ANAC pubblica un nuovo regolamento per il precontenzioso

4 Febbraio 2019

Si ricorda che l'art. 211, comma 1, del Codice, alla luce delle modifiche introdotte dal D.lgs. 56/2017, dispone che «*Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere, previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente consentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo …* ».

Il nuovo Regolamento entrerà il prossimo 10 febbraio – e si applicherà:
– alle istanze inoltrate dopo la sua entrata in vigore;
– nonché alle istanze inoltrate prima della sua entrata in vigore per le quali non sia stato ancora avviato il relativo procedimento (art. 14).

Per quanto invece riguarda le istanze inoltrate prima della sua entrata in vigore e per le quali sia stato avviato il relativo procedimento entro il 10 febbraio p.v., si continuerà ad applicare il regolamento del 5 ottobre 2016, pubblicato sulla G.U. n. 245 del 19 ottobre 2016.

Ciò premesso, si evidenziano, di seguito, le principali novità del regolamento in esame.

1. Soggetti legittimati

L'art. 3 del nuovo testo, in particolare, nel definire il novero dei soggetti legittimati ad avviare la procedura in esame, non cita più espressamente i soggetti portatori di interessi collettivi costituiti in associazioni o comitati, limitandosi ad un mero rinvio alla norma di riferimento del Codice (ossia l'art. 211, comma 1, primo periodo).

Ora, tale modifica potrebbe ingenerare il dubbio, che i soggetti collettivi – tra i quali naturalmente l'ANCE – non siano più abilitati alla proposizione delle istanze di parere.

Ciò in quanto, il predetto articolo 211, nel perimetrare l'ambito delle questioni azionabili, le individua facendo riferimento a quelle "*insorte durante le procedure digara*". Ne potrebbe conseguire l'esclusione delle associazioni di categoria, dal momento che, in senso letterale, le parti di una procedura di gara sono la stazione appaltante e i concorrenti.

Tale ipotesi interpretativa, tuttavia, è da scongiurare.

La pareristica in sede di "precontenzioso", infatti, oltre a rappresentare uno tra i più efficaci strumenti di deflazione del contenzioso, svolge una fondamentale funzione di "moral suasion" per tutti gli operatori del settore, stazioni appaltanti e imprese.

Peraltro, l'Associazione, con riferimento al regolamento di precontenzioso adottato nel 2014, proprio nella parte in cui escludeva le associazioni di categoria dal novero dei soggetti legittimati ad attivare la procedura per il rilascio dei pareri di precontenzioso, era intervenendo ad *adiuvandum* nel giudizio incardinato da ANCE Chieti per l'annullamento del citato regolamento. L'Autorità, in tale caso, già nella

fase cautelare del giudizio, aveva reso noto che stava valutando l'opportunità di procedere ad una modifica del provvedimento nel senso auspicato da ANCE; il regolamento del 2016 ha poi espressamente confermato la legittimazione delle Associazioni.

Pertanto, l'ANCE si è già attivata per conoscere quale sia l'orientamento dell'Autorità al riguardo, evidenziando le ragioni che rendono la partecipazione di tali enti fondamentali per garantire la massima partecipazione e il pieno contraddittorio tra le parti.

2. Presentazione dell'istanza

Negli artt. 4 e 5 del Regolamento sono disciplinate le modalità di presentazione, rispettivamente, dell'istanza singola e dell'istanza congiunta tra la stazione appaltante e una o più parti.

In linea con il regolamento 2016, quando l'istanza è presentata **singolarment**e dalla stazione appaltante o da una parte interessante, **il parere è da intendersi non vincolante**; se **congiunta**, invece, il parere è vincolante per le parti che vi hanno **acconsentito.**

In ogni caso, qualora l'istante abbia manifestato la volontà di attenersi a quanto stabilito nel parere, le altre parti possono aderirvi entro 10 giorni dalla ricezione della comunicazione che le informa dell'avvenuta presentazione dell'istanza, tramite comunicazione del proprio assenso all'Autorità.

In tal caso, quindi, il parere acquisisce efficacia vincolante anche per tali parti.

L'istanza deve essere redatta utilizzando il modulo allegato al Regolamento, **e trasmessa tramite posta elettronica certificata, unitamente a una eventuale memoria e alla documentazione ritenuta utile.**

Nel caso in cui la comunicazione risulti non completa, l'Autorità invita la parte ad integrarla entro il termine perentorio di 5 giorni, scaduto il quale l'istanza diventa improcedibile.

Si evidenzia che il modulo per la presentazione di istanza di parere deve essere trasmesso, unitamente agli allegati, attraverso un'unica comunicazione PEC indirizzata alla casella protocollo@pec.anticorruzione.it.

Il modulo deve essere inviato esclusivamente in originale digitale, sottoscritto con firma digitale da parte dell'istante.

Anche gli allegati, comprese le memorie, dovranno essere presentati in formato digitale.

L'istanza deve contenere, infine, una sintetica indicazione degli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini del parere, identificando altresì i vizi dell'atto contestato e illustra il quesito o i quesiti di diritto per i quali è richiesto il parere stesso.

3. Ordine di trattazione delle istanze

Viene confermato l'ordine di priorità nella trattazione delle istanze:
a) con manifestazione di volontà di due o più parti di attenersi a quanto stabilito nel parere;
b) presentate dalla stazione appaltante;
c) che sottopongono questioni originali o di particolare impatto per il settore dei contratti pubblici;
d) concernenti appalti di importo superiore alla soglia comunitaria;
e) concernenti appalti di importo superiore a 40.000 euro.

4. Inammissibilità e improcedibilità

Quanto alle ipotesi di **inammissibilità** delle istanze**,** le novità attengono, principalmente, a due aspetti:

1) è venuta meno, inoltre, la causa di inammissibilità relativa alla istanze che possono interferire con esposti di vigilanza e procedimenti sanzionatori in corso di istruttoria presso la stessa Autorità.

Al riguardo, l'art. 8 del presente Regolamento ha introdotto una disciplina *ad hoc*, a tenore della quale:

– **il procedimento di vigilanza in materia di contratti di lavori, servizi e forniture può non essere avviato** in caso di pendenza di un procedimento di precontenzioso avente il medesimo oggetto, ovvero **può essere sospeso in caso di sopravvenuta richiesta di parere di precontenzioso** avente il medesimo oggetto.

– in caso, invece, di richiesta di un parere vincolante, non da' luogo all'esercizio dei poteri impugnatori di cui all'art. 211, commi 1-bis e 1-ter, del codice.

2) viene sancita l'inammissibilità delle istanze "*dirette a far valere l'illegittimità di un atto della procedura di gara autonomamente impugnabile, rispetto al quale siano già decorsi i termini di impugnazione in sede giurisdizionale*" – art. 7, comma 1, lett. c) – **cd principio dell'inammissibilità dell'istanza di precontenzioso tardiva**.

La *ratio* di tale novità risiede – come riferito dalla stessa Autorità nella richiesta di parere al Consiglio di Stato di cui in precedenza – nella volontà di evitare che "*l'istanza di parere possa fungere da strumento per eludere i termini processuali ovvero per rimettere surrettiziamente in termini le parti che siano decadute dall'azione in giustizia".*

Ciò, fermo restando che qualora un operatore economico, che abbia o meno partecipato alla gara, ritenga di sollecitare una valutazione da parte dell'Autorità in ordine a qualsiasi fase o aspetto della relativa procedura oppure ad una decisione o un provvedimento ritenuti viziati, può comunque presentare:

o una istanza di parere di cui al Regolamento del 20 luglio 2016 (recante "*Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva svolta dall'Autorità nazionale anticorruzione ai sensi della legge 6 novembre 2012, n. 190 e dei relativi decreti attuativi e ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al di fuori dei casi di cui all'art. 211 del decreto stesso*"),

o oppure un esposto per l'avvio dell'attività di vigilanza di cui al Regolamento del 15 febbraio 2017 (recante "*Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*").

Coerentemente poi con tale novità, il nuovo regolamento non consente più nemmeno la possibilità di presentare **istanza di riesame** relativamente ad una questione controversa già definita con parere di precontenzioso ovvero per la quale sia stata disposta l'archiviazione.

Istanza di riesame che poteva essere richiesta al ricorrere di due condizioni:

1) sopravvenienza di ragioni di fatto;

2) mancata proposizione, nei termini di legge, del ricorso giurisdizionale avverso il parere di precontenzioso o avverso il provvedimento che lo recepiva.

Tale possibilità è venuta meno, essendo anche venuta meno, come in precedenza evidenziato, *in toto* la possibilità di presentare istanza di parere di precontenzioso una volta decorsi i termini di impugnazione, in sede giurisdizionale, dell'atto della procedura di gara autonomamente impugnabile.

In ogni caso, le richieste dichiarate inammissibili, se riguardano, comunque, questioni giuridiche ritenute rilevanti, possono essere trattate ai fini dell'adozione di una pronuncia dell'Autorità anche a carattere generale.

Quanto alle ipotesi di **improcedibilità** delle istanze, la novità attiene alla previsione espressa **dell'improcedibilità delle istanze in caso di mancata comunicazione della stessa a tutti**

i soggetti interessati alla soluzione della questione controversa – art.7, comma 3, lett. a).

5. Procedura semplificata

Viene confermata la possibilità di rendere un parere non vincolante con procedura semplificata, nel caso in cui **la questione appaia di pacifica soluzione**, tuttavia, tale possibilità viene limitata ai casi in cui l'istanza verta su una gara il cui valore sia inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria per servizi e forniture ed **inferiore ad un milione di euro per i lavori**.

Sono, inoltre, soggette a tale procedura, indipendentemente dalla soglia di valore, anche le istanze aventi ad oggetto le valutazioni che la stazione appaltante svolge nell'esercizio della propria **discrezionalità tecnica**, con specifico riferimento agli eventuali profili di manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrarietà ovvero di palese e manifesto travisamento dei fatti.