAC. - 12. Le *linee guida* nel sistema della regolazione flessibile: La riscontrata assenza di un modello unitario. Le principali ipotesi di classificazione e di qualificazione giuridica. - 13. Le LG approvate con decreto ministeriale. La loro natura regolamentare e le criticità aperte. La nozione sostanziale di “linee guida”. - 14. La tecnica linguistica di espressione delle linee guida: la Flessibilità e il carattere “aperto” della prescrizione. La struttura “discorsiva” della statuizione: la sua persuasività e la maggiore chiarezza analitica. - 15. La natura regolamentare delle linee guida vincolanti. L'efficacia delle linee guida non vincolanti. - 16. La natura giuridica delle linee guida in materia di affidamenti sottosoglia. - 17. Il ruolo effettivo della nozione di regolazione flessibile nel sistema delle fonti. - 18. La flessibilità delle regolazione in senso “*diacronico*” e l'adattabilità sincronica alle mutevoli circostanze. - 19. La flessibilità dei poteri dell'ANAC e il rispetto dell'autonomia normativa delle regioni, delle amministrazioni e delle stazioni appaltanti. I limiti costituzionali dell'art. 117. Il rapporto dell'ANAC con il Governo. - 20. Flessibilità e intensità del sindacato giurisdizionale. Il problema specifico delle linee guida non vincolanti. - 21. Un possibile ripensamento della espansione della *regolamentazione* flessibile: il ritorno alla tecnica normativa tradizionale?

## 1. IL SISTEMA DELLE FONTI NEL MERCATO DEI CONTRATTI PUBBLICI E LA REGOLAZIONE FLESSIBILE. L'ESTENSIONE DEI POTERI DELL'ANAC AI SETTORI SPECIALI.

Il quadro delle fonti di disciplina dei contratti pubblici, delineato dal nuovo codice, è caratterizzato da un dato significativo: l'inedito potere dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)<sup>1</sup> di adottare *linee guida* e di emanare, in una dimensione più ampia, altri atti di *regolazione flessibile*, tipici (bandi tipo, contratti tipo e capitolati tipo), o innominati.

---

<sup>1</sup> La letteratura sul ruolo dell'ANAC e sui poteri di regolazione ad essa attribuiti, prima e dopo l'entrata in vigore del codice, è già vastissima:

M. BALLORIANI, *Il nuovo ruolo dell'ANAC*, Italia Oggi, 2016; R. CANTONE – F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015; M.P. CHITI, *Il nuovo Codice dei contratti*, M.P. CHITI - G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Roma, 2017; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, 2007; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, Atti del Convegno *L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma "Madia"*, Lecce, 28-29 ottobre 2016, in [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it); C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo "Codice". Opportunità e profili di criticità*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n.4/2016, 499 ss.; R. DE NICTOLIS, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); R. DE NICTOLIS, *Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del codice*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); R. DE NICTOLIS, *Il codice dei contratti pubblici, la semplificazione che verrà*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); R. DE NICTOLIS, *Dalla legge delega al nuovo "Codice": opportunità e profili di criticità*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo*, in *Federalismi*, 2/2017, 2 ss.; G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti*, Milano, 2005; R. GRECO, *IL ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); V. ITALIA, *Le linee guida e le leggi*, Milano, 2016; M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, Convegno AIPDA Padova 9-10 ottobre 2015, in *Dir. amm.*, 684 ss.; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti delle autorità amministrative indipendenti e principi di legalità e buon andamento*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, intervento al 62° convegno di studi amministrativi di Varenna, 22-24 settembre 2016; I. NICOTRA (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016V. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2016, 9 ss.

Questa impostazione del sistema normativo non subisce alterazioni nell'ambito dei settori speciali<sup>2</sup>. Secondo il codice, la disciplina derogatoria posta in recepimento della direttiva n. 25/2014/UE, infatti, non prevede espressamente, per questi settori, né una diversa collocazione istituzionale dell'ANAC, né l'attribuzione di poteri differenti, per ampiezza, qualità, o efficacia<sup>3</sup>, né fonti di disciplina di altro genere.

Secondo l'art. 213, comma 1, con disposizione di carattere generalissimo e programmatico, si afferma che *“La vigilanza e il controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi, sono attribuiti, nei limiti di quanto stabilito dal presente codice, all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di cui all'articolo 19 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, che agisce anche al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione.”*

Una ulteriore conferma in tal senso, ancora più puntuale, è costituita dall'art. 213, comma 3, del codice, il quale stabilisce che i poteri di *vigilanza* dell'Autorità si riferiscono, senza eccezioni, modifiche o adattamenti, anche ai contratti nei *settori speciali* e comprendono tutti i *contratti esclusi*<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> “hh) «settori speciali» i settori dei contratti pubblici relativi a gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica, come disciplinati dalla parte II del presente codice;”.

<sup>4</sup> “3. *Nell'ambito dei poteri ad essa attribuiti, l'Autorità:*

*a) vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali e sui contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza ai sensi dell'[articolo 1](#), comma 2, lettera f-bis), della [legge 6 novembre 2012, n. 190](#), nonché sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice;”*

Anche la nuova lettera h-bis), riferendosi genericamente ai “*contratti pubblici*”,) prevede un potere di regolazione di amplissima estensione: ma la formula è piuttosto imprecisa e non si comprende se essa riguardi tutti i contratti nei settori speciali (che a rigore non sono sempre *pubblici*, e se possa estendersi anche ad ambiti merceologici diversi dai lavori, servizi e forniture. *“h-bis) al fine di favorire l'economicità dei contratti pubblici e la trasparenza delle condizioni di acquisto, provvede con apposite linee guida, fatte salve le normative di settore, all'elaborazione dei costi standard dei lavori e dei prezzi di riferimento di beni e servizi, avvalendosi a tal fine, sulla base di apposite convenzioni, del supporto dell'ISTAT e degli altri enti del Sistema statistico nazionale, alle condizioni di maggiore efficienza, tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico della pubblica amministrazione, avvalendosi eventualmente anche delle informazioni contenute nelle banche dati esistenti presso altre Amministrazioni pubbliche e altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici.”*

Da questa indicazione deriva la diffusa convinzione secondo cui i complessi temi riguardanti la natura e gli effetti delle *linee guida* e della *regolazione flessibile* debbano essere esaminati unitariamente, senza particolari approfondimenti relativi ai settori speciali.

L'esattezza di questo assunto, però, andrebbe verificata con maggiore attenzione, sia sul versante dell'astratto disegno normativo delle fonti, sia nell'esperienza pratica, per accertare se, effettivamente, l'esercizio concreto della regolazione flessibile nei settori speciali abbia mostrato particolarità degne di nota, rispetto al quadro dei settori ordinari.

Sul piano del diritto positivo, la formula del citato art. 213, co. 3, nonostante la sua esteriore perentorietà, genera alcuni dubbi, in ordine alla precisa estensione, oggettiva e soggettiva, dei poteri di intervento e di regolazione spettanti all'ANAC.

a) Intanto, a stretto rigore, la norma considerata (art. 213, comma 3) si riferisce, espressamente, al solo potere di *vigilanza* appartenente all'Autorità e non anche a quello propriamente *regolatorio*, che l'art. 213 considera, separatamente, al precedente comma 2.

Questa previsione, a sua volta, omette ogni testuale riferimento ai settori speciali e ai contratti esclusi e non definisce, né positivamente, né negativamente, i confini della funzione regolatoria.

Il criterio esegetico dell'*argumentum a contrario* potrebbe suggerire, allora, che il perimetro del potere di regolazione dell'ANAC, descritto dal comma 2, sia più ristretto di quello della funzione di vigilanza, prevista dal comma 3. Si tratterebbe, del resto, di una soluzione plausibile sul piano logico e degli interessi in gioco. Le due funzioni sono effettivamente ben distinte e potrebbe comprendersi perché la funzione regolatoria, per il suo maggior peso, sia circoscritta in una cornice più stretta rispetto a quella di vigilanza.

Le peculiarità dei settori speciali e, a maggior ragione, le particolarità dei contratti esclusi potrebbero spiegare la scelta legislativa di sottrarre questi ambiti dalla funzione regolatoria dell'ANAC.

Né, in senso contrario, avrebbe portata determinante la previsione generalissima del comma 1, riferito ai poteri di regolazione e vigilanza su tutti i contratti pubblici. Tale disposizione, posta all'esordio dell'art. 213, avrebbe lo scopo di indicare genericamente la posizione dell'ANAC e le sue prerogative, mentre l'effettiva articolazione dei loro distinti ambiti sarebbe compiuta dai commi successivi.

b) La norma di cui all'art. 213, comma 3, poi, non stabilisce se questa oggettiva latitudine dei poteri di vigilanza dell'ANAC, concernente, genericamente, tutti i *contratti*

*esclusi*, comprenda, al proprio interno, anche i “*contratti esenti*”, o “*estranei*”, dei settori speciali. Si tratta della categoria dei contratti ritenuti non funzionali alle attività dei settori speciali, affidati da soggetti non aventi natura di amministrazioni aggiudicatrici, i quali sono pacificamente sottratti alle direttive UE e alle disposizioni del codice<sup>5</sup>.

Pertanto, i contratti esenti non dovrebbero rientrare nella nozione dei *contratti pubblici*. E non potrebbero intendersi compresi nemmeno nella nozione di *contratti dei settori speciali*, attesa la loro estraneità a tali attività. Una maggiore precisione testuale della norma avrebbe permesso di prevenire ogni dubbio interpretativo.

Non sembra risolvere la questione la previsione dell’art. 4, comma 1, secondo cui “*L’affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall’ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell’ambiente ed efficienza energetica.*”

Infatti, la disposizione non fa riferimento alla nozione dei contratti *estranei*, coniata dalla giurisprudenza proprio per segnare la distinzione dai contratti esenti, in seno alla più ampia categoria dei contratti esclusi.

c) Si potrebbe sostenere, peraltro, che i contratti “*estranei*”, ferma restando l’affermata inapplicabilità delle norme del codice, resterebbero soggetti ai poteri di vigilanza (se non a quelli di regolazione) dell’ANAC, ma nei soli limiti strettamente connessi alla *finalità di prevenzione della corruzione*: tale obiettivo, infatti, ha una

---

<sup>5</sup> Secondo l’impostazione seguita da Adunanza Plenaria 1 agosto 2011, n. 16, nell’ambito dei contratti “esclusi” dalla applicazione della disciplina ad evidenza pubblica, si opera, quindi, una precisa distinzione fra:

- appalti “esenti”, aventi ad oggetto attività che “rientrano nei settori di intervento delle direttive, ma che ne vengono esclusi per ragioni latu sensu di politica comunitaria”, con riferimento ai quali l’ente aggiudicatore è tenuto al rispetto dei principi del Trattato CE in materia di concorrenza (economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità);

- appalti “estranei” (categoria elaborata proprio dalla pronuncia della Plenaria) aventi ad oggetto attività “del tutto al di fuori dei settori di intervento delle direttive o dello stesso ordinamento comunitario” (da eseguirsi al di fuori del territorio dell’Unione ovvero aggiudicati da enti aggiudicatori dei settori speciali per fini diversi dall’esercizio delle attività nei settori speciali ex art 217 D.L.vo 163/2006), che, qualora, affidati da imprese pubbliche non soggiacciono alla disciplina dei settori ordinari ma al solo rispetto dei principi civilistici.

dimensione oggettiva e soggettiva molto più larga di quella della disciplina dei contratti pubblici disciplinati dal codice, o, comunque, da disposizioni di “evidenza pubblica”.

Non sarebbero consentiti, invece, interventi – regolatori o di vigilanza - genericamente riferiti alla *efficienza* del mercato dei contratti di lavori servizi o forniture.

Anche questa soluzione interpretativa non convince. L’art. 213 si riferisce pur sempre alle funzioni dell’ANAC nel campo dei contratti pubblici, in piena coerenza con l’attuazione del codice. Sono ipotizzabili dei poteri dell’ANAC incidenti in modo più esteso e profondo nei contratti estranei dei settori speciali, ma il loro fondamento andrebbe ricercato nelle altre norme che disciplinano l’attività anticorruzione e non nel codice.

d) In ogni caso, l’art. 213 non è richiamato espressamente tra le disposizioni applicabili ai settori speciali. Vero è che, trattandosi di norma strutturale sulla *governance* dei contratti pubblici e non di disposizione tipica dei *settori ordinari*, potrebbe risultare inappropriato un riferimento all’ambito oggettivo di applicazione. Ma il dato formale, incentrato sulla puntuale individuazione delle norme del codice applicabili ai settori speciali, non può essere trascurato.

Si deve comunque replicare a queste obiezioni che l’art. 213, comma 2, collega la regolazione flessibile all’attività di tutte le “*stazioni appaltanti*”: “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 (...)”

Questa indicazione potrebbe avere carattere risolutivo: anche nei settori speciali, il potere di regolazione riguarda i soli contratti in cui il committente possa qualificarsi come *stazione appaltante*, in senso tecnico. Ne deriva, quindi, un preciso limite oggettivo della sola funzione regolatoria dell’ANAC, prevista dall’art. 213, comma 2, non estensibile ai contratti *estranei*.

Più larga è invece la dimensione del potere di vigilanza concreta.

Quest’ultimo dato, merita qualche ulteriore riflessione, perché pone in luce la problematica relazione tra il potere di vigilanza “atomistico” e quello regolatorio, che possono essere logicamente dissociati.

## 2. L'AUTONOMIA NORMATIVA E ORGANIZZATIVA DELLE STAZIONI APPALTANTI OPERANTI NEI SETTORI SPECIALI. LA COMPATIBILITÀ CON IL POTERE DI REGOLAZIONE DELL'ANAC.

Vi è poi una problema di ordine sistematico, che dovrebbe condizionare profondamente l'effettivo spazio, nei settori speciali, dell'idea della regolazione flessibile disposta dall'ANAC.

Occorre evidenziare, infatti, che, in questo campo, è affermato, da tempo, un principio di accentuata autonomia organizzativa delle singole stazioni appaltanti, riferito a profili essenziali delle procedure di affidamento, comprensivi dei sistemi di qualificazione degli operatori economici e delle modalità di affidamento dei contratti sotto soglia.

Quindi, nei settori speciali, il concetto generale di *flessibilità* disciplinare è inteso anche in senso *soggettivo*, poiché i poteri decisionali non sono assegnati ad una Autorità centrale di regolazione, ma sono riconosciuti, direttamente, in capo a ciascun ente.

Si prospetta, allora, la questione della sovrapposizione e del possibile conflitto tra fonti diverse, tutte ispirate, in qualche modo, dal concetto di *flessibilità*.

Per i soli *settori speciali* sono previste, in particolare, ulteriori disposizioni riguardanti le “*fonti di disciplina secondaria, o terziaria*”, di non immediata qualificazione giuridica e non coordinate espressamente con l'attività regolatoria dell'ANAC: si pensi alla previsione degli autonomi sistemi di qualificazione posti in essere dalle singole stazioni appaltanti (art. 128) e, soprattutto, all'ipotesi fondamentale di cui all'art. 36, comma 8, secondo cui “*Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal trattato UE a tutela della concorrenza.*”

La norma risulta in sostanziale continuità con il regime previgente e, comunque, attua il principio di cui all'art. 1, comma 1, lettera ii) della delega: “*garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione sotto la soglia di rilevanza comunitaria, assicurando, anche nelle forme semplificate di aggiudicazione, la valutazione comparativa tra più offerte, prevedendo che debbano essere invitati a presentare offerta almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nonché un'adeguata rotazione, ferma restando la facoltà per le imprese pubbliche*

*dei settori speciali di cui alla direttiva 2014/25/UE di applicare la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, adottati in conformità ai principi dettati dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a tutela della concorrenza;”.*

Va notato il significativo passaggio dalla formulazione della norma di delega alla dizione prevista dalla sua disposizione attuativa nel codice. La delega prevede, letteralmente, la salvezza della *facoltà*, per le imprese pubbliche, di adottare appositi regolamenti. L'art. 36 non ripete il riferimento alla mera *facoltà*, ma contempla i regolamenti delle imprese pubbliche come unica fonte di disciplina degli appalti sotto soglia. Da qui si potrebbe trarre il corollario che l'adozione dei regolamenti sia doverosa e che la disciplina codicistica sia totalmente inapplicabile.

Questa soluzione, seppure teoricamente conforme alla lettera della disposizione, risulta però scarsamente convincente e ne resterebbe oscura la finalità. Non si comprende, infatti, per quale motivo le imprese pubbliche non possano scegliere, nella loro autonomia, di autovincolarsi alle disposizioni previste per i settori ordinari. A tal fine, non sembra necessaria l'adozione di uno specifico atto regolamentare. La semplice inerzia dovrebbe giustificare l'operatività, *residuale*, della disciplina legislativa di cui all'art. 36.

Probabilmente, la formulazione prescelta dal codice si differenzia da quella della delega perché vorrebbe sancire una più spiccata preferenza per i regolamenti autonomi della stazioni appaltanti operanti nei settori speciali.

Nulla dice, però, la disposizione in ordine alla natura giuridica di tali “*regolamenti*”<sup>6</sup>, alla loro collocazione nella gerarchia delle fonti, al loro carattere *flessibile* o meno. Le

---

<sup>6</sup> Anche al di fuori dei settori speciali, tuttavia, si pone il problema dei regolamenti adottati dalle singole stazioni appaltanti per disciplinare la propria attività contrattuale.

Il codice dei contratti pubblici non prende posizione al riguardo, né vietandoli, né contemplandoli positivamente.

L'ANAC nelle LG in materia di affidamenti sottosoglia ha incoraggiato le stazioni appaltanti a prevedere una disciplina regolamentare, allo scopo di predeterminare i criteri di svolgimento dell'attività.

Evidentemente, un potere regolamentare potrà svolgersi solo nel rispetto del principio di legalità e, quindi, solo se previsto da una fonte legislativa.

In tali casi, però, si apre un ulteriore interrogativo, riguardante il rapporto di gerarchia rispetto alle LG vincolanti.

ricadute derivanti dall'esatta qualificazione dovrebbero essere di estrema importanza, anche ai fini della tutela giurisdizionale (riparto, ambito del sindacato, ecc.)<sup>7</sup>.

Le LG dell'ANAC n. 4, in materia di affidamenti sottosoglia, non affrontano in modo esplicito il tema del rapporto tra le diverse fonti di disciplina nell'ambito dei settori speciali.

La timidezza dell'intervento dell'Autorità è in qualche misura condizionato dalla discutibile premessa secondo cui le LG di cui all'art. 36 sarebbero prive di efficacia vincolante (vedi *infra*), con la conseguenza che il problema del coordinamento tra le fonti potrebbe essere risolto solo dal giudice e non con un atto dell'ANAC privo di carattere imperativo.

In questa prospettiva, al punto 1.1., le LG, allo scopo di definire l'ambito di applicazione delle discipline, si limitano a statuire che *“1.1 Le disposizioni di cui all'art. 36 del Codice e le presenti linee guida si applicano alle stazioni appaltanti - ad eccezione delle imprese pubbliche e dei soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121 del Codice - (di seguito solo stazioni appaltanti), che intendono affidare lavori servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 del Codice:*

*a) nei settori ordinari, ivi inclusi i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e i servizi sociali e gli altri servizi specifici elencati all'allegato IX;*

*b) nei settori speciali, in quanto compatibili.”*

Al punto 1.2., poi, le LG si fermano a una schematica parafrasi testuale dell'art. 36, comma 8, del codice:

---

<sup>7</sup> Altre questioni propone l'art. 54, comma 6, in materia di accordi quadro: *“Nei settori speciali, gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati in base a regole e criteri oggettivi che possono prevedere la riapertura del confronto competitivo tra gli operatori economici parti dell'accordo quadro concluso. Tali regole e criteri sono indicati nei documenti di gara per l'accordo quadro e garantiscono parità di trattamento tra gli operatori economici parti dell'accordo. Ove sia prevista la riapertura del confronto competitivo, l'ente aggiudicatore fissa un termine sufficiente per consentire di presentare offerte relative a ciascun appalto specifico e aggiudicano ciascun appalto all'offerente che ha presentato la migliore offerta in base ai criteri di aggiudicazione stabiliti nel capitolato d'onori dell'accordo quadro. L'ente aggiudicatore non può ricorrere agli accordi quadro in modo da eludere l'applicazione del presente decreto o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza.”*

La disciplina della procedura è fissata dalla stazione appaltante con maggiori margini di flessibilità, ma attraverso gli atti di gara e non con disposizioni “regolamentari”.

*“1.2 Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell’ambito definito dagli articoli da 115 a 121, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal Trattato UE, in particolare quelli di non discriminazione in base alla nazionalità, parità di trattamento, di trasparenza a tutela della concorrenza.”*

Si deve notare che, in questo modo, l’ANAC, nell’atto che dovrebbe fornire un decisivo “*supporto*” alle stazioni appaltanti:

- non si preoccupa affatto di spiegare, nemmeno sommariamente quali siano le regole legislative per gli affidamenti sotto soglia previste per i settori ordinari ma compatibili con i settori speciali e a questi applicabili;
- non indica chiaramente nemmeno quali parti delle LG siano applicabili ai settori speciali e, se del caso, con quali adattamenti, fermandosi al generico richiamo alla valutazione di compatibilità;
- non puntualizza alcun criterio di redazione dei regolamenti delle imprese pubbliche e dei soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi;
- non fissa alcun rapporto di coordinamento o di gerarchia tra tali regolamenti e le LG.

La soluzione più plausibile è che le LG n. 4, relative agli affidamenti sottosoglia riguardino, nei settori speciali, solo le amministrazioni aggiudicatrici e che, in tale ambito oggettivo e soggettivo, esse si applichino, integralmente, senza alcuna deroga o limitazione.

Per gli altri soggetti aggiudicatori nei settori speciali, invece, prevale, incondizionatamente, il principio di *autonomia* disciplinare e organizzativa, espresso attraverso i regolamenti adottati dai singoli enti, subordinati solo al rispetto dei principi del Trattato. Pertanto, le LG non sembrano avere alcuno spazio operativo, se non nella forma eventuale degli atti meramente interpretativi, privi di efficacia vincolante.

Evidentemente, su temi di così rilevante impatto, riguardanti la stessa architettura delle fonti, il codice avrebbe dovuto esprimersi in termini più trasparenti, e, in mancanza, l’ANAC, attraverso le proprie LG, eventualmente anche solo non vincolanti, dovrebbe fornire ogni utile chiarimento.

### **3. LA PUNTUALE INDICAZIONE DELLE DISPOSIZIONI APPLICABILI AI SETTORI SPECIALI E IL RUOLO DELLA REGOLAZIONE FLESSIBILE.**

Un altro aspetto relativo alla portata della regolamentazione flessibile nei settori speciali riguarda il significato di uno dei principi cardine della materia. La legge n. 11/2016, all'articolo 1, comma 1, lettera h), prevede il seguente criterio di delega: “*h) puntuale indicazione, in materia di affidamento dei contratti nei settori speciali, delle disposizioni ad essi applicabili, anche al fine di favorire la trasparenza nel settore e la piena apertura e contendibilità dei relativi mercati.*”

La finalità principale del criterio riguarda, quindi, la definizione, *chiara* e analitica, della disciplina applicabile ai settori speciali.

Vanno comunque sottolineati due elementi, in parte contraddittori, ricavabili dal citato criterio di delega.

Da una parte, infatti, la richiesta “*precisione*” della disciplina sembrerebbe scarsamente compatibile con la tecnica della regolazione flessibile.

Dall'altro lato, però, emerge la consapevolezza della esistenza, nei settori speciali, di distinti “*relativi mercati*”, dotati di proprie peculiarità. Questa oggettiva differenziazione, al contrario, potrebbe giustificare interventi di regolazione flessibile “*orizzontale*”: vale a dire linee guida che modulino la disciplina applicabile in funzione del settore speciale considerato.

Riguardo al primo punto, però, è ragionevole ritenere che il principio di precisione riguardi essenzialmente la normativa primaria. Nel tendenziale avvicinamento tra i settori ordinari e quelli speciali, le differenze devono essere limitate e razionalmente giustificate. Pertanto, esse devono risultare con chiarezza.

Il codice, peraltro, non ha realizzato pienamente questo risultato di auspicata nitidezza.

Ma sembra corretto ritenere che la “*precisa individuazione*” delle disposizioni legislative applicabili ai settori speciali non preclude l'applicazione degli strumenti di regolazione flessibile da queste espressamente richiamate.

Per quanto riguarda i possibili contenuti degli interventi regolatori in ambiti riferiti tanto ai settori ordinari quanto a quelli speciali, il significato del criterio di delega non è univoco.

Si fronteggiano, infatti due visioni diverse dei settori speciali, che riflettono, probabilmente, le ambiguità di tali mercati e della loro trasformazione in atto.

a) Da una parte, si vorrebbe valorizzare l'idea della uniformità e della semplificazione. Pertanto, le LG non dovrebbero mai prevedere regimi differenziati per i settori ordinari e per quelli speciali, a meno che ciò non sia stabilito dalla norma primaria.

b) Dall'altro lato, la *differenziazione* dei mercati caratterizzanti i settori speciali potrebbe giustificare e incoraggiare la previsione di regole *ad hoc*, in conformità al principio di flessibilità orizzontale.

Un'ipotesi ricostruttiva intermedia intende distinguere due situazioni diverse. Il codice, infatti, può stabilire, alternativamente:

I) L'incondizionata applicazione di disposizioni previste per i settori ordinari;

II) L'applicazione delle norme ordinarie solo "*in quanto compatibili*". Questa ipotesi è di notevole ampiezza, perché riguarda, fra l'altro, tutti gli articoli da 1 a 58.

Nel primo caso, la differenziazione incentrata sul carattere ordinario o speciale del settore non pare di per sé sufficiente per giustificare LG dal contenuto disomogeneo.

Nel secondo caso, invece, l'ANAC potrebbe e dovrebbe indicare gli eventuali elementi di *distinzione* che sorregge la scelta di uniformare o distinguere la disciplina attuativa del codice.

Come efficacemente sottolineato dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato nel parere del 21 marzo 2016, "il codice (...) individua, per i settori speciali, la disciplina applicabile con una triplice tecnica:

- la inclusione, già nella parte generale, di disposizioni specifiche per i settori speciali;
- la ricognizione delle disposizioni applicabili, dettate per i settori ordinari;
- le disposizioni specifiche".

Va, poi, dato conto della soppressione della facoltà generale, in capo agli enti aggiudicatori nei settori speciali, di optare per l'applicazione, su base volontaria, delle disposizioni dettate per i settori ordinari, secondo quanto già previsto dall'art. 206, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006 ("*nel rispetto del principio di proporzionalità, gli enti aggiudicatori possono applicare altre disposizioni della parte II, alla cui osservanza non sono obbligati in base al presente articolo, indicandolo nell'avviso con cui si indice la gara, ovvero, nelle procedure in cui manchi l'avviso con cui si indice la gara, nell'invito a*

*presentare un'offerta*”), e nell’art. 339, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 (“*gli enti aggiudicatori hanno comunque facoltà di applicare, nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza, le disposizioni del presente regolamento diverse da quelle elencate al comma 1, con apposita previsione contrattuale dandone preventiva comunicazione nell’avviso con cui si indice la gara o nell’invito a presentare offerta*”).

Il venir meno di tale possibilità pare doversi correlare al divieto di *gold plating* contenuto nella legge delega, ossia al “*divieto di introduzione o di mantenimento di livelli regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall’articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246*”.

Così facendo, se da un lato si rende immune la disciplina dei settori speciali da eventuali dilatazioni del suo ‘normale’ campo di applicazione, dall’altro lato se ne compromette però significativamente la sua *flessibilità* che, storicamente, l’ha sempre contraddistinta da quella dei settori ordinari.

#### **4. L’ESERCIZIO CONCRETO DEI POTERI DI REGOLAZIONE FLESSIBILE. LA SCARSA INCIDENZA QUANTITATIVA E QUALITATIVA DELLE LINEE GUIDA NEI SETTORI SPECIALI.**

Già da queste prime osservazioni emerge la sensazione che i settori speciali non siano particolarmente permeabili alla tecnica della regolazione flessibile.

Può essere utile, allora, dare conto anche di quale sia stato, finora l’effettivo esercizio della regolazione flessibile intestata all’ANAC, e in quale modo essa abbia inciso partitamente sui settori speciali.

Al momento, risultano varati:

- un solo contratto tipo;
- 8 linee guida, alcune delle quali già modificate;
- 2 bandi tipo.

Questi sono, nel dettaglio, i provvedimenti, oggi vigenti, di regolazione flessibile.

*Determinazione n. 618 del 08/06/2016, recante Linee guida operative e clausole contrattuali-tipo per l’affidamento di servizi assicurativi.*

*Linee Guida n. 1 - Indirizzi generali sull’affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria.*

*Linee Guida n. 2 - Offerta economicamente più vantaggiosa.*

*Linee Guida n. 3 - Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni.*

*Linee Guida n. 4 - 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.*

*Linee Guida n. 5 - Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici.*

*Linee Guida n. 6 - Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice.*

*Linee Guida n. 7 - Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016.*

*Linee Guida n. 8 - Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili.*

*Bando-tipo numero 1 del 22/11/2017, recante Schema di disciplinare di gara per l'affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, aggiudicati all'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo;*

*Bando-tipo numero 2 del 10/01/2018, recante Schema di disciplinare di gara Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi di pulizia di importo pari o superiore alla soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.*

Si tratta, all'evidenza, di un quadro ancora lontano dal completamento della disciplina attuativa del codice, ma che consente già di cogliere gli indirizzi generali seguiti dall'ANAC, l'impostazione di fondo dei loro contenuti, lo *stile* utilizzato. Un primo sommario esame di tali atti permette anche di valutare quale sia stato l'impatto della regolazione flessibile nei settori speciali, sotto due concorrenti aspetti: la quantità e profondità degli interventi dell'ANAC; l'attitudine dei provvedimenti ad accentuare o ridurre le distanze tra i settori ordinari e i settori speciali.

I primi commentatori (D'HERIN H., *I settori speciali sempre meno speciali (e sempre più ordinari)*, *Urb. e app.* 2016, 1029, ss., specie 1037) avevano preconizzato che “*Un ruolo attivo nella differenziazione tra i due regimi andrà riconosciuto - ma non è dato ancora sapere in quale misura - anche all’Autorità Nazionale Anticorruzione cui è demandata in larga parte l’attuazione del Codice “attraverso linee guida, bandi tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile” (art. 213) che, di certo, investiranno anche i settori speciali. Si evidenzia, peraltro, che nessuno dei documenti di consultazione relativi alle “linee guida attuative del nuovo codice” sinora resi disponibili tratta in modo specifico la materia degli appalti dei settori speciali.*”

Ma, finora, la prassi della regolazione flessibile specificamente dedicata ai settori speciali non sembra essere andata in questa direzione. L'impressione complessiva è che l'ANAC non abbia ancora compiuto scelte consapevoli in ordine al trattamento sistematico dei settori speciali, limitandosi a interventi episodici e marginali. D'altro canto, come si è già osservato, nessuna disposizione del codice prevede particolari interventi regolatori tipici riferiti puntualmente ai settori speciali.

Più nel dettaglio, in concreto, si può osservare che il contratto-tipo relativo ai servizi assicurativi e le linee guida (“LG”) n. 2, 5 e 7 non fanno alcuna menzione dei settori speciali. Si tratta di una lacuna assai criticabile, perché la definizione precisa del campo di applicazione dovrebbe essere uno dei principi cardine di ogni intervento di regolazione: ma si sconta, evidentemente, l'eterogeneità dei provvedimenti regolatori adottati e la diversità delle tecniche di redazione.

La LG n. 8, più correttamente, menziona i settori speciali, ma solo per chiarire, opportunamente, che anche essi ricadono nel campo di applicazione del provvedimento. Quindi, l'atto assume una posizione per così dire “*neutrale*” in ordine al tema del rapporto con la disciplina dei settori ordinari. Limitandosi ad una sintetica ricognizione del dato normativo primario, l'ANAC non intende né ridurre, né accentuare, i profili di differenziazione stabiliti dal codice.

Anche le altre LG (1, 3, 4 e 6) menzionano i settori speciali, al solo scopo di chiarire quale sia l'ambito di applicazione della disciplina recata dal singolo atto regolatorio, in conformità alla previsione della normativa primaria. In questi casi, si registra un maggiore sforzo di elaborazione compiuto dall'ANAC. Ma l'intento perseguito dall'Autorità è

palesemente interpretativo del dato offerto dal codice. Manca qualsiasi ambizione di sviluppare innovativamente la disciplina stabilita dalla disciplina primaria.

Così, nelle LG n. 1, al punto 5.2., si chiarisce, in via interpretativa, che il divieto di cui all'art. 59 del codice *“non trova applicazione nei settori speciali, non essendo la norma richiamata dall'art. 114 del Codice né dalle successive disposizioni di dettaglio. È da ritenersi principio generale, come tale applicabile anche nei settori speciali, qualora si ricorra ad appalto integrato, che il progettista deve essere adeguatamente qualificato il relazione al servizio che si intende allo stesso affidare.”*

Anche il punto n. 2.1.1 delle stesse LG n. 1 si limita ad un chiarimento interpretativo riguardante la disciplina di livello legislativo applicabile ai settori speciali: *“Gli incarichi di importo superiore a centomila euro sono affidati solo con procedura aperta o ristretta ai sensi degli artt. 60 e 61 (art. 157, comma 2, ultimo periodo). La norma deve essere interpretata in combinato disposto con il comma 1 del medesimo articolo che rende applicabile agli incarichi di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria la parte Parte II, Titolo I, II, III e IV del Codice, ne deriva che il riferimento all'importo superiore a 100.000 euro deve essere inteso come compreso tra 100.000 e la soglia di rilevanza comunitaria, fissate in euro 135.000 e 209.000, rispettivamente per le autorità centrali e quelle sub-centrali (art. 35, comma 1, lettere b) e c), nei settori ordinari, e in euro 418.000 per i settori speciali (art. 35, comma 2, lett.b)), ai quali trovano applicazione le disposizioni dei settori ordinari nei limiti di quanto previsto dall'art. 114 del Codice.”*

Analogamente, le LG n. 3, in materia di responsabile unico del procedimento (RUP), al punto n. 1, ricordano quale sia la normativa legislativa applicabile ai settori speciali, senza dettare ulteriori disposizioni particolari.

*“1.1. L'art. 31 individua le funzioni del RUP negli appalti di lavori, servizi e forniture e nelle concessioni. Le disposizioni in esso contenute si applicano anche alle stazioni appaltanti che ricorrono ai sistemi di acquisto e di negoziazione delle centrali di committenza o che operano in aggregazione e, per espresso rinvio dell'art. 114, ai settori speciali (gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica). Disposizioni particolari sono, invece, previste per i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura, per il caso di appalti di particolare complessità e per gli appalti di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, mentre la norma in esame non si applica alle stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni ed*

*enti pubblici. Dette stazioni appaltanti sono tenute a individuare, secondo i propri ordinamenti e nel rispetto dei criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza, uno o più soggetti cui affidare i compiti propri del responsabile del procedimento, limitatamente al rispetto delle norme del Codice alla cui osservanza sono tenute.”*

Come già ricordato, le LG n. 4, al punto 1.1, stabiliscono l’ambito di applicazione dell’atto di regolazione, richiamando, pedissequamente, l’art. 36 del codice: *Le disposizioni di cui all’art. 36 del Codice e le presenti linee guida si applicano alle stazioni appaltanti - ad eccezione delle imprese pubbliche e dei soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell’ambito definito dagli articoli da 115 a 121 del Codice - (di seguito solo stazioni appaltanti), che intendono affidare lavori servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all’art. 35 del Codice:*

*a) nei settori ordinari, ivi inclusi i servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria e i servizi sociali e gli altri servizi specifici elencati all’allegato IX;*

*b) nei settori speciali, in quanto compatibili. 1.2 Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell’ambito definito dagli articoli da 115 a 121, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal Trattato UE, in particolare quelli di non discriminazione in base alla nazionalità, parità di trattamento, di trasparenza a tutela della concorrenza.”*

Infine, nelle LG n. 6, si descrive l’ambito di applicazione del provvedimento, richiamando l’art. 80 e l’art. 136: *“1.1 L’art. 80 del codice e, segnatamente, per quel che qui rileva, il suo comma 5, lett. c) si applica agli appalti e alle concessioni nei settori ordinari sia sopra che sotto soglia (art. 36, comma 5) e, ai sensi dell’art. 136 del Codice, ai settori speciali quando l’ente aggiudicatore è un’amministrazione aggiudicatrice.*

*1.2 Se l’ente aggiudicatore non è un’amministrazione aggiudicatrice, le norme e i criteri oggettivi per l’esclusione e la selezione degli operatori economici che richiedono di essere iscritti in un sistema di qualificazione o che richiedono di partecipare alle procedure di selezione possono includere i motivi di esclusione di cui all’art. 80, alle condizioni stabilite nel richiamato art. 136.”*

Dal punto di vista oggettivo, quindi, tanto l'unico contratto tipo, quanto le 8 LG finora varate dall'ANAC non prevedono alcuna prescrizione differenziata per i settori speciali, nemmeno nella forma attenuata del consiglio, dell'esortazione, della indicazione della migliore pratica.

Né l'istruttoria degli atti evidenzia una particolare consapevolezza della scelta compiuta.

Presumibilmente, nei casi considerati non sono emerse ragioni peculiari di differenziazione e l'Autorità ha finito, in sostanza, per incoraggiare il processo di omogeneizzazione delle procedure, stabilito dalla legge.

Al tempo stesso, in questo modo, gli interventi regolatori sembrano coerenti con il principio del divieto del *gold plating*, perché non aggiungono, per i settori speciali, livelli di disciplina non necessari e non espressamente previsti.

Ancora, in questo modo, risulta ampiamente garantita la flessibilità e l'autonomia delle stazioni appaltanti operanti nei settori speciali

Resta però la sensazione che l'ANAC non abbia inteso affrontare seriamente il tema della possibile flessibilità "*orizzontale*" della regolazione che, forse, avrebbe potuto indirizzare verso atti più articolati e differenziati.

D'altro canto, nemmeno gli *stakeholders* dei settori speciali hanno manifestato particolare interesse per l'adozione di regole diversificate, né, all'opposto, si sono espressi nel senso di accentuare la convergenza verso la disciplina dei settori ordinari.

## **5. L'ESPERIENZA CONCRETA DEI BANDI TIPO. L'INAPPLICABILITÀ DIRETTA AI SETTORI SPECIALI E L'ESORTAZIONE NON VINCOLANTE DELL'ANAC ALLA LORO OSSERVANZA SPONTANEA.**

A considerazioni parzialmente diverse in ordine alle peculiarità dei settori speciali conduce la valutazione dei due *bandi tipo* finora adottati dall'ANAC.

Va premesso che l'art. né l'art. 71, relativo ai bandi tipo, né l'art. 59 (che, disciplinando il bando nei settori ordinari, richiama espressamente l'art. 71) sono applicabili ai settori speciali. In tale ambito, del resto, il codice prevede un'apposita dettagliata disciplina riguardante i contenuti del disciplinare di gara e il suo procedimento di formazione.

Pertanto, entrambi i bandi tipo muovono dalla corretta affermazione della inapplicabilità delle regole da esse stabilite ai settori speciali.

Tuttavia, con molta prudenza, l'ANAC, in entrambi i provvedimenti, “*invita*” le stazioni appaltanti non soggette al vincolo condizionato del bando tipo a uniformarsi ad esso, se non vi sono norme “incompatibili”.

In particolare, il primo bando tipo varato dall'ANAC ribadisce il carattere *vincolante* delle prescrizioni, indicando le possibilità di deroga, in alcuni casi incoraggiando le stazioni appaltanti a modificare il disciplinare.

Ad esempio, si dice che “*La circostanza che la gara sia telematica costituisce adeguata motivazione di scostamento dalle previsioni del Disciplinare tipo, pertanto, in caso di gara telematica le stazioni appaltanti apporteranno le opportune modifiche al testo del Disciplinare.*”

“*Nel caso in cui la Stazione appaltante voglia prevedere un Bando che prevede l'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, il Disciplinare può essere opportunamente adattato e utilizzato nella misura in cui sia compatibile.*”

Di notevole interesse è anche l'articolato riferimento ai settori speciali.

Secondo l'ANAC, soltanto le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a farne applicazione, ma solo per l'affidamento di forniture e servizi non connessi con le attività di cui agli articoli da 115-121. Altrimenti, per tutti gli enti aggiudicatori, l'utilizzo del bando tipo, sebbene non obbligatorio, è “consigliato”.

“*Il Disciplinare in parola non è vincolante per gli enti aggiudicatori che operano nei settori speciali. Tuttavia, si invitano gli stessi ad utilizzare le parti dello schema proposto, in quanto compatibili con la disciplina dei suddetti settori, al fine di ottenere una maggiore standardizzazione dei bandi di gara. Il modello è obbligatorio per le amministrazioni aggiudicatrici che operano nei settori speciali quando affidano servizi e forniture non connesse con le attività di cui agli articoli da 115 a 121 del Codice, in quanto la disciplina di riferimento, in tal caso, resta quella dedicata dal Codice ai settori ordinari.*”

A stretto rigore, questa “raccomandazione” dell'ANAC sembrerebbe del tutto estranea ai contenuti tipici del bando tipo. Questo deve prevedere prescrizioni vincolanti, salvo deroga motivata.

D'altro canto, una volta correttamente riconosciuto l'ambito di applicazione delle prescrizioni, non estensibili ai settori speciali, l'intervento dell'Autorità in questo ambito dovrebbe reputarsi precluso.

Insomma, vi sarebbero due ragioni distinte per dubitare della pertinenza delle indicazioni fornite dall'ANAC:

- In generale, il bando tipo deve contenere solo *vincoli* condizionati e non consigli;
- Non può riguardare un oggetto estraneo al suo ambito di applicazione.

Entrambe le affermazioni devono essere valutate con attenzione.

I primi commentatori ritengono che l'ANAC sia titolare, comunque, di un generalissimo potere di impulso, di promozione e di supporto, che, anche al di fuori della nozione di regolazione flessibile, potrebbe manifestarsi attraverso determinazioni interpretative, esortative, collaborative, ecc.

Questo potere avrebbe la massima dimensione e, quindi, non richiederebbe specifiche disposizioni autorizzative. Sul piano formale, poi, i "consigli" dell'ANAC ben potrebbero essere contenuti in altri diversi atti.

È però necessario che l'Autorità chiarisca perfettamente la distinzione tra prescrizioni vincolanti, regole semi-vincolanti, mere raccomandazioni, se contenuti in un unico atto.

Inoltre, sembrerebbe precluso all'ANAC di degradare nella forma di mere raccomandazioni quelle che dovrebbero essere, secondo la norma primaria, vere e proprie prescrizioni.

In questa prospettiva, allora, si possono prospettare due conclusioni, riferite ai contenuti dei bandi-tipo.

a) Per i settori ordinari, l'inclusione di indicazioni prive di carattere prescrittivo risulta inopportuna e fuorviante e non è comunque ammessa negli ambiti in cui l'ANAC è tenuta a fissare le regole del disciplinare di gara.

b) Per i settori speciali, al di fuori dello spazio di obbligatorietà dei bandi tipo, sono ammissibili raccomandazioni, del tutto non vincolanti, dell'Autorità.

Ma quali sono gli effetti giuridici di tali "esortazioni"?

È fuori discussione che le stazioni appaltanti siano esonerate da qualsiasi motivazione qualora scelgano di discostarsi dal bando-tipo.

Si possono però considerare due situazioni problematiche, in cui la raccomandazione potrebbe assumere rilievo.

A) La prima è l'ipotesi in cui il singolo disciplinare di gara, difforme dal bando tipo, sia giudicato illegittimo. La circostanza che l'ANAC abbia suggerito di farne applicazione "spontanea" potrebbe determinare, indubbiamente, conseguenze sul piano delle responsabilità della stazione appaltante e dei suoi agenti.

B) La seconda ipotesi è in un certo senso speculare e riguarda il caso in cui la stazione appaltante abbia adottato, di propria iniziativa, un disciplinare di gara conforme al bando tipo, ma poi risultato illegittimo. In questa eventualità, sembrerebbe espandersi l'*effetto di liceità* che caratterizza le raccomandazioni non vincolanti. L'agente che ne abbia fatto spontanea applicazione è certamente scusato. Non sembra, invece, che nell'ipotesi formulata sussista un onere di doppia impugnazione: la lesione deriva dal bando concreto e non dalla prescrizione generale del bando tipo. Tuttavia, non dovrebbe escludersi, a priori, la facoltà di impugnare anche la clausola del bando tipo, nella parte riguardante la sua applicabilità ai settori speciali, prospettando la lesione anche meramente potenziale derivante dalla sua riconosciuta applicabilità ai settori speciali.

## **6. L'OGGETTIVA ASSENZA DI RILIEVO DELLA *REGOLAZIONE FLESSIBILE* NEI SETTORI SPECIALI E LE SUE POSSIBILI RAGIONI. LE CRITICITÀ DEGLI STRUMENTI INNOVATIVI PREVISTI DAL CODICE.**

Fermandosi ad una considerazione di tipo meramente *quantitativo*, allora, colpisce il peso davvero modesto che la regolazione flessibile ha avuto finora nei settori speciali. Né, in prospettiva, ci si deve attendere un significativo sviluppo nell'uso di tali strumenti.

Le ragioni di questo oggettivo insuccesso dipende da ragioni proprie dei settori speciali e da cause riferite alle criticità della stessa figura della regolazione flessibile delineata dal codice.

Nei settori speciali il principio della flessibilità è già largamente consolidato, sin dalle direttive del 2004 e dal previgente codice. Ma esso è declinato con efficacia attraverso il riconoscimento della potestà autorganizzativa dei singoli enti e mediante l'applicazione di appositi istituti di semplificazione.

In questi ambiti, lo spazio di intervento dell'ANAC non svolge alcun ruolo utile e, al contrario, potrebbe complicare il quadro della disciplina.

Le “peculiarità” dei mercati di riferimento possono spiegare l’introduzione di particolari norme derogatorie, le quali devono essere chiare e puntuali, stabili nel tempo, e non strutturate con la fisionomia incerta delle linee guida.

Ma le cause della scarsa fortuna di regolazione flessibile nei settori speciali derivano anche, e soprattutto, dalle numerose criticità che presentano, in generale, tali strumenti.

Occorre allora ampliare l’orizzonte di indagine e interrogarsi sui caratteri propri della *regolazione flessibile*, in particolare, delle linee guida e dei bandi tipo, per stabilirne le potenziali applicazioni ai settori speciali.

Il tema è stato largamente analizzato sotto due profili distinti, anche se strettamente intrecciati:

- la descrizione della disciplina e della natura giuridica degli strumenti della regolamentazione flessibile prevista dal codice;
- la *giustificazione*, per così dire *logica*, della introduzione del potere di regolazione flessibile nel sistema e della intestazione di tale potere in capo all’ANAC.

Entrambi i percorsi di indagine sono stati accompagnati, frequentemente, dalla esplicita affermazione di “*giudizi di valore*” contrapposti sull’efficacia e sull’utilità dell’impostazione seguita dal codice.

Si può anticipare che, allo stato, sembrano prevalenti atteggiamenti radicalmente critici verso il sistema codicistico, riferiti, in particolare, alla scelta di attribuire il potere di regolazione all’Autorità e alla eccessiva indeterminatezza dello stesso concetto di regolazione flessibile. Le obiezioni “politiche” investono, più in generale, il ruolo e la fisionomia dell’ANAC e si connettono alla prospettata illegittimità costituzionale delle norme che assegnano all’Autorità così ampi poteri normativi.

Non meno diffuso è un orientamento tendenzialmente *scettico* sulla effettiva portata innovativa del concetto di regolazione flessibile e della sua utilità pratica. Da questo punto di vista, si osserva che, in ultima analisi, i poteri dell’ANAC sono riconducibili ai collaudati schemi giuridici dei regolamenti, degli atti generali e delle direttive. Gli auspicati risultati di miglioramento dell’efficienza del mercato dei contratti pubblici, si dice, potrebbero essere realizzati mediante l’uso degli strumenti tradizionali: ciò che conta sono i contenuti e non gli schemi formali, tanto più se essi determinano infiniti dubbi e incertezze operative.

Si aggiunge, poi, che il disegno delle fonti previsto dal codice presenta contorni incerti e che, in concreto, il lento e ancora incompleto procedimento di attuazione della

normativa primaria ha portato a risultati deludenti, senza migliorare il vecchio sistema incentrato sull'unico regolamento generale (n. 207/2010).

È forse opportuno, allora, svolgere alcune considerazioni sul tema della attuale conformazione della *regolamentazione flessibile* dei contratti pubblici, distinguendo:

- L'impostazione generale seguita dalle direttive europee;
- I principi espressi dalla legge di delega n. 11/2016;
- La disciplina fissata dal codice n. 50/2016.

#### **7. LA FLESSIBILITÀ NELLE DIRETTIVE DEL 2014: LA DUTTILITÀ DEGLI ISTITUTI, LA DISCREZIONALITÀ DELLE SINGOLE STAZIONI APPALTANTI E LA CHIAREZZA DELLE NORME PRIMARIE.**

L'idea-base di una normativa "duttile" e "malleabile", sia pure di livello *subprimario*, applicabile alla materia dei contratti pubblici, non sembra affatto corrispondere ad una indicazione precisa imposta dal *diritto europeo* e, segnatamente, dalle direttive del 2014. Né, del resto, pare questa la strada seguita nel recepimento effettuato dagli altri Stati membri dell'Unione.

Ciò non significa, tuttavia, che il concetto amplissimo di *flessibilità* sia del tutto privo di rilievo nella normativa comunitaria, ancorché con riferimento ad aspetti del tema diversi da quello del carattere assunto dalla disciplina nazionale di recepimento.

D'altro canto, non si può nemmeno prospettare, a prima vista, alcun dubbio di radicale incompatibilità tra le direttive e la normativa di attuazione nazionale *morbida*. Resta fermo il principio secondo cui il diritto "*flessibile*" nazionale non dovrebbe mai costituire una sorta di mascherata elusione dei vincoli europei, determinando un recepimento incompleto o "attenuato" del diritto UE. Anzi, l'effettività delle direttive del 2014 deve essere garantita attraverso adeguati strumenti processuali e sostanziali. Ma, all'interno di questo ovvio confine, spetta al legislatore nazionale l'individuazione degli idonei strumenti di diritto interno che assicurino l'efficace attuazione della normativa UE.

Il diritto europeo intende senz'altro valorizzare la "*flessibilità*" delle procedure di affidamento e degli strumenti contrattuali messi a disposizione delle stazioni appaltanti<sup>8</sup>,

---

<sup>8</sup> Sul rapporto tra flessibilità procedimentale e rischio di possibili abusi, cfr. P.L. Portaluri, Tutela della concorrenza e flessibilità delle relazioni contrattuali nella procedura negoziata previo bando di gara, in Foro amm. TAR, 2007, 403 e ss.

accentuando gli autonomi poteri di scelta delle amministrazioni aggiudicatrici, nel rispetto delle finalità generali dell'ordinamento. Le direttive attribuiscono espressamente alle stazioni appaltanti (tanto nei settori ordinari, quanto, in modo più accentuato, nei settori speciali) un largo potere di autorganizzazione, non solo strutturale, ma anche di gestione e sviluppo del *procedimento* diretto all'affidamento del contratto.

Questo principio viene esplicitato proprio con riguardo ai *settori speciali*. Secondo il *Considerando 2* della direttiva 2014/25/UE, “Al fine di assicurare l’apertura alla concorrenza degli appalti pubblici di enti che operano nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali è opportuno stabilire disposizioni di coordinamento per i contratti con valore superiore a una certa soglia. Tale coordinamento è necessario per assicurare l’effetto dei principi del trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. In considerazione della natura dei settori interessati, il coordinamento delle procedure d’appalto a livello di Unione, pur continuando a salvaguardare l’applicazione di detti principi, dovrebbe istituire un quadro per pratiche commerciali leali e *permettere la massima flessibilità*.”<sup>9</sup>

Ma questo importante concetto di “*elasticità*” – è bene sottolinearlo - riguarda non tanto la *struttura* della disciplina normativa e la sua forza di resistenza passiva, quanto, piuttosto, l’esercizio delle funzioni delle singole stazioni appaltanti, la loro discrezionalità, connessa alla dinamicità dei rapporti economici.

---

<sup>9</sup> Secondo il Considerando n. (92), la flessibilità condiziona l’estensione ai settori speciali della direttiva 2014/24/UE per quanto riguarda i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle prove documentali.

“*Sempreché sia compatibile con la necessità di assicurare la realizzazione dell’obiettivo di pratiche commerciali leali pur permettendo la massima flessibilità, è opportuno prevedere l’applicazione della direttiva 2014/24/UE per quanto riguarda i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle prove documentali. Agli enti aggiudicatori dovrebbe essere pertanto consentito di applicare i criteri di selezione di cui a tale direttiva e, qualora essi lo facciano, dovrebbero avere l’obbligo di applicare determinate altre disposizioni che riguardano, in particolare, il massimale relativo ai requisiti sul fatturato minimo nonché in materia di utilizzo del documento di gara unico europeo.*”

L'elasticità delle *procedure*, del resto, dovrebbe essere bilanciata dalla coerenza dei principi generali UE, concernenti, in particolare, la trasparenza delle attività svolte dalle stazioni appaltanti e la non discriminazione.

Si potrebbe affermare, quindi, che la tendenza del legislatore europeo sia quella di creare una sorta di ampia “*forbice*” tra poche regole fisse e inderogabili, espresse dalle direttive e strutturate come chiari principi, da una parte, e i poteri di scelta delle amministrazioni, contrassegnati da larghi margini di elasticità e di apprezzamento tecnico-discrezionale, dall'altra parte.

Nel diritto UE, poi, il concetto di *flessibilità*, è utilizzato in specifici, ma eterogenei contesti: ad esempio per giustificare la possibilità di modifica del contratto aggiudicato, per effetto di fatti esterni sopravvenuti, senza necessità di attivare una nuova procedura di scelta del contraente.

Secondo il *Considerando* n. 115 della direttiva n. 25/2014/UE, “*Gli enti aggiudicatori si trovano a volte ad affrontare circostanze esterne che non era possibile prevedere quando hanno aggiudicato l'appalto, in particolare quando l'esecuzione dell'appalto copre un periodo lungo. In questo caso è necessaria una certa flessibilità per adattare il contratto a tali circostanze, senza ricorrere a una nuova procedura di appalto. Il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'ente aggiudicatore, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile*<sup>10</sup>.”

Ancora, la nota della *flessibilità* è utilizzata per delineare, in via del tutto descrittiva, alcuni moderni meccanismi di affidamento. Si veda il *Considerando* n. (126): “*Tradizionalmente si è fatto ricorso ai concorsi di progettazione soprattutto nel settore della pianificazione territoriale, dell'urbanistica, dell'architettura, dell'ingegneria o dell'elaborazione di dati. Occorre tuttavia rammentare che tali strumenti flessibili potrebbero essere utilizzati anche per altri scopi e che si può stabilire che i successivi*

---

<sup>10</sup> Nello stesso senso si pone il *Considerando* n. 109 della direttiva 24/2014/UE.

*contratti di servizio siano aggiudicati al vincitore o a uno dei vincitori del concorso di progettazione mediante una procedura negoziata senza pubblicazione.*<sup>11</sup>

Anche la direttiva n. 24/2014/UE, nei *Considerando* n. (42) e n. (61), utilizzano la nozione di flessibilità per giustificare la disciplina delle procedure negoziate e degli accordi quadro.

*“È indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d’appalto che prevede la negoziazione”* (42).

Le condizioni oggettive per stabilire quale tra gli operatori economici parte dell’accordo quadro debba svolgere un determinato compito, per esempio forniture o servizi destinati a essere usati da persone fisiche, possono includere, nel contesto di accordi quadro che stabiliscano tutti i termini, le esigenze o la scelta delle persone fisiche interessate.

*“(…) Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero beneficiare di una maggiore flessibilità quando aggiudicano appalti nell’ambito di accordi quadro conclusi con più di un operatore economico e in cui sono riportati tutti i termini”* (61).

Dunque, il concetto di flessibilità, significativamente presente nelle sole premesse delle direttive, ma non nell’articolato, non pare fornire particolare supporto alla tecnica della regolazione flessibile.

Un discorso separato sul ruolo della flessibilità normativa meritano, ovviamente, le prescrizioni delle direttive a *recepimento facoltativo* e i casi in cui sia la stessa disciplina europea a prevedere più opzioni alternative per la realizzazione delle finalità prese di mira. In entrambe tali eventualità vi è un’attenuazione della rigidità delle regole europee, ma gli Stati membri sono comunque tenuti a completare la disciplina interna, che, una volta delineata, deve mantenere i caratteri della sufficiente rigidità, per assicurare certezza giuridica agli operatori economici e alle stazioni appaltanti.

A fronte della descritta distanza tra le regole inderogabili europee e la duttilità delle opzioni riservate alle stazioni appaltanti, ci si potrebbe chiedere quale sia, allora, lo spazio per una ulteriore *regolamentazione flessibile* nazionale, riferita ai contratti soggetti alle direttive.

Un’eventuale regolazione “morbida”, infatti, potrebbe, alternativamente, palesare il rischio di:

---

<sup>11</sup> Nello stesso senso si pone il *Considerando* n. 120 della direttiva 24/2014/UE.

- Attenuare la descritta “*durezza*” delle norme europee;
- Irrigidire, al contrario, la malleabilità delle procedure, elidendo il potere di scelta discrezionale riconosciuto in capo alle singole stazioni appaltanti<sup>12</sup>.

In entrambe le eventualità, si realizzerebbe un assetto difficilmente compatibile con il diritto UE.

Si replica che le stazioni appaltanti potrebbero apprezzare suggerimenti, indicazioni operative, criteri interpretativi diretti a supportarle nelle loro autonome scelte. Ma, in questo modo, potrebbero giustificarsi solo gli atti delle Autorità di vigilanza privi di efficacia vincolante.

Si ricava quindi l'impressione che, seppure confinata al livello della normativa secondaria, la *regolamentazione flessibile* nazionale non sia affatto incoraggiata nella prospettiva del diritto UE dei contratti pubblici e non sia considerata particolarmente utile per rendere effettiva la disciplina cogente racchiusa nelle direttive.

Sarà dunque necessario verificare, di volta in volta, se gli atti di esercizio del potere di regolamentazione flessibile dell'ANAC determinino, o no, un indebolimento delle prescrizioni inderogabili del diritto dell'Unione europea, o riducano eccessivamente i margini di scelta delle stazioni appaltanti.

Va ancora aggiunto che nelle direttive del 2014, dal punto di vista della organizzazione strutturale del sistema dei contratti pubblici, le *Autorità di controllo* sono menzionate (ma solo ai *Considerando* n. 122 della direttiva n. 24 e n. 128 della direttiva n. 25), quali titolari di poteri di *vigilanza*, senza attribuzione necessaria di poteri di carattere normativo o regolatorio.

---

<sup>12</sup> Parte della dottrina (CINTIOLI, op. cit., nota 38, evidenzia come “*la principale sfida per ANAC sarà quella di bilanciare soprattutto il fine “anticorruzione” con questi altri obiettivi, sfuggendo alla tentazione di risolvere i problemi con l'equazione “più gare e più oneri procedurali uguale a migliore legalità e minore corruzione” e cercando di evitare di addossare alle stazioni appaltanti sempre maggiori oneri formali e procedurali e il rischio di connesse responsabilità*”.

Si può osservare che, del resto, nell'ambito dei contratti pubblici, sembrano meno rilevanti, rispetto ad altri settori, i “*concetti indeterminati*”, di contenuto tecnico, che richiedono di essere sviluppati con appositi atti generali.

Né parrebbe sufficiente il riferimento, nel diritto UE, alla rapidità dell'evoluzione del sistema e alla differenziazione geografica.

In ogni caso, quella della *regolazione flessibile* dei contratti pubblici, quindi, risulta un'opzione del tutto *autonoma* del legislatore italiano, la quale deve essere analizzata nel quadro del sistema nazionale.

## **8. I PRINCIPI DELLA REGOLAZIONE FLESSIBILE AFFERMATI DALLA LEGGE N. 16/2016.**

Il dato positivo nazionale è incentrato, anzitutto, nella formula “*strumenti di regolamentazione flessibile*”, prevista dall'art. 1, comma 1, lettera t), della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, nell'ambito, quindi, della enunciazione dei principi generali della materia, destinati ad essere attuati nel codice e a orientarne l'interpretazione:

“*t) 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*”.

La disposizione ha una struttura piuttosto articolata e sembra preoccupata di sottolineare, essenzialmente, l'idea di una radicale estensione dei *poteri* (già larghi) dell'ANAC, effettuata mediante una vasta elencazione di competenze e funzioni, delineate con espressioni piuttosto eterogenee.

Si parte, infatti, dal duplice *riferimento*:

- alla funzione di “*promozione dell'efficienza*”;
- al compito di “*sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche*”.

A ben vedere, in questo contesto linguistico, *promozione dell'efficienza e sviluppo delle migliori pratiche* assumono la connotazione di “finalità”, piuttosto che di autonome *funzioni* in senso proprio.

Si enunciano, poi, in modo più concreto, dopo i *poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio*, i distinti poteri di “*adozione di atti di indirizzo*”.

All'interno di questa nozione degli *atti di indirizzo*, sono indicati alcuni tipi specifici (*linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo*), insieme alla categoria residuale degli *strumenti di regolamentazione flessibile*.

Si menziona, poi, l'eventualità che tali atti (d'indirizzo) abbiano “*efficacia vincolante*”, lasciando chiaramente intendere che potrebbero anche esserne privi, ancorché non emerga, nella disposizione, un criterio discriminante tra le due eventualità.

Da ultimo, si fa “*salva*” l'impugnabilità dinanzi al TAR, con una espressione che pare riferita, però, a tutti gli atti dell'ANAC e non ai soli atti di indirizzo e di regolamentazione flessibile.

La disposizione della legge di delega contempla, quindi, una categoria generale, formalmente “residuale”: la *regolamentazione flessibile*, inserita all'interno della figura più ampia degli “*atti di indirizzo*”, ma distinta da quella degli atti di (mera) raccomandazione.

Muovendo da una scomposizione letterale della disposizione legislativa di delega, si potrebbero svolgere le prime considerazioni esegetiche.

- L'ANAC ha, insieme ad altre funzioni, il potere generale di adottare *atti di indirizzo*, di amplissimo oggetto, contenuto, efficacia e fisionomia.

- Tra questi atti di indirizzo sono compresi, anche, in via meramente esemplificativa, le *linee guida*, i *bandi-tipo* e i *contratti-tipo*.

- L'elencazione degli atti tipici non delimita le modalità di esercizio del potere di indirizzo assegnato all'Autorità, che potrebbe svolgersi, comunque, anche attraverso altri strumenti.

- Tutte le figure tipizzate elencate dalla disposizione vanno ricondotte, in ogni caso, alla nozione larga di “*regolamentazione flessibile*”.

- Tali atti possono assumere, o meno, *efficacia vincolante*, ma, indipendentemente da tale qualificazione, restano sempre inquadrati nella categoria legislativa della *regolamentazione flessibile*.

- Gli atti di indirizzo e la regolamentazione flessibile perseguono sempre gli obiettivi amplissimi di *promozione* dell'efficienza e di *sostegno* delle migliori pratiche.

Il percorso logico svolto dalla disposizione, pertanto, sembrerebbe svolgersi in questa direzione:

1) L'ANAC è titolare di un generalissimo potere di *indirizzo*, funzionalizzato all'obiettivo dell'efficienza;

2) La regolamentazione flessibile costituisce lo *strumento giuridico* principale per attuare questa funzione;

3) Le *linee guida*, a loro volta, sono una delle manifestazioni del potere di indirizzo attuato con la regolamentazione flessibile.

L'art 1, comma 5, della legge prevede, poi, un'ulteriore previsione, secondo cui, *“sulla base del decreto di riordino sono, altresì, emanate linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere.”*

Si dovrebbe trattare di un'ipotesi diversa, sia per il rilievo dell'approvazione ministeriale e il passaggio attraverso l'avviso delle Camere, sia per la connessione con il “riordino”, sia, infine, per il carattere generale della previsione. Ma si utilizza, comunque, la formula *“linee guida”*, che deve essere coordinata con l'impostazione complessiva della legge delega.

L'attuazione di tale ultima previsione era stata compiuta attraverso l'art. 214, comma 12, del codice: *“Ai sensi dell'articolo 1, comma 5 della legge 28 gennaio 2016, n. 11, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti può adottare linee guida interpretative e di indirizzo, su proposta dell'ANAC, sentite le Commissioni parlamentari, per assicurare l'uniforme applicazione e interpretazione delle norme di cui al presente codice”*.

Ma tale ultima previsione, rimasta priva di applicazioni, è stata definitivamente abrogata dall'art. 126, comma 1, lett. f), del *decreto correttivo* del codice, di cui al D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56. Pertanto, la sua importanza sistematica è ora venuta meno.

## **9. DALLA REGOLAMENTAZIONE ALLA REGOLAZIONE FLESSIBILE: LE PREVISIONI DEL CODICE N. 50/2016.**

L'attuazione dei succinti principi stabiliti dalla delega è compiuta nel codice dei contratti pubblici (n. 50/2016) in un modo piuttosto sintetico, che si snoda attraverso due, formalmente brevi, passaggi.

- Anzitutto, vi è una complessa previsione generale, costituita, essenzialmente, dall'art. 213, comma 2. La disposizione è destinata a delineare i poteri generali di intervento dell'ANAC.

- Disseminate nel codice, poi, vi sono numerose disposizioni speciali che contemplano le singole ipotesi di intervento regolatorio di attuazione. Tali norme presentano contenuto e fisionomia eterogenei e omettono un puntuale richiamo all'art. 213.

La disposizione generale si limita, peraltro, ad una deludente enunciazione, molto sommaria, che ribadisce la titolarità della funzione regolatoria in capo all'ANAC, ma non sviluppa la disciplina del loro oggetto e della loro efficacia, limitandosi a incompleti riferimenti al procedimento di formazione degli atti

Secondo la citata disposizione del codice (art. 213, co. 2), infatti, *“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.”*

Evidentemente, il codice non compie, in questa disposizione, uno sviluppo formale particolarmente significativo della norma della delega, che risulta riprodotta quasi pedissequamente.

Sarebbe stata certamente auspicabile una precisazione più chiara e analitica dei poteri assegnati all'ANAC, solo abbozzati dalla norma di origine parlamentare. Al contrario, la locuzione utilizzata nel codice conserva l'impostazione generale e approssimativa della delega, ribadendone gli stessi contorni incerti e problematici.

Non solo, ma l'imprecisione definitoria è aggravata ulteriormente dalla circostanza che nell'art. 213 si introducono alcune *varianti* lessicali rispetto alla previsione della delega.

Intanto, nell'art. 213 scompare il più ampio riferimento ai *poteri* e alle *funzioni* di *indirizzo* dell'Autorità.

Resta comunque meglio chiarita la proiezione finalistica dei poteri dell'ANAC verso la promozione dell'efficienza, superandosi l'imprecisa dizione della legge delega che confondeva questi obiettivi con delle specifiche *funzioni*.

Nella formula codicistica, poi, si deve notare un'altra duplice sfumatura letterale che dovrebbe richiedere la massima attenzione:

- Non si menziona più la “*regolamentazione*” prevista dalla delega, ma si considera la “*regolazione*”;
- Nel codice, poi, non si ripete più l'inciso riguardante l'espressa possibilità di attribuire efficacia “*anche vincolante*” agli atti generali di competenza dell'ANAC.

L'aggettivo *vincolante*, riferito agli atti dell'ANAC, è invece ora contemplato nell'art. 211, ma soltanto con riguardo ai pareri di precontenzioso, nel caso in cui sia manifestato il preventivo consenso delle parti (comma 1), ed era previsto al comma 2 (*raccomandazioni vincolanti*), prima dell'abrogazione di tale discussa figura, stabilita dal decreto correttivo.

Altra importante differenza, poi, riguarda la circostanza che l'elenco degli atti di regolazione flessibile compiuto dalla delega è integrato, nel codice, dal riferimento ai “*capitolati tipo*”.

Infine, nella dizione codicistica, si enuncia più chiaramente il principio di atipicità e il carattere non nominato degli atti di regolazione flessibile.

Si potrebbe riflettere anche sulla possibile diversità della formula *regolazione*, scelta dal codice e diversa da quella contemplata dalla legge delega (*regolamentazione*).

Probabilmente, la formula intende collegarsi più strettamente all'idea della *funzione di “regolazione”* attribuita alle Autorità indipendenti. Al tempo stesso, poi, la locuzione potrebbe accentuare il valore *meno rigido* delle prescrizioni, rispetto alla tipica produzione normativa attuata attraverso lo strumento tipico del regolamento.

Si evidenzerebbe, con questa locuzione più “scolorita”, il carattere tecnico e neutrale delle prescrizioni e il loro riferimento ad una funzione diversa da quella di produzione delle norme giuridiche.

Se fosse questo il senso della diversa espressione, però, sarebbe palese la violazione della delega, che, indiscutibilmente, intendeva attribuire all'ANAC un potere di *regolamentazione* – per quanto flessibile -e non di *mera regolazione*.

**10. LE REGOLE GENERALI RIGUARDANTI IL PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DELLA REGOLAZIONE FLESSIBILE. LA PUBBLICAZIONE.**

Anche nel codice, quindi, si registra una evidente lacunosità della disciplina “sistemica” generale della “*regolamentazione flessibile*”. Si potrebbe forse sostenere che ciò dipenda dalla natura stessa della tecnica della regolazione flessibile, la quale, ontologicamente, non dovrebbe essere sottoposta a vincoli troppo stretti. Pertanto, il codice avrebbe consapevolmente evitato un dettagliato sviluppo del principio stabilito dall’art. 213, rimettendo all’ANAC la facoltà di esercitare la propria funzione regolatoria.

Si sarebbe introdotta, così, una sorta di “*flessibilità*” di secondo grado, correlata proprio alla possibilità di adottare plurimi strumenti dotati di diversi gradi di duttilità, con riguardo all’ambito di operatività, al procedimento e all’efficacia.

Ora, è forse vero che nella legge delega la sinteticità e genericità della previsione generale sulla natura dei poteri dell’ANAC potrebbe essere giustificata, in qualche limitata misura, poiché si tratta di fissare solo i *principi* portanti della materia. Ma, nel codice, occorre la massima chiarezza, considerando l’impatto pratico delle determinazioni dell’Autorità.

Solo l’art. 213, comma 2, ultimo periodo, contiene un’importante previsione generale, secondo cui “*L’ANAC, per l’emanazione delle linee guida, 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 Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice*”.

A questa, il correttivo ha aggiunto un’altra indicazione (comma 17-*bis*), che appare visibilmente ispirata dalla natura sostanzialmente normativa degli atti di regolazione flessibile: “*L’ANAC indica negli strumenti di regolazione flessibile, di cui al comma 2, e negli ulteriori atti previsti dal presente codice, la data in cui gli stessi acquistano efficacia, che di regola coincide con il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e che, in casi di particolare urgenza, non può comunque essere anteriore al giorno successivo alla loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Gli atti stessi si applicano alle procedure e ai contratti*

*per i quali i bandi o gli avvisi, con cui si indice la procedura di scelta del contraente, siano pubblicati successivamente alla data di decorrenza di efficacia indicata dall'ANAC ai sensi del primo periodo; in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi si applicano alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di decorrenza di efficacia, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte” (art. 213, comma 17-bis).*

In questa previsione risulta evidente l'applicazione del principio di irretroattività delle norme giuridiche. Da notare che questo principio riguarda indistintamente tutte le ipotesi di regolazione flessibile, compresi i bandi-tipo, che assumono efficacia solo parzialmente vincolante e non sono riconducibili al modello del regolamento.

Anche il comma 17 dello stesso art. 213 prevede una disposizione **procedimentale** “generale”, ma, a ben vedere, scarsamente significativa. La norma riguarda la fase successiva a quella di perfezionamento dell'atto, conseguente alla stessa integrazione dell'efficacia, introducendo una forma di mera pubblicità notizia: *“Al fine di garantire la **consultazione** immediata e suddivisa per materia degli strumenti di regolazione flessibile adottati dall'ANAC comunque denominati, l'ANAC **pubblica i suddetti provvedimenti** con modalità tali da rendere immediatamente accessibile alle stazioni appaltanti e agli operatori economici la disciplina applicabile a ciascun procedimento”*.

Si tratta, quindi, di una disposizione “complementare”, che riguarda solo gli strumenti di conoscibilità “empirica” degli atti dell'Autorità, senza toccarne i contenuti sostanziali. Oltre tutto, il generico regime di pubblicità integrativa previsto dalla disposizione non sembra nemmeno qualificabile come condizione di efficacia dell'atto dell'ANAC.

## **11. L'IPOTESI TIPICA DEI BANDI-TIPO: LA VINCOLATIVITÀ CONDIZIONATA DELLE PRESCRIZIONI STABILITE DALL'ANAC.**

Il codice, quindi, rinuncia a configurare in modo preciso e unitario il concetto di regolazione flessibile. Omette, poi, un'accurata disciplina generale delle linee guida. Tali strumenti sono considerati distintamente in singole disposizioni, anche esse piuttosto avere di precise indicazioni.

Al contrario, il codice definisce con sufficiente chiarezza il regime dei bandi tipo.

Secondo l'art. 71, comma 1, *“1. Fatto salvo quanto previsto dagli articoli 59, comma 5, secondo periodo, e 63, tutte le procedure di scelta del contraente sono indette mediante*

*bandi di gara. Al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte, successivamente alla adozione da parte dell'ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità agli stessi. Essi contengono le informazioni di cui all'allegato XIV, Parte I, lettera C, e sono pubblicati conformemente all'articolo 72. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo.”*

Va premesso che la figura dei bandi-tipo non è una nuova nel nostro ordinamento. La differenza sistematica della disciplina codicistica sembra connettersi, ora, al previsto inquadramento nella *regolazione flessibile*, assente nel codice del 2006.

Si dovrebbe allora verificare se gli elementi, pur circoscritti, della disciplina espressa dalla disposizione possano considerarsi davvero rilevanti per individuare le caratteristiche peculiari dello strumento e possano contribuire anche alla definizione della natura giuridica della categoria generale della *regolazione flessibile*.

In questa parte, l'indicazione normativa appare effettivamente densa di significato e rispecchia un modello collaudato, riconducibile allo schema tradizionale della “*direttiva*” e degli *atti di indirizzo*. Il vincolo imposto dall'ANAC, mediante, il bando-tipo, così come la sua finalità di “*agevolare le stazioni appaltanti*” (anziché di imporre *autoritativamente* delle prescrizioni rigide), risulta ben definito, ma non è pieno, perché il destinatario potrebbe sempre discostarsi dalla statuizione, purché motivi adeguatamente la scelta compiuta.

Evidentemente, i problemi posti dal modello della direttiva, in sede di teoria generale e di applicazione concreta nelle diverse esperienze, sono ancora molto complessi. Probabilmente, si dovrebbe riconoscere l'ampiezza e la varietà della categoria, che si accompagna ad un'attuazione ancora più differenziata, perché il soggetto titolare del potere di indirizzo potrebbe, di volta, in volta, optare per prescrizioni più o meno dettagliate.

Ma occorre sottolineare che, almeno per i *bandi-tipo*, la chiara indicazione legislativa determina le coordinate interpretative entro cui deve qualificarsi l'atto.

Come si è ricordato, i due primi bandi tipo varati dall'ANAC ribadiscono il carattere vincolante delle prescrizioni, indicando le possibilità di deroga.

In alcuni casi le stazioni appaltanti sono incoraggiate a modificare il disciplinare di gara per adeguarlo alle loro specifiche esigenze. In altri passaggi si prospettano le ipotesi in cui la deroga appare giustificata: “*La circostanza che la gara sia telematica costituisce adeguata motivazione di scostamento dalle previsioni del Disciplinare tipo, pertanto, in*

*caso di gara telematica le stazioni appaltanti apporteranno le opportune modifiche al testo del Disciplinare.”*

In altri casi, però, l’astratto riconoscimento della derogabilità si ferma a suggerimenti piuttosto poveri: “*Nel caso in cui la Stazione appaltante voglia prevedere un Bando che prevede l’aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, il Disciplinare può essere opportunamente adattato e utilizzato nella misura in cui sia compatibile.*” Infatti, in casi del genere, spetterebbe all’ANAC il compito di delineare i contenuti di un bando tipo adattato al criterio di aggiudicazione prescelto dalla stazione appaltante.

Nel codice manca, invece, una disciplina di dettaglio per i *capitolati-tipo* e per i *contratti tipo*. Da qui il dubbio sulla loro vincolatività, resi, poi, più gravi dalle persistenti incertezze sulla natura e sul contenuto di tali atti.

Una soluzione ragionevole potrebbe essere quella di ritenere che anche essi siano dotati della stessa vincolatività condizionata dei bandi tipo, tenendo conto della circostanza che la storica e oggettiva connessione con i bandi suggerisce di prevedere una disciplina unitaria.

Vero è che il tradizionale *argumentum a contrario* potrebbe indurre a ritenere applicabile una disciplina differenziata, ma proprio l’omogeneità tendenziale della regolazione flessibile stabilita dall’art. 213 dovrebbe suggerire di generalizzare l’espressa disciplina dell’art. 71, incentrata sulla formula della *vincolatività condizionata*.

## **12. LE LINEE GUIDA NEL SISTEMA DELLA REGOLAZIONE FLESSIBILE: LA RISCONTRATA ASSENZA DI UN MODELLO UNITARIO. LE PRINCIPALI IPOTESI DI CLASSIFICAZIONE E DI QUALIFICAZIONE GIURIDICA.**

Lo strumento delle *linee guida*, come da molti osservato, è disciplinato dal codice in modo incompleto e disordinato.

*Incompleto*, perché, a parte le limitate previsioni sul procedimento di formazione, manca la definizione puntuale del loro oggetto e della loro efficacia.

*Disordinato*, perché, se si esclude la menzione generale nell’art. 213, le linee guida sono contemplate da numerose disposizioni sparse nel codice, che utilizzano un lessico privo di omogeneità e chiarezza.

Ed è piuttosto singolare, che il legislatore abbia scelto di affidare alle LG un ruolo così pervasivo nella attuazione e specificazione del codice e, al tempo stesso abbia omesso

di fornire una disciplina chiara della loro fisionomia e del loro contenuto, tanto nella parte generale, quanto nelle disposizioni riguardanti i singoli ambiti di intervento.

L'assenza di regole generali ha condotto alla convinzione, ormai assodata, che la formula legislativa comprende figure assai diverse, nonostante la comune nomenclatura e il riferimento alla nozione unitaria, più generale, di *regolazione flessibile*.

Anche alla luce di alcune indicazioni dei commentatori e dei primi pareri consultivi del Consiglio di Stato, sembra plausibile una *tripartizione*:

- 1) LG approvate con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;
- 2) LG dotate di efficacia pienamente "vincolante";
- 3) LG non vincolanti.

A questa tripartizione si aggiungono altre ipotesi, caratterizzate da una rilevante differenza nel procedimento di formazione, ma che si risolvono anche esse, in sostanza, in LG vincolanti.

Prima di approfondire l'esame delle tre indicate categorie, occorre dar conto di altri due importanti criteri di classificazione, che interferiscono con il precedente.

- A) LG *tipiche* da una parte e LG *innominate* dall'altro;
- B) LG la cui adozione è *obbligatoria* per l'ANAC e LG *facoltative*.

Secondo l'impostazione dell'art. 213, lo strumento delle LG sembra avere portata generale e, quindi, l'ANAC potrebbe utilizzarlo anche al di fuori dei casi espressamente previsti (tipici).

Inoltre, in alcuni casi, l'adozione delle LG risulta "obbligatoria" per l'ANAC, perché riguarda il necessario completamento attuativo di disposizioni legislative. Di contro, in altre ipotesi, pur essendo contemplate da apposite disposizioni del codice, le LG non sembrano obbligatorie, costituendo mero supporto delle stazioni appaltanti e degli operatori.

Combinando i diversi criteri classificatori, si dovrebbe ritenere che tutte le LG "atipiche" sono facoltative e totalmente non vincolanti.

L'affermazione della loro vincolatività violerebbe palesemente il principio di legalità e il divieto di *gold plating*.

Di contro, tutte le LG vincolanti devono ritenersi tipiche e obbligatorie per l'ANAC.

Le LG non vincolanti, secondo l'interpretazione prevalente, possono anche essere tipizzate. In tali casi, peraltro, dovrebbe restare ferma la loro obbligatoria adozione.

### **13. LE LG APPROVATE CON DECRETO MINISTERIALE. LA LORO NATURA REGOLAMENTARE E LE CRITICITÀ APERTE. LA NOZIONE SOSTANZIALE DI “LINEE GUIDA”.**

Ciò, posto, le LG approvate con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti non hanno determinato particolari problemi di inquadramento giuridico, perché sono state ricondotte alla categoria dei regolamenti governativi “speciali”, in riferimento al loro procedimento di adozione, cui partecipa l’ANAC con un ruolo attivo, sostanzialmente codecisorio.

Questa soluzione interpretativa consente di risolvere molti, ma non tutti i problemi applicativi.

Il primo riguarda l’esatta collocazione nella gerarchia delle fonti, con particolare riguardo al rapporto con le altre fonti subprimarie. La tesi più semplice e convincente è quella secondo cui il loro rango è pienamente equiparato a quello dei regolamenti ministeriali. Non sono, quindi, né sottordinate (quali fonti *terziarie*), né sopraordinate ai regolamenti ministeriali, nemmeno applicando il criterio di “competenza” o specialità, nella risoluzione del conflitto apparente tra norme.

Il secondo e il terzo problema, strettamente connessi, riguardano le conseguenze pratiche riguardanti la loro qualificazione stabilita dal codice, contenutistica e funzionale, al tempo stesso, quali “*linee guida*” e come atti di “*regolazione flessibile*”.

La questione potrebbe essere liquidata, in verità, svalutando il senso della nomenclatura prevista dal codice: l’espressione “*linee-guida*” andrebbe ricondotta ad un significato meramente descrittivo e finalistico, senza alcuna conseguenza giuridica.

Ma è ragionevole ritenere che il riferimento ad un preciso contenuto, costituito dalla indicazione di “*linee guida*”, intenda fissare anche alcuni vincoli positivi e determinati limiti negativi al potere regolatorio. Altrimenti, il codice avrebbe richiamato la dizione generale dei regolamenti di cui all’art. 17 della legge n. 400/1988, salve le deroghe espressamente contemplate.

Ciò chiarito, allora, si tratta di stabilire se sia possibile attribuire un preciso significato alla nozione di “*linee guida*”, già da tempo presente, ma con molteplici valori semantici e senza ambizioni sistematiche, nella nostra legislazione.

Si è ipotizzato, infatti, che il concetto di LG indicherebbe un particolare contenuto o una particolare modalità espressiva del precetto giuridico, che potrebbe essere compatibile

con qualsiasi *livello formale* della fonte in cui lo strumento è collocato. Anche nello stesso codice n. 50/2016, del resto, le LG sono considerate come un “contenuto” particolare, sganciato dal livello della fonte e dal soggetto che le adotta. Basterebbe osservare la previsione di cui all’art. 25, comma 13, del codice, riguardante l’ipotesi di linee guida governative. “*Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, entro il 31 dicembre 2017, sono adottate linee guida finalizzate ad assicurare speditezza, efficienza ed efficacia alla procedura di cui al presente articolo. Con il medesimo decreto sono individuati procedimenti semplificati, con termini certi, che garantiscano la tutela del patrimonio archeologico tenendo conto dell’interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell’opera.*”

La disposizione riguarda una procedura in cui appaiono prevalenti gli interessi pubblici intestati alle amministrazioni statali e, pertanto, potrebbe apparire giustificata l’arretramento della funzione regolatoria dell’ANAC. Non si spiega, però, la totale assenza di coinvolgimento dell’Autorità. Piuttosto, va sottolineato che il potere di intervento statale non è qualificato come regolamentare e si menziona la *tecnica* delle linee guida.

La caratteristica distintiva delle LG riguarderebbe, infatti, il contenuto e la fisionomia dell’atto, nettamente distinti dal precetto nella sua comune forma di comando seguito dalla minaccia di una sanzione, o, se si preferisce l’impostazione kelseniana, come giudizio ipotetico strutturato nella descrizione di una fattispecie seguita da un effetto (*se A, allora B*).

Questo modo di ragionare potrebbe portare molto lontano, perché coinvolge sofisticati argomenti di teoria generale sulla struttura della norma giuridica.

Ma il tema conserva interesse pratico relevantissimo perché, sul terreno concreto, incide sulla tecnica di redazione delle linee guida.

A tale riguardo, peraltro, in termini molto schematici, sembrano contrapporsi due idee simmetriche, che valorizzano, rispettivamente, la parola “*linee*” e il vocabolo “*guida*” della locuzione.

Dal primo punto di vista si dice che la prescrizione dovrebbe circoscriversi alla indicazione generali delle *linee*, dei *contorni esterni* dei precetti, i quali dovrebbero restare meramente abbozzati e non “*colorati*”. Ricorrendo ad una immagine, si potrebbe dire che, in quest’ottica, le linee guida dovrebbero configurarsi come precetti ad una sola dimensione

lineare, mentre la norma, in via ordinaria, sarebbe “colorata” al suo interno, assumendo carattere per così dire “*bidimensionale*”.

Altri, invece, all’opposto, valorizzando il concetto di “*guida*”, evidenzia che tali atti intendono descrivere *analiticamente* il percorso procedimentale necessario per raggiungere un obiettivo dato: pertanto, lungi dal fissare principi sintetici, le linee guida potrebbero risultare molto dettagliate e particolareggiate, atteggiandosi come fedele “navigatore” dell’operatore economico o della stazione appaltante che segue un determinato percorso.

Nell’uno e nell’altro caso, però, si dice che le LG possano, o debbano, assumere una forma discorsiva, o, comunque, sul piano lessicale, strutturarsi senza rispettare i criteri redazionali stabiliti per gli atti normativi. È implicita, in questa affermazione, l’idea che la forma discorsiva dovrebbe risultare migliore di quella precettiva. Ma, evidentemente, la qualità di un precetto non deriva solo dall’opzione tecnica prescelta: esistono norme “tradizionali” di pregevole fattura e atti di regolazione flessibile di livello molto scadente.

Occorre considerare, allora, la possibile doppia anima delle linee guida.

A) In via di principio, si dovrebbe trattare di prescrizioni dirette a svolgere, senza errori, un percorso complesso, per giungere ad un risultato indicato dalla fonte legislativa. La norma primaria non può e non deve scendere ad un livello di dettaglio eccessivo, in particolare quando si tratta di indicare aspetti tecnici ed operativi. In questa prospettiva, quindi, le LG possono essere minuziose e molto complesse, anche dal punto di vista quantitativo. Ma il loro scopo è proprio quello di descrivere i passaggi operativi, ove occorra “spiegando” le norme primarie o le loro finalità. In questi casi, le LG, isolatamente considerate, non sono affatto “flessibili”. Ma la duttilità della regolamentazione va apprezzata nel suo complesso, con particolare riguardo alla formulazione della normativa primaria, che si limita a indicare scopi generali, lasciando alla normativa secondaria il compito di attuare tali prescrizioni.

B) Al contrario, invece, le LG possono limitarsi a dettare non prescrizioni di dettaglio, ma indicazioni molto generiche. Questo può avvenire nelle ipotesi in cui la normativa primaria lascia ampi margini di discrezionalità alle singole stazioni appaltanti e il ruolo della normazione secondaria è solo quello di fornire strumenti per attuare correttamente il potere di scelta. Analogamente, le LG a carattere “generico” potrebbero trovare qualche spazio nelle ipotesi di interventi “atipici” compiuti dall’ANAC, destinati alla realizzazione delle “finalità generali” descritte dall’art. 213. In tali eventualità,

l'intervento dell'ANAC non potrebbe essere strutturato attraverso l'adozione di prescrizioni puntuali.

In entrambi i casi, per ragioni diametralmente opposte, le LG assumono una connotazione espressiva diversa da quella dei precetti "tradizionali".

**14. LA TECNICA LINGUISTICA DI ESPRESSIONE DELLE LINEE GUIDA: LA FLESSIBILITÀ E IL CARATTERE "APERTO" DELLA PRESCRIZIONE. LA STRUTTURA "DISCORSIVA" DELLA STATUZIONE: LA SUA PERSUASIVITÀ E LA MAGGIORE CHIAREZZA ANALITICA.**

La *flessibilità* della regolamentazione potrebbe volere indicare anche altri profili attinenti ai limiti entro cui il potere dell'ANAC può esplicarsi, con particolare riferimento alla *struttura* e alla formulazione dell'atto e ai suoi specifici contenuti obbligatori.

Potrebbe evidenziare, infatti, la necessità di dettare prescrizioni (solo) "*per obiettivi*", o "*per risultati*", allo scopo di preservare i margini di autonomia e responsabilità delle singole stazioni appaltanti. All'ANAC dovrebbe essere precluso di intervenire in modo perentorio, con l'imposizione di regole "puntuali". Anche in questo caso, i caratteri della prescrizione sarebbero modellati sulle direttive e sugli atti di indirizzo, benché non risulti ancora attenuata la riconosciuta natura regolamentare delle LG.

Ciò porta alla conclusione che le LG approvate con decreto ministeriale conservano comunque una loro peculiarità. E spiega, perché, nella prassi applicativa, l'ANAC abbia sempre seguito una tecnica di redazione distante da quella tradizionale, manifestata anche attraverso il ricorso a moderni accorgimenti espressivi quali "box", neretti e corsivi in funzione espressiva, ecc.

Si è molto discusso sulla struttura espressiva assunta concretamente dalle linee guida, che sembra allontanarsi dalla fisionomia tradizionale delle disposizioni normative, incentrate sulla fissazione di un precetto e la previsione di una "sanzione", o, più in generale, di un effetto giuridico.

Le linee guida sono formulate secondo una tecnica espressiva variabile, caratterizzata quasi sempre da una struttura discorsiva, talvolta molto analitica, che non rispecchia i criteri di redazione degli atti normativi seguiti dal Governo e dal Parlamento, più volte codificati.

Vi è spesso una sovrapposizione tra la delibera che contiene le LG propriamente detta, la relazione illustrativa, l'AIR. Nel proprio sito, poi, l'ANAC pubblica, accanto alle

LG il parere del Consiglio di Stato, il testo preliminare posto in consultazione, le osservazioni e i suggerimenti formulati dagli interessati.

Occorrerebbe approfondire l'analisi di questa modalità di redazione degli atti generali, la sua funzione e utilità.

Da una parte l'ANAC ha inteso agevolare la comprensione della normativa di livello primario, svolgendo un compito non molto dissimile da quello delle circolari interpretative. È un'attività molto apprezzata dalle stazioni appaltanti, specie da quelle meno attrezzate.

Resta il rischio di intrecci e contraddizioni con gli interventi ermeneutici di altri soggetti: ogni amministrazione con una struttura articolata potrebbe avere l'esigenza di dettare istruzioni interpretative ai propri organi, senza sentirsi vincolata alle opinioni espresse dall'ANAC.

In ogni caso, poi, l'ultima parola sulla uniforme e corretta interpretazione delle norme legislative compete al giudice amministrativo. E non è un caso che, molto spesso, l'ANAC recepisce e sviluppa proprio le pronunce nomofilattiche che affrontano questioni di massima.

Il passaggio attraverso il parere facoltativo del Consiglio di Stato dovrebbe valorizzare la parte interpretativa delle LG, fermo restando che la sede del contenzioso giurisdizionale risulterà decisiva per consolidare il diritto vivente.

L'impostazione "discorsiva" delle LG, peraltro, non guarda solo al "passato" delle disposizioni legislative, ma intende spiegare anche le finalità perseguite dall'ANAC e le ragioni delle scelte compiute.

Si registra, in questo senso, il duplice tentativo di "*persuadere*" i destinatari in ordine alla utilità della prescrizione e, in ogni caso, di agevolare l'applicazione della disposizione, anche attraverso la descrizione della sua finalità.

Qualche volta, però, la fisionomia della LG strutturata secondo la mera definizione di scopi od obiettivi manifesta una persistente incertezza in ordine alle condotte richieste alle stazioni appaltanti e agli operatori.

Il carattere discorsivo della LG, poi, dovrebbe essere considerato un valore aggiunto, perché consentirebbe di esprimere la massima chiarezza e semplicità del precetto.

Su quest'ultimo aspetto, però, il dibattito resta aperto e si connette al tema tradizionale della tecnica di formazione delle regole giuridiche, e del livello, analitico o sintetico, della loro formulazione.

Il grado di precisione di un enunciato normativo è condizionato da molteplici fattori, collegati, fra l'altro, alla effettiva coerenza del linguaggio complessivo del legislatore. Non è un caso, del resto, che l'ordinamento europeo presti moltissima attenzione alla tecnica normativa basata sulle "definizioni", a volte anche con alcuni eccessi.

Il legislatore nazionale è molto più altalenante e solo raramente segue lo stesso stile. Quando adotta la tecnica delle definizioni, troppo spesso dimentica la coerenza, omettendo definizioni che sembrerebbero centrali, oppure non utilizzando quelle previste. Lo stesso codice manifesta carenze molto gravi: si pensi al concetto di "evidenza pubblica", spesso considerato, ma mai descritto.

Le LG ANAC dovrebbero, in primo luogo, incoraggiare la precisione e coerenza del linguaggio.

Dovrebbe poi essere meglio spiegata la scelta tra prescrizioni "*sintetiche*", ma chiare, e LG più "annacquate".

Come efficacemente sottolineato dalla dottrina, le LG, in ultima analisi possono anche presentarsi come "*comandi vestiti da consigli*". Determinano vincoli ed obblighi, ancorché siano presentate come *logici* corollari di norme legislative e di obiettivi condivisi.

Sono possibili altre considerazioni.

Da tempo si è notata la tendenza del legislatore di esplicitare le finalità delle disposizioni con enunciati espressamente riferiti agli obiettivi perseguiti. Le obiezioni di fondo a questa tecnica di redazione dei testi legislativi sono fin troppo note.

Ma si è anche replicato che l'esplicitazione della *ratio legis* costituisce pur sempre un criterio interpretativo utile, che non va trascurato in sede applicativa.

Né merita censura aprioristica la funzione "politica", se non etica o *pedagogica*, della asserzione generale di principi, purché pertinenti alla disciplina e sufficientemente precisi.

Questa modalità di redazione delle prescrizioni richiede comunque attenzione e accuratezza, altrimenti rischia di diventare vuota e inutile.

Un altro aspetto riguarda la questione dei destinatari delle disposizioni e il correlato tema della chiarezza e precisione degli enunciati normativi.

La materia dei contratti pubblici continua ad essere caratterizzata da un'eccessiva complicazione delle regole e della loro formulazione. Ma si è anche evidenziato che i destinatari delle norme sono, in linea di massima, soggetti qualificati professionalmente.

Pertanto, il tecnicismo delle norme e la scarsa qualità della loro fattura non determinerebbero troppi inconvenienti.

Ma va replicato che, ormai, l'ambito delle stazioni appaltanti resta ancora molto ampio e anche il mercato degli operatori economici vede affacciarsi piccole e micro imprese, dalle quali non può esigersi una preparazione tecnico giuridica troppo specialistica.

In ogni caso, poi, l'esigenza di una disciplina pulita e lineare deve essere sempre soddisfatta.

Secondo tale prospettiva, allora, può essere apprezzato ogni tentativo svolto dall'ANAC diretto a decifrare e riformulare le prescrizioni legislative, individuando il coordinamento sistematico tra norme diverse.

Il dinamismo temporale delle LG, poi, dovrebbe riguardare l'adeguamento delle prescrizioni analitiche al mutamento delle circostanze, come emerse nell'esperienza pratica.

## **15. LA NATURA REGOLAMENTARE DELLE LINEE GUIDA VINCOLANTI. L'EFFICACIA DELLE LINEE GUIDA NON VINCOLANTI.**

Secondo la dottrina, soltanto alcune delle LG sono *certamente* dotate di efficacia pienamente "vincolante".

In nessuna ipotesi il codice indica espressamente la natura vincolante delle LG. Pertanto, tale qualificazione deriva da indicazioni implicite – ma ritenute univoche - della disciplina positiva. In questo ambito si dovrebbero collocare, secondo la *communis opinio*: l'art. 31, comma 5, a proposito del responsabile del procedimento; l'art. 38, comma 6 ss., a proposito dei sistemi di qualificazione delle imprese; l'art. 78, a proposito dei criteri e requisiti per essere nominati componenti delle commissioni aggiudicatrici.

Nell'ipotesi di cui all'art. 31, comma 5, il carattere vincolante (oltre che obbligatorio per l'ANAC potrebbe derivare, oltretutto, dalla previsione di un *termine*, ancorché non perentorio, per la loro adozione. *L'ANAC con proprie linee guida, da adottare entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente codice, definisce una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP, sui presupposti e sulle modalità di nomina, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal presente codice, in relazione alla complessità dei lavori. Con le medesime linee guida sono determinati, altresì, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può*

*coincidere con il progettista, con il direttore dei lavori o con il direttore dell'esecuzione. Fino all'adozione di detto atto si applica l'articolo 216, comma 8.*

Potrebbe essere valorizzata anche la circostanza che, in assenza delle LG, in questa materia ha operato, transitoriamente, la disciplina di cui all'art. 216, comma 8. Ma tale argomento non risulta decisivo, poiché analoga previsione suppletiva riguarda le LG in materia di appalti sotto soglia, le quali, invece, sono considerate non vincolanti dalla prevalente dottrina e dal Consiglio di Stato in sede consultiva.

L'ultima ipotesi classificatoria riguarda, secondo la dottrina, le LG “*non vincolanti*”, anche esse individuate in funzione delle indicazioni espresse o implicite della fonte legislativa che le prevede.

Tra queste ipotesi si possono indicare l'art. 80, comma 13, a proposito del modo in cui accertare le carenze nell'esecuzione dei precedenti contratti, ai fini dell'esclusione dal procedimento, col fine di “*garantire omogeneità di prassi*”.

## **16.LA NATURA GIURIDICA DELLE LINEE GUIDA IN MATERIA DI AFFIDAMENTI SOTTOSOGLIA.**

Alle ipotesi “*certe*” di LG non vincolanti si aggiunge anche, secondo unanime opinione, l'ipotesi dell'art. 36, comma 7, a proposito del “*supporto*” da dare alle stazioni appaltanti in merito alla scelta dei contraenti dei contratti sottosoglia. In particolare, secondo la disciplina dell'art. 36, comma 7, “*L'ANAC con proprie linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, stabilisce le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure di cui al presente articolo, delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici. Nelle predette linee guida sono anche indicate specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata, nonché di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale. Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 9.*”

Il carattere non vincolante di tali LG è ritenuto dalla stessa ANAC, che, in concreto, le ha emanate con contenuti decisamente “*esortativi*” e fin troppo prudenti.

A ben vedere, però, questa soluzione interpretativa non pare così scontata. Il solo riferimento legislativo alla descritta finalità di “*supportare le stazioni appaltanti*” non è

decisivo, considerando il suo palese *atecnicismo* e la scarsa rilevanza che dovrebbe avere l'indicazione dell'obiettivo atteso da un intervento regolamentare. D'altro canto, sembra comune a tutte le LG una finalità di generale ausilio delle attività delle stazioni appaltante.

Semmai, l'espressione “*modalità di dettaglio*” potrebbe far pensare all'adozione di una disciplina di carattere attuativo delle disposizioni di rango legislativo.

A stretto rigore, poi, la norma primaria distingue molteplici contenuti diversi delle emanande LG:

- una generica funzione di *supporto* alle stazioni appaltanti;
- la formazione e la gestione degli elenchi degli operatori economici;
- le specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti;
- le modalità di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata;
- le modalità di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale.

Solo il primo contenuto, per la sua genericità, potrebbe apparire di carattere non vincolante, mentre tutti gli altri sembrano assumere connotati materialmente regolamentari.

In ogni caso, l'asserita natura non normativa e non vincolante non riesce a spiegare la previsione del periodo finale, che fa riferimento all'applicazione della disciplina transitoria legislativa, fino all'entrata in vigore delle LG.

In tale cornice, le LG in parola, determinando un vero e proprio effetto delegificante, devono avere inevitabilmente natura normativa.

Non senza contraddizione, poi, la stessa ANAC invita le stazioni appaltanti ad adottare appositi regolamenti attuativi, riconoscendo l'esigenza di una disciplina di chiusura delle previsioni contenute nell'art. 36.

## **17. IL RUOLO EFFETTIVO DELLA NOZIONE DI REGOLAZIONE FLESSIBILE NEL SISTEMA DELLE FONTI.**

Ci si deve chiedere, allora, a questo punto se, nel complessivo sistema del codice, la nozione unitaria di “*regolazione flessibile*” abbia un concreto rilievo.

La nota della “*flessibilità*” sembra voler introdurre una contraddittoria *attenuazione* della **imperatività** propria del regolamento, addirittura inconciliabile con la stessa *natura*

*normativa* dell'atto e alla nota caratteristica della sua *stabilità*. La "duttilità", al contrario, appare pienamente compatibile con la fisionomia giuridica degli atti generali non normativi.

L'aggettivo "**flessibile**" è usato in molti significati, per descrivere distinti aspetti della norma giuridica.

In alcuni casi si intende sottolineare la sua "facile" **modificabilità**: si pensi all'espressione "*Costituzione flessibile*", utilizzata per evidenziare la "*debole*" capacità di resistenza passiva dello Statuto albertino fonte, modificabile da qualsiasi legge posteriore, ancorché la sua posizione sostanziale di cardine dell'ordinamento avrebbe potuto suggerire una forza di resistenza passiva molto più marcata.

Da notare che la *flessibilità* considerata è, in questo contesto, del tutto "*negativa*", sul piano dei valori in gioco, e logicamente inadatta alla necessaria *stabilità* della norma costituzionale, che dovrebbe condurre, semmai, alla accentuazione della sua rigidità.

Non si può dimenticare, del resto, che le tendenze più recenti del legislatore nazionale (così come di quello europeo) sembrano orientate, in prevalenza, a fissare la "stabilità" della normativa primaria. Questa è la finalità della discussa clausola di *inderogabilità*, se non con disposizione espressa, delle norme legislative contenute in determinati provvedimenti legislativi: secondo l'art. 218, comma 1, del codice n. 50/2016, che riprende l'art. 255, comma 1, dell'abrogato codice n. 163/2006, "*1. Ogni intervento normativo incidente sul codice, o sulle materie dallo stesso disciplinate, va attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute.*"

Gli operatori economici, i cittadini, le stazioni appaltanti, infatti, di solito auspicano norme rigide, dall'applicazione prevedibile, piuttosto che disposizioni mutevoli, soggette a variabili attuazioni.

## 18. LA FLESSIBILITÀ DELLE REGOLAZIONE IN SENSO "DIACRONICO" E L'ADATTABILITÀ SINCRONICA ALLE MUTEVOLI CIRCOSTANZE.

Tuttavia, proprio la nota della rapida e periodica "*modificabilità*" risulta idonea a contrassegnare senz'altro la flessibilità della regolazione posta dell'ANAC. Sul piano del giudizio di valore, in questo caso, la elasticità è presentata dal legislatore proprio come un elemento di qualità e di *forza* della disciplina, perché essa dovrebbe indicare la capacità (o addirittura la necessità) di adattamento continuo alla dinamica dei mutamenti di fatto o di

contesto in cui si colloca la disciplina di settore, rimediando anche ad eventuali errori o lacune della disciplina preesistente.

Ora, è oggettivamente difficile comprendere quale sia l'effettiva utilità di questo tipo di "flessibilità", per varie ragioni.

1) La prospettata "velocità" dell'ANAC e dei procedimenti di regolazione flessibile non si è finora manifestata. Le LG sono varate con ritmi piuttosto pacati, non necessariamente più serrati di quelli propri dei regolamenti governativi o delle norme legislative.

2) Può apparire incoerente la scelta della *codificazione*, accompagnata, però, dalla programmatica dispersione delle regole attuative in tanti atti, diversi per contenuto e per efficacia, destinati, per giunta, a una fisiologica modificabilità.

3) Non si può trascurare, poi, che proprio in questo contesto si accentua una delle criticità poste in evidenza dalla dottrina: il potere normativo sembra intestato ad un soggetto privo di "*rappresentatività democratica*" (DEODATO).

4) Il dato della **modificabilità** nel tempo del precetto, però, non sembra offrire particolari elementi di interesse per definire il carattere davvero innovativo della nota della flessibilità: l'attribuzione di un potere di intervento "continuo" è ovvio principio organizzativo nella distribuzione delle competenze, anche normative. A meno che non si voglia sottolineare, peraltro, la particolare "*agilità*" del procedimento di formazione degli atti generali dell'ANAC, insieme ad un vero e proprio *dovere* di aggiornamento costante della disciplina.

Non a caso, in dottrina si è descritta questa ipotizzata caratteristica come *fast law*, anziché come *soft law*.

## **19. LA FLESSIBILITÀ DEI POTERI DELL'ANAC E IL RISPETTO DELL'AUTONOMIA NORMATIVA DELLE REGIONI, DELLE AMMINISTRAZIONI E DELLE STAZIONI APPALTANTI. I LIMITI COSTITUZIONALI DELL'ART. 117. IL RAPPORTO DELL'ANAC CON IL GOVERNO.**

Una ulteriore possibile finalità perseguita dalla "flessibilità" delle LG e degli altri atti generali dell'ANAC viene ravvisata nel rapporto tra ordinamento statale e autonomia normativa delle Regioni, degli enti locali e delle altre stazioni appaltanti. Questa sarebbe,

del resto, una delle ragioni dell'abbandono del regolamento generale attuativo, che poteva apparire invasivo delle competenze regionali.

In particolare, si ipotizza che solo una normativa “leggera” potrebbe limitare il rischio di invasione nella sfera riservata a tali soggetti.

Ma l'argomento non convince, perché i limiti del potere normativo statale, fissati dall'art. 117 della Costituzione (come tratteggiati dalla Corte cost.) sembrano prescindere dalla fisionomia della norma.

Un filone critico molto serio, come si è detto, dubita, in radice, della stessa legittimità del potere di intervento generale dell'ANAC, alla luce della asserita carenza di legittimazione democratica dell'Autorità e della riscontrata “eccentricità” rispetto al sistema delle fonti secondarie, basato sul disegno della legge n. 400/1988 (centralità del Governo e garanzie procedimentali).

In senso opposto, muovendo dalla prospettata mancanza di autonomia e indipendenza dell'ANAC, in virtù del suo rapporto di connessione con il Governo, si sostiene che il potere normativo dell'ANAC risulterebbe caratterizzato da un sostanziale aggiramento delle garanzie procedimentali che disciplinano la formazione degli atti normativi del Governo.

La “**flessibilità**” eliminerebbe, o, quanto meno, attenuerebbe, quindi, questo rischio, riducendo parecchio l'incisività delle LG.

La radicale critica al ruolo dell'ANAC assume però connotazioni più politiche che giuridiche, alla luce del *carattere aperto* delle fonti secondarie, nel rispetto del principio di legalità.

D'altro canto, il riscontrato limite, se appurato, sarebbe comunque travalicato anche in presenza di prescrizioni “*morbide*”.

## **20. FLESSIBILITÀ E INTENSITÀ DEL SINDACATO GIURISDIZIONALE. IL PROBLEMA SPECIFICO DELLE LINEE GUIDA NON VINCOLANTI.**

La dottrina più attenta (CINTIOLI) ha evidenziato il rischio che la dichiarata natura “flessibile” della regolazione ANAC potrebbe indurre a limitare il sindacato del giudice amministrativo su tali atto, nonostante la perentoria affermazione, contenuta, nell'art. 213, della loro impugnabilità.

Il punto richiede approfondimento, benché, allo stato, l'esperienza del contenzioso non fornisce elementi di valutazione.

Si possono indicare le due questioni centrali.

La prima riguarda l'intensità del sindacato giurisdizionale, che potrebbe ritenersi intrinsecamente limitato in relazione alla sfera riservata alle Autorità indipendenti.

La seconda riguarda il delicato tema della lesività (immediata) di atti che appaiono concepiti come indicazioni richiedenti applicazioni concrete da parte delle stazioni appaltanti. Si potrebbe affermare, infatti, che le LG, massimamente quelle totalmente non vincolanti, si devono tradurre in provvedimenti concreti successivi, eventualmente conformi alla LG, ma sulla base di un'autonoma scelta della stazione appaltante.

Quindi, non solo sarebbe impossibile ipotizzare l'immediata lesività della LG, ma non vi sarebbe nemmeno l'onere di impugnare la LG "presupposta", perché questa rappresenterebbe mero antecedente temporale, ma non logico necessario, della determinazione concreta.

Per verificare l'esattezza di questi assunti occorrerà distinguere tra le diverse situazioni verificabili nella prassi, tenendo conto dei risultati interpretativi cui è pervenuta la giurisprudenza in relazione allo spinoso tema della impugnabilità delle circolari.

## **21. UN POSSIBILE RIPENSAMENTO DELLA ESPANSIONE DELLA REGOLAMENTAZIONE FLESSIBILE: IL RITORNO ALLA TECNICA NORMATIVA TRADIZIONALE?**

Alcuni commentatori ritengono che, ora, dopo i primi mesi di esperienza (deludente) della regolazione flessibile si stia realizzando *“una significativa “marcia indietro” sui poteri regolamentari dell'ANAC in ambiti che attengono a una platea indifferenziata dei destinatari”*.

Si indica, in tal senso, l'emblematica vicenda della disciplina della qualificazione degli operatori economici, originariamente affidata a linee guida e ora ricondotta a fonti regolamentari governative.

Sia il parere del Consiglio di Stato sullo schema di codice che quello sullo schema di correttivo avevano osservato in relazione alle linee guida sulla qualificazione degli operatori economici (artt. 83 e 84) che si tratta di materia intrinsecamente normativa, da affidare alle

linee guida ministeriali, tradotte in un atto avente la forma e l'efficacia di un regolamento ex art. 17 della legge n. 400/1988<sup>13</sup>.

Nella sua versione originaria, il codice aveva previsto, al riguardo, un tipo *sui generis* di LG, qualificato, da taluno come un *quartum genus* rispetto ai tre ipotizzati dalla delega, prevedendo LG dell'ANAC sulla qualificazione, previo parere delle competenti commissioni parlamentari.

Ma era dubbia la costituzionalità di questa previsione: sia per eccesso di delega, sia perché si creava un "atto anomalo" in cui un organo costituzionale quale il Parlamento rende parere ad un organo tecnico che, per quanto indipendente, non ha rango costituzionale. Questo, con le ulteriori implicazioni nel caso in cui l'ANAC si scostasse dal parere (obbligatorio ma mai vincolante) delle Commissioni parlamentari, senza incorrere in alcuna responsabilità politica diversamente da quanto avviene quando è il Governo a disattendere l'avviso del Parlamento nei confronti del Governo<sup>14</sup>.

L'aver previsto il parere delle Camere nel procedimento di formazione delle LG ANAC sulla qualificazione degli operatori economici metteva una seria ipoteca di illegittimità costituzionale per eccesso di delega, su un pezzo importante della riforma.

Ora, al di là delle questioni riguardanti questo specifico aspetto, resta confermata l'idea di fondo, secondo cui l'architettura complessiva delle linee guida e della regolazione flessibile dell'ANAC non stia determinando risultati particolarmente importanti e non pare destinata a significativi sviluppi nel campo dei settori speciali.

---

<sup>13</sup> Si legge nel parere sub art. 83: "Il comma 2 affida all'ANAC la disciplina (caratterizzata da generalità e astrattezza) di rilevanti aspetti sostanziali in tema di selezione dei candidati, caratteri del sistema di qualificazione, casi e modalità di avvalimento e requisiti e capacità che devono essere posseduti dal concorrente, integrando una parte rilevante della materia disciplinata e incidendo altresì su specifici status soggettivi. Si tratta di materia intrinsecamente normativa, che completa il dettato delle disposizioni di rango primario e che andrebbe più propriamente affidata alla sede regolamentare, con le relative implicazioni anche in termini di garanzie procedurali.

Alla luce di quanto osservato nella parte generale (sub II.g), si demanda al Governo di valutare se riconfermare il riparto di attribuzioni del presente articolo, ovvero modificarlo affidando una parte di tale materia ai decreti ministeriali adottati su proposta dell'ANAC, lasciando comunque all'ANAC il sistema di premialità e penalità del comma 10, nonché la disciplina delle SOA di cui al successivo art. 84, secondo quanto già previsto dall'abrogando d.lgs. n. 163/2006.

In tale seconda ipotesi, le competenze attribuite all'ANAC in tema di qualificazione avrebbero comunque piena esplicazione attraverso il potere di proposta, che costituisce tipico atto che predetermina il contenuto del provvedimento finale."

<sup>14</sup> Per tale riflessione v. anche C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 29.4.2016

Vero è che molti dei timori paventati dai primi commentatori si sono rilevati privi di fondamento. Ma lo stravolgimento del sistema delle fonti, non pare aver determinato particolari benefici.

Proprio i dati riguardanti i settori speciali risultano in questo senso molto interessanti, perché dimostrano la sostanziale irrilevanza del complesso procedimento diretto alla attuazione della regolazione flessibile e la sostanziale autosufficienza delle regole legislative generali e delle norme organizzative poste autonomamente da ciascuna stazione appaltante.

**Marco Lipari**

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

Publicato l'11 aprile 2018