



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI TERAMO

Diritto degli appalti pubblici

Prof. Simona D'Antonio

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

A.A. 2024/2025

Argomento 2

Governance e attività di garanzia
nel settore dei contratti pubblici

Necessità di una funzione di garanzia nel settore dei contratti pubblici

- La complessità del quadro regolatorio e la molteplicità degli interessi da tutelare rendono necessaria, accanto alla repressione ex post delle relative violazioni (intervento del giudice penale, amministrativo e contabile), una funzione preliminare di indirizzo e controllo affidata alla stessa P.A.;
- in tal senso si parla di una funzione di garanzia che ha tre obiettivi: la tutela della concorrenza, la prevenzione della corruzione e di infiltrazioni criminali, la razionalizzazione degli acquisti al fine di maggiore efficienza e risparmio di spesa.

Attori della *governance* del settore

- Cabina di regia, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (art. 221), con funzioni di indirizzo, coordinamento e monitoraggio («help desk» per gli appalti);
- Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC);
- Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti (art. 223 e 233): favorire la realizzazione di infrastrutture; dare assistenza e supporto alle stazioni appaltanti per quanto riguarda l'applicazione della disciplina di settore. Si avvale della «Struttura tecnica di missione» e può proporre al Presidente del C.d.M. la nomina di commissari straordinari;
- Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (CIPESS), che deve predisporre il Piano nazionale dei servizi strategici per il Paese (art. 221, c. 8).

Istituzione di un'autorità di settore

- Con la legge n. 109/1994 fu istituita l'AVLP;
- le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE hanno imposto agli Stati membri l'istituzione di sistemi di controllo sul rispetto delle relative norme, attuabili anche attraverso agenzie indipendenti;
- il d. lgs. n. 163/2006 cambia nome all'AVLP in AVCP e ne estende le funzioni anche ai servizi e alle forniture, affidandole altresì un ruolo di promozione e tutela della concorrenza.

Un'unica autorità con due funzioni

- Il d.l. n. 90/2014 ha istituito l'ANAC, che nasce come evoluzione della CIVIT - Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche istituita dal d. lgs. n. 150/2009 e individuata dalla l. n. 190 del 2012 come perno delle politiche di prevenzione e contrasto della corruzione;
- inoltre ha soppresso l'AVCP ed ha affidato la relativa funzione all'ANAC, così concentrando in capo ad un'unica autorità la funzione di garanzia nel settore dei contratti pubblici e quella di prevenzione della corruzione nell'ambito dell'amministrazione pubblica;
- tale scelta trova conferma prima nel d. lgs. n. 50/2016 e poi nel d. lgs. n. 36/2023.

Natura di amministrazione indipendente

- L'art. 13 d. lgs. n. 150/2009 prevede che ANAC operi in posizione di indipendenza di giudizio e di valutazione e in piena autonomia;
- l'art. 6, c. 4, d. lgs. n. 163/2006 prevedeva in capo all'AVCP indipendenza funzionale, di giudizio e di valutazione nonché autonomia organizzativa: cfr. art. 222 d. lgs. n. 36/2023;
- è un collegio composto da 5 membri scelti tra esperti di elevata professionalità, nominati con d.P.R. previa deliberazione del C.d.M. e parere favorevole delle commissioni parlamentari competenti;
- i componenti durano in carica 6 anni;
- sono previste incompatibilità e vi è divieto di conflitto di interessi.

Peculiarità

- L'ANAC svolge una funzione di prevenzione e contrasto amministrativo alla corruzione tipica della responsabilità politico-governativa;
- sono previsti poteri emergenziali in capo al Presidente;
- all'ANAC spettano altresì poteri tradizionalmente riservati all'ordine giudiziario.

Funzioni amministrative (art. 222)

- Vigilanza: c. 3, lett. a), b), f), g), h) [vigilanza collaborativa]
- Controllo: c. 3, lett. b) e c. 6
- Poteri ispettivi: c. 5
- Poteri di gestione del sistema di qualificazione: c. 3, lett. l); c. 4; art. 63, c. 13
- Poteri di gestione del sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni: art. 109
- Titolarità della BDNCP: c. 3, lett. m)
- Segnalazione e proposta: c. 3, lett. c), d), e)
- Sanzionatorie: c. 13 e c. 14

Funzione di regolazione

- Il Codice del 2016 attribuiva all'ANAC una funzione regolatoria esercitata attraverso le c.d. «linee guida»;
- le quali erano divise (CDS, parere 1 aprile 2016, n. 855) in obbligatorie e vincolanti (ma non fonti del diritto in senso proprio) da un lato, facoltative e non vincolanti dall'altro;
- ed erano approvate con decreto ministeriale.
- Il nuovo Codice supera il sistema delle linee guida ma conserva all'ANAC un potere di «regolazione flessibile» (art. 222, c. 16);
- prevale la tesi del valore solo orientativo e di *moral suasion* degli atti di regolazione dell'ANAC; vedi però l'art. 2, c. 3 del nuovo codice.

Ragioni della funzione regolatoria di ANAC

- Crisi dello strumento del regolamento
- Tendenza ad attribuire poteri normativi alle amministrazioni indipendenti

Funzione precontenziosa o para-contenziosa (art. 220)

- Si tratta del potere di risolvere controversie sorte in relazione ad una procedura di gara:
 - istanza di parte, contraddittorio, decisione entro 30 gg.: parere (c.d. di precontenzioso) che vincola le parti che abbiano preventivamente stabilito di attenervisi;
 - il parere vincolante è impugnabile dinanzi al G.A.;
 - un regolamento del 2019 prevede che i pareri possano essere vincolanti o non vincolanti e che possa essere adottato un parere in forma semplificata;
- legittimazione processuale di ANAC ex art. 220, cc. 2 e 3.

Funzione di gestione della BDNCP

- Attività conoscitiva sui dati e sull'andamento del settore;
- superato l'Osservatorio dei contratti pubblici istituito presso l'ANAC dal Codice del 2016;
- l'art. 23 affida all'ANAC la titolarità esclusiva della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici e la relativa gestione e sviluppo.

Razionalizzazione della spesa pubblica

- Art. 222, c. 6: l'ANAC è tenuta a trasmettere gli atti alla Procura della Corte dei conti «qualora accerti che dalla esecuzione dei contratti pubblici derivi pregiudizio per il pubblico erario».

ANAC e documentazione antimafia

- Art. 83, c. 1, d. lgs. n. 159/2011: le PP.AA. devono acquisire la documentazione antimafia prima di stipulare contratti pubblici.
- Comunicazione e informazione antimafia: competenza del prefetto.
- L'ANAC in tale ambito può:
 - consultare la banca dati nazionale della documentazione antimafia per approntare la banca dati nazionale dei contratti pubblici;
 - precisare (con deliberazioni/determinazioni) i rapporti tra codice appalti e codice antimafia (funzione regolatoria).