



Autorità Nazionale Anticorruzione

Atto di segnalazione n. 3 dell'8 novembre 2017

Concernente l'art. 49, co. 7, del d.l. 24 aprile 2017, n. 50 conv. in legge, con modificazioni, 21 giugno 2017, n. 96

Approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1138 dell'8 novembre 2017



Autorità Nazionale Anticorruzione

1. Premessa

Fra i compiti assegnati all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) dall'art. 213, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al comma 3, lett. c) e d) rientra quello di segnalare al Governo e al Parlamento i fenomeni di non corretta applicazione della normativa di settore e di formulare al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente.

Considerate le competenze riconosciute all'Autorità, si intendono di seguito formulare osservazioni in merito alla disposizione di cui all'art. 49, co. 7 del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50 conv. in legge, con modificazioni, 21 giugno 2017, n. 96 che nella versione vigente presenta molteplici profili di criticità.

Benché, infatti, l'ANAC si sia adoperata - nei termini che verranno di seguito descritti - per garantire piena attuazione alla norma in esame, permangono alcune questioni aperte e molte difficoltà interpretative che meritano di essere segnalate al Governo e al Parlamento affinché questi possano valutare gli interventi correttivi ritenuti più idonei per superare le problematiche giuridiche esistenti. Si può immaginare, in particolare, di procedere con l'abrogazione o, in alternativa, con una eventuale modifica della disposizione in esame, nei termini che di seguito si sottopongono all'attenzione del Governo e del Parlamento.

L'art. 49, co. 7 del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50 conv. in legge, con modificazioni, 21 giugno 2017, n. 96 ha attribuito all'Autorità il compito di rilasciare un parere preventivo in merito ad accordi bonari e/o transazioni giudiziali e stragiudiziali sottoscritti da ANAS S.p.A., riguardanti controversie con le imprese appaltatrici derivanti dall'iscrizione di riserve o da richieste di risarcimento. In particolare, la disposizione prevede che: *“7. ANAS S.p.A. è autorizzata per gli anni 2017, 2018 e 2019, nei limiti delle risorse di cui al comma 8, a definire, mediante la sottoscrizione di accordi bonari e/o transazioni giudiziali e stragiudiziali, le controversie con le imprese appaltatrici derivanti dall'iscrizione di riserve o da richieste di risarcimento, laddove sussistano i presupposti e le condizioni di cui agli articoli 205 e 208 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e con le modalità ivi previste, previa valutazione della convenienza economica di ciascuna operazione da parte della Società stessa, nonché apposito preventivo parere dell'Autorità nazionale anticorruzione”*.

La citata norma consente, quindi, alla società ANAS di definire – per il triennio 2017-2019 – mediante la sottoscrizione di accordi bonari e/o transazioni giudiziali e stragiudiziali, le controversie derivanti dall'iscrizione di riserve o da richieste di risarcimento, laddove sussistano i presupposti e le condizioni di cui agli articoli 205 e 208 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n.



Autorità Nazionale Anticorruzione

50 e ss.mm.ii.. La stessa specifica che ANAS dovrà procedere alla verifica dei presupposti e delle condizioni di cui ai richiamati artt. 205 e 208 del Codice seguendo il procedimento ivi previsto e previa valutazione della convenienza economica di ciascuna operazione. La previsione stabilisce, infine, che l'ANAS dovrà acquisire “*apposito parere preventivo dell’Autorità nazionale anticorruzione*”.

Fermo restando che compete alla società ANAS la verifica dei presupposti e delle condizioni che legittimano il ricorso alle procedure di cui ai citati artt. 205 e 208 del Codice, non risulta chiara qual è la natura giuridica del parere che l’Autorità dovrà adottare e le conseguenze che potranno derivare dalla sua adozione, nonché come tale funzione si inserisce nel novero delle competenze ad essa già assegnate. La norma, infatti, non specifica se trattasi o meno di un parere avente natura vincolante e, più in generale, non chiarisce come tale nuova attribuzione si inserisce nell’ambito della *mission* istituzionale che il legislatore ha assegnato all’ANAC e che attiene, in particolare, allo svolgimento di una funzione di vigilanza sulla corretta applicazione della disciplina in materia di contrattualistica pubblica nonché di prevenzione della corruzione e garanzia della corretta attuazione del principio di trasparenza nella pubblica amministrazione.

Giova ricordare che l’art. 213 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 rubricato “Autorità Nazionale Anticorruzione” dispone al comma 1 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) [...], che agisce anche al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione.*” [...]. I successivi commi dello stesso articolo individuano nel dettaglio le competenze dell’Autorità che sono per lo più riconducibili allo svolgimento di una funzione di vigilanza, anche di tipo preventivo come previsto al comma 3, lett. h) dello stesso art. 213. Le restanti competenze dell’Autorità sono quelle elencate all’art. 211 del Codice dei contratti pubblici; in particolare, il comma 1 stabilisce che l’Autorità può esprimere pareri di precontenzioso, anche aventi natura vincolante; mentre il comma 1-*bis* ed 1-*ter* disciplinano le ipotesi che consentono all’Autorità di esercitare il c.d. potere di “legittimazione processuale attiva” ovvero la possibilità dell’ANAC di agire in giudizio per l’impugnazione di bandi, atti generali e provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga violino le norme in materia di contratti pubblici, nonché la possibilità – nei casi in cui una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato – di emettere un parere al quale la stazione appaltante può decidere o meno di conformarsi, restando inalterata per l’Autorità la possibilità di presentare ricorso al Giudice entro i successivi trenta giorni. Le competenze assegnate all’Autorità sono evidentemente caratterizzate da un penetrante potere di vigilanza, controllo e/o di indirizzo per le pubbliche amministrazioni nei settori di competenza. In tale contesto, non appare del tutto



Autorità Nazionale Anticorruzione

chiaro come trovi collocazione la funzione di cui all'art. 49, co. 7 del d.l. 24 aprile 2017, n. 50 che, ad una attenta lettura, appare più assimilabile ad una attività di mera verifica che di vigilanza.

2. Natura giuridica del parere

Per meglio inquadrare la competenza riconosciuta dalla norma in esame all'Autorità, appare opportuno chiarire la natura giuridica del parere che la stessa dovrà rilasciare. L'adozione di pareri - secondo autorevole dottrina (Caringella, 2016) - è riconducibile all'esercizio della funzione consultiva con l'obiettivo di *“illuminare e indirizzare l'azione degli organi di amministrazione attiva. [...] I pareri obbligatori sono vincolanti, qualora sia espressamente stabilito dalla legge che l'Amministrazione chiamata a produrre l'atto terminale non possa discostarsi dal suo contenuto, residuando solo la possibilità di non emanare il provvedimento finale [...]”*. La stessa dottrina distingue i pareri in tre fattispecie: vincolanti, parzialmente vincolanti e non vincolanti.

I pareri obbligatori sono vincolanti solo se ciò è espressamente stabilito dalla legge; in tal caso, l'Amministrazione deputata all'adozione del provvedimento finale non può da essi discostarsi [...]; *inoltre, in quanto la loro emanazione può comportare l'interruzione del procedimento o comunque influenzare irrimediabilmente gli effetti finali – devono essere impugnati entro il termine decadenziale decorrente dalla sua conoscenza, in quanto idoneo a ledere direttamente la sfera giuridica degli interessati*. Il parere, invece, è da intendersi parzialmente vincolante quando l'Amministrazione può decidere di discostarsi *solo in un determinato senso o per particolari aspetti, dandone conto nella motivazione del provvedimento*, mentre sono pareri non vincolanti quelli dai quali l'Amministrazione può discostarsi liberamente, motivando in merito (Caringella, 2016).

Nel caso in esame, come sopra accennato, il legislatore non ha qualificato la natura vincolante o meno del parere, lasciando ipotizzare - seguendo l'interpretazione della dottrina ivi richiamata - che trattasi di un parere preventivo di tipo obbligatorio ma non vincolante. Siffatta interpretazione appare in linea sia con la *ratio* del legislatore che ha voluto introdurre una modalità più semplice e veloce di definizione delle controversie insorte con le imprese appaltatrici, sia con le funzioni riconosciute fino ad oggi all'Autorità. Quest'ultima, infatti, fatta eccezione per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui al citato art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, svolge solo una funzione di tipo consultivo non vincolante finalizzata esclusivamente a fornire *“orientamenti in ordine a particolari problematiche interpretative e applicative poste dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 e dai suoi decreti attuativi, nonché indirizzi al mercato vigilato sulla corretta interpretazione e applicazione della normativa in materia di contratti pubblici con riferimento a fattispecie concrete ai sensi del citato art. 213 del d.lgs. n. 50/2016”*. Si ritiene, pertanto, di concludere che il parere preventivo che l'Autorità dovrà rilasciare ai sensi del citato art. 49, co. 7 sia riconducibile alla fattispecie dei pareri obbligatori ma non vincolanti.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Una volta inquadrata la natura giuridica del predetto parere, deve essere chiarito come tale funzione si inserisce nell'ambito delle competenze assegnate all'Autorità che sono state sinteticamente passate in rassegna nel paragrafo precedente. Infatti, a meno di non voler ricondurre il compito di rilasciare il predetto parere ad ANAS nell'ambito di una funzione di tipo consultivo, si ritiene più correttamente di collocare detta nuova competenza nell'ambito della funzione di vigilanza esercitata dall'Autorità, come detto, anche in termini preventivi. Siffatta interpretazione, oltre a risultare più coerente con il quadro normativo che regola le competenze dell'Autorità, consente anche di evitare un inevitabile aggravio del contenzioso oltre che un probabile rallentamento del procedimento di cui agli artt. 205 e 208 del citato decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Ciò in quanto, per esempio, con riferimento al procedimento di cui all'art. 208 del Codice già è previsto, in specifici casi, l'acquisizione del parere dell'Avvocatura dello Stato, ovvero di un legale interno alla struttura, o del funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso, ove non esistente il legale interno.

L'acquisizione di un ulteriore parere, peraltro non vincolante, potrebbe generare un aggravio del procedimento oltre che un eventuale ipotetico conflitto fra le posizioni espresse nell'ambito dello stesso, ciò almeno nelle ipotesi di cui al citato art. 208, nell'ambito del quale potrebbero sussistere due pareri giuridici, magari anche in contrasto fra loro, con ricadute inevitabili sul sistema complessivo.

Considerato quanto sopra, si ritiene di concludere che la nozione di "parere" di cui al citato art. 49, co. 7 del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50 debba essere intesa in senso atecnico e, quindi, non riconducibile ad una generale funzione consultiva bensì alla funzione di vigilanza dell'Autorità. Quest'ultima, potrà, quindi ritenere assolto il proprio compito mediante il rilascio di un "parere" in ordine alla correttezza della procedura seguita da ANAS S.p.a. per addivenire alla definizione delle controversie con le imprese appaltatrici derivanti dall'iscrizione di riserve o da richieste di risarcimento. Il predetto "parere" non dovrebbe avere ad oggetto una valutazione di merito dell'accordo o della transazione nel presupposto che il legislatore ha individuato ANAS S.p.a. quale soggetto deputato a verificare i presupposti e le condizioni di legge per addivenire alle procedure di cui all'art. 205 e 208 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Chiarito, quindi, che la competenza assegnata all'Autorità non rientra nella funzione consultiva ma che essa debba essere riconducibile alla funzione di vigilanza di cui all'art. 213 del vigente Codice, in quanto più coerente con il quadro normativo che regola le competenze dell'Autorità, e stabilito che compete alla società ANAS la verifica dei presupposti e delle condizioni che legittimano il ricorso alle procedure di cui agli artt. 205 e 208 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si ritiene che la competenza assegnata all'Autorità dall'art. 49, co. 7 del citato d.l. 24 aprile 2017, n. 50 sia di mera verifica della correttezza della procedura seguita ANAS S.p.a. per



Autorità Nazionale Anticorruzione

addivenire alla definizione delle controversie con le imprese appaltatrici derivanti dall'iscrizione di riserve o da richieste di risarcimento. Accedendo a tale interpretazione, risulta chiaro che la competenza dell'Autorità nell'ambito del procedimento di cui all'art. 49, co. 7 assuma un valore del tutto marginale in quanto limitato ad una attività di controllo della esattezza del procedimento seguito. Peraltro, ipotizzare che l'Autorità eserciti una funzione così secondaria avendo la stessa - ai sensi dell'art. 213 del Codice dei contratti - la possibilità di intervenire sulle medesime procedure attraverso l'attività di vigilanza in maniera più ampia e incisiva appare poco razionale. Pertanto, al fine di superare le criticità qui rappresentate, si sottopone al Governo e al Parlamento la possibilità di intervenire con l'abrogazione della norma in questione per evitare da un lato un aggravio procedurale che impedisce alla società ANAS S.p.A. di procedere tempestivamente a superare il contenzioso in essere e dall'altro di rimettere all'Autorità un potere di intervento poco efficace rispetto ai penetranti poteri già ad essa assegnati dal Codice dei contratti. In subordine si sottopone al Governo e al Parlamento la possibilità di intervenire a modificare, nei termini di seguito descritti, la norma di cui all'art. 49, co. 7 del citato d.l. 24 aprile 2017, n. 50 in modo da superare le criticità rilevate.

3. Ambito di applicazione della norma

L'attuale formulazione della norma, oltre alle problematiche descritte sopra, non risulta chiara né con riferimento all'ambito di applicazione né alle modalità procedurali da porre in essere per dare piena attuazione alla stessa. Tuttavia - pur auspicando un intervento del Governo e del Parlamento volto ad abrogare o in subordine a modificare la norma in questione - si è ritenuto di dare attuazione alla stessa avviando, con spirito di leale collaborazione un dialogo con ANAS S.p.A.; in particolare, è stata accordata l'esigenza manifestata dalla società ANAS S.p.A. di avviare tempestivamente le procedure di cui all'art. 49, co. 7. Si è, quindi, pervenuti alla comune decisione di sottoscrivere un Protocollo di intesa nel quale definire gli adempimenti necessari per il rilascio del parere preventivo di cui all'art. 49, co. 7 del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50. In fase di definizione del suddetto Protocollo è stato chiarito che il parere preventivo rilasciato dall'Autorità non dovrà avere ad oggetto una valutazione di merito dell'accordo o della transazione ma dovrà limitarsi a verificare che:

- le controversie derivino dall'iscrizione di riserve o da richieste di risarcimento aventi ad oggetto contratti già stipulati;
- ricorrano effettivamente i presupposti e le condizioni di cui agli articoli 205 e 208 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e ss.mm.ii.;
- sia stata effettuata da parte di ANAS S.p.A. una valutazione della convenienza economica dell'operazione che si propone di concludere e che tale convenienza sia effettiva.



Autorità Nazionale Anticorruzione

L'attuale formulazione della norma non ha consentito, invece, di fare chiarezza con riferimento al suo ambito di applicazione e nello specifico in merito alla possibilità di procedere con la stipula di accordi bonari e transazioni anche per gli appalti affidati prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. La *ratio* della norma conduce, infatti, l'interprete ad aderire ad una ipotesi estensiva della norma, nei termini testé detti, avendo chiaro che, per gli appalti affidati prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, il procedimento da seguire dovrà essere quello di cui agli artt. 239 e 240 del previgente decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163; ciò nonostante il riferimento espresso che l'art. 49, co. 7 del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50 effettua agli articoli 205 e 208 del nuovo Codice dei contratti. Tale questione appare di rilievo tenuto conto che, ai sensi dell'art. 217, co. 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, le disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici trovano applicazione alle procedure ed ai contratti successivi all'entrata in vigore dello stesso.

La lettura dell'art. 240 - relativa all'accordo bonario - rende, infatti, evidente che essa differisce rispetto alle nuove previsioni sia con riferimento alle percentuali minima di attivazione dell'accordo e massima di riconoscimento alle imprese sia con riferimento alla composizione della commissione per la definizione dell'accordo stesso (la norma vigente prevede un solo componente a dispetto della precedente che prevedeva una commissione di tre componenti).

La corretta individuazione dell'ambito di applicazione della norma appare rilevante anche in termini di quantificazione dei procedimenti di accordo bonario che sarebbero in capo ad ANAS S.p.A. e che, come appena detto, dovrebbero seguire le procedure di cui alla disciplina previgente. Del resto appare ipotizzabile - stante l'importo stanziato all'art. 49, co. 7 del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50 - ritenere che l'intenzione del legislatore fosse quella di intervenire a superare il contenzioso attualmente esistente presso ANAS S.p.A. e che questa dovesse gestirlo ricomprendendo anche quello scaturente da appalti affidati precedentemente all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti e, quindi, con le previgenti procedure di accordo bonario. Tuttavia, pur comprendendo la *ratio* della norma e l'opportunità di dare una interpretazione tale da consentire il superamento del contenzioso in essere, si ritiene che il predetto Protocollo di intesa non sia la sede idonea per formulare una interpretazione della norma in tal senso ma debba essere limitato a individuare le modalità operative per dare attuazione alla norma.

Anche per questo si ritiene opportuno - in subordine rispetto alla proposta di abrogazione - un intervento del Governo o del Parlamento volto a chiarire l'ambito di applicazione della norma eventualmente estendendo in maniera chiara la competenza, innanzitutto dell'ANAS e poi anche dell'ANAC per la parte relativa al rilascio del parere, anche alle procedure conseguenti ad appalti affidati prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Tale chiarimento consentirebbe, peraltro, all'Autorità Nazionale Anticorruzione di individuare le modalità più



Autorità Nazionale Anticorruzione

idonee - anche da un punto di vista organizzativo - per gestire il maggiore o minore numero di pareri che dovranno essere eventualmente rilasciati. A tale riguardo, si osserva che nella relazione dell'Autorità riferita all'anno 2008 è stata effettuata una analisi del contenzioso ANAS e, sulla base delle informazioni ricevute dalla Società, il contenzioso con rischio di soccombenza, pari all'80% (quello per il quale ci poteva essere la convenienza anche economica a definirlo), ammontava a € 664 milioni per un numero di 162 contenziosi.

Conclusioni

Considerato quanto sopra, si segnala al Governo e al Parlamento l'opportunità di procedere con l'abrogazione dell'art. 49, co. 7 del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50 conv. con mod. in legge, 21 giugno 2017, n. 96. In subordine, si segnala ai soggetti istituzionali ivi richiamati l'esigenza di intervenire a modificare la norma in maniera da chiarire quali sono i contenziosi ricadenti nel suo ambito di applicazione, tenuto conto del riferimento agli articoli 205 e 208 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 operato dall'art. 49, co. 7 del più volte citato decreto legge, che sembrerebbe di conseguenza escludere i contenziosi ricadenti nell'ambito delle procedure di cui agli artt. 239 e 240 del previgente Codice dei contratti. La riformulazione della norma, nei termini anzidetti, trova la sua ragione qualora l'intenzione perseguita dal legislatore sia quella di superare il contenzioso in essere fra ANAS e imprese esecutrici - per gli appalti privi di specifiche risorse accantonate allo scopo - indipendentemente dalle procedure sottese alla definizione degli accordi bonari e transattivi.

Approvato dal Consiglio nella seduta dell'8 novembre 2017

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 9 novembre 2017

Il Presidente
Raffaele Cantone