

Relazione illustrativa

Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50

Il Regolamento in oggetto introduce una nuova disciplina della funzione di componimento delle questioni controverse insorte in sede di gara, svolta dall'Autorità ai sensi dell'art. 211, comma 1, del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, con i seguenti obiettivi:

1. ridefinire le modalità di svolgimento dell'attività sopra indicata da parte dell'Autorità, alla luce delle disposizioni del citato art. 211, co. 1, del Codice, il quale introduce (rispetto al previgente art. 6, comma 7, lett. n) del d.lgs. 163/2006) la previsione del parere vincolante tra le parti;
2. individuare, di conseguenza, il procedimento amministrativo per il rilascio del parere vincolante o non vincolante, in relazione ai diversi casi in cui le parti abbiano o meno "preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito";
3. definire, quindi, i criteri di trattazione delle istanze, le modalità di presentazione delle stesse, i soggetti legittimati a presentare richiesta di parere di precontenzioso;
4. disciplinare le fasi del procedimento di rilascio dei pareri e prevedere la possibilità di rendere pareri in forma semplificata;
5. individuare i casi di inammissibilità e di improcedibilità delle istanze;
6. regolamentare l'eventuale procedimento di riesame del parere;
7. disciplinare la forma delle comunicazioni tra le parti e l'Autorità nonché la pubblicità dei pareri;
8. stabilire le modalità con le quali le parti comunicano le determinazioni conseguenti al parere.

L'esigenza di rivedere la disciplina della funzione di componimento delle questioni controverse insorte in sede di gara, esercitata dall'Autorità, deriva dunque dal mutamento delle disposizioni normative di riferimento, contemplanti modifiche sostanziali all'istituto, ma anche dalla consapevolezza che quest'ultimo costituisce certamente un utile strumento deflattivo del contenzioso giurisdizionale, che richiede, a tal fine, un procedimento agile, pur nel rispetto del principio del contraddittorio, che anima il procedimento amministrativo.

Nella predisposizione del Regolamento in oggetto, inoltre, si è tenuto conto del parere, facoltativo e non vincolante, reso sullo schema del regolamento stesso, dal Consiglio di Stato n. 1920/2016, acquisito al protocollo n. 134355 del 15 settembre 2016.

Il Regolamento si compone di 14 articoli, dei quali si illustra, di seguito, il contenuto.

L'articolo 1 definisce l'oggetto del Regolamento, precisando – in conformità a quanto suggerito dal Consiglio di Stato - che lo stesso disciplina il "procedimento precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50". Il Regolamento non disciplina l'esercizio del potere di raccomandazione di cui al comma 2 dell'art. 211 giacché, trattandosi questa di una funzione rientrante



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

nel più ampio potere di vigilanza, sarà oggetto di un autonomo regolamento da ricondurre nell'ambito degli atti regolamentari disciplinanti la funzione di vigilanza.

L'art. 2 individua i soggetti che possono rivolgere richiesta di parere di precontenzioso all'Autorità, ovvero la stazione appaltante, o una o più parti interessate o i soggetti portatori di interessi collettivi costituiti in associazioni o comitati. La disposizione precisa al riguardo che sono legittimate a presentare istanza le persone fisiche deputate ad esprimere all'esterno la volontà del soggetto richiedente. Rispetto a quanto suggerito dal Consiglio di Stato in ordine alla eliminazione dell'intera disposizione, si è optato per il mantenimento della stessa, posto che l'individuazione dei soggetti legittimati a presentare istanza costituisce un aspetto organizzativo dell'attività procedimentale dell'istituto stesso, rimesso quindi all'autonomia regolamentare dell'Autorità. Al comma 1 della disposizione in esame, in parziale accoglimento dell'ulteriore suggerimento dello stesso Consiglio di Stato, è stato precisato che la formulazione del parere attiene a *“questioni controverse insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara”*, posto che il precontenzioso si fonda non su *“semplici”* questioni interpretative ma su *“questioni controverse”*, sulle quali cioè le parti manifestano posizioni contrapposte.

L'articolo 3 stabilisce le modalità di presentazione dell'istanza singola. La disposizione prevede al riguardo che quando l'istanza è presentata singolarmente dalla stazione appaltante o da una parte interessata, il parere reso è da intendersi non vincolante e che l'istante è tenuto a comunicare la presentazione della richiesta di parere a tutti i soggetti interessati alla soluzione della questione controversa oggetto della medesima. In relazione a tale ultima previsione, è stato accolto il suggerimento del Consiglio di Stato in ordine alla necessità di chiarire, nella disposizione, che l'istanza di parere deve essere comunicata *“a tutti i soggetti interessati alla soluzione della questione oggetto della medesima”*, per designare tutti coloro le cui posizioni giuridiche sono toccate dal parere. Allo stesso, aderendo alle considerazioni svolte dal Supremo consesso di giustizia amministrativa, è stato precisato che nel caso in cui l'istante abbia manifestato la volontà di attenersi a quanto stabilito nel parere, le altre parti possono aderirvi entro il termine di 10 giorni dalla ricezione della comunicazione; in tal caso il parere reso ha efficacia vincolante per le parti che vi hanno aderito. La disposizione prevede, quindi, che l'istanza deve essere presentata secondo il modulo allegato al Regolamento e trasmessa tramite posta elettronica certificata, unitamente ad una eventuale memoria ed alla documentazione ritenuta utile. Nell'istanza le parti devono specificare se, in sede di pubblicazione del parere, debbano essere esclusi i dati sensibili espressamente segnalati. Infine, la disposizione prevede che l'istanza deve recare l'impegno a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione fino al rilascio del parere.

L'articolo 4 disciplina, invece, il caso in cui l'istanza sia presentata congiuntamente dalla stazione appaltante e da una o più parti interessate, manifestando la volontà di attenersi a quanto stabilito nel parere di precontenzioso; si precisa quindi che il parere è vincolante per le parti che vi hanno acconsentito. In accoglimento del suggerimento offerto dal Consiglio di Stato in ordine alla disposizione in esame, anche in tal caso, come previsto nell'art. 3, è stato precisato che le parti sono tenute a dare comunicazione della presentazione dell'istanza *“a tutti i soggetti interessati alla soluzione della questione controversa oggetto della medesima”*. La disposizione in esame precisa quindi - in conformità alle



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

osservazioni del giudice amministrativo sul punto - che qualora gli istanti abbiano manifestato la volontà di attenersi a quanto stabilito nel parere, i soggetti cui è comunicata l'istanza, possono aderirvi entro il termine di 10 giorni dalla ricezione della predetta comunicazione; in tal caso il parere reso ha efficacia vincolante anche nei loro confronti.

Seguono le disposizioni in ordine alle modalità di presentazione dell'istanza, che ripetono quanto previsto all'art. 3, in ordine alla predisposizione del modulo dedicato, con possibilità di trasmettere memoria e documentazione utile, all'indicazione nell'istanza, di eventuali dati sensibili espressamente segnalati, da oscurare in sede di pubblicazione del parere, all'impegno a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione fino al rilascio del parere.

L'articolo 5 individua l'ordine di trattazione delle istanze pervenute, specificando che viene data priorità:

- a) alle istanze congiunte;
- b) alle istanze concernenti appalti di importo superiore alla soglia comunitaria;
- c) alle istanze presentate dalla stazione appaltante;
- d) alle istanze che sottopongono questioni originali o di particolare impatto per il settore dei contratti pubblici;
- e) alle istanze concernenti appalti di importo superiore a 40.000.

L'articolo 6 detta invece una disciplina delle cause di inammissibilità e di improcedibilità delle richieste di parere di precontenzioso. Si prevede, in particolare, al comma 1, l'inammissibilità delle istanze nei seguenti casi:

- a. in assenza di una questione controversa insorta tra le parti interessate;
- b. non presentate dai soggetti indicati all'art. 2, comma 2 del presente Regolamento;
- c. manifestamente mancanti di interesse concreto al conseguimento del parere;
- d. interferenti con esposti di vigilanza e procedimenti sanzionatori in corso di istruttoria presso l'Autorità;
- e. di contenuto generico o contenenti un mero rinvio ad allegata documentazione e/o corrispondenza intercorsa tra le parti;
- f. volte ad un controllo generalizzato dei procedimenti di gara delle amministrazioni aggiudicatrici;
- g. in caso di esistenza di un ricorso giurisdizionale avente contenuto analogo, che le parti hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità.

A tal riguardo la disposizione specifica che le richieste dichiarate inammissibili, se riguardano, comunque, questioni giuridiche ritenute rilevanti, sono trattate ai fini dell'adozione di una pronuncia dell'Autorità anche a carattere generale.

Infine, il comma 3 individua le cause di improcedibilità dell'istanza come segue:

- a) sopravvenienza di un ricorso giurisdizionale avente contenuto analogo, che le parti hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità;
- b) di sopravvenuta carenza di interesse delle parti;
- c) di rinuncia al parere.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Nella formulazione della disposizione in esame, si è ritenuto di accogliere in parte i suggerimenti offerti dal Consiglio di Stato, prevedendo nell'art. 6, comma 1, lett. a), l'inammissibilità dell'istanza «in assenza di una *questione controversa* insorta tra le parti interessate»; anche in tal caso, infatti, come indicato altresì nell'art. 2, comma 1, del regolamento, appare maggiormente corretto il riferimento non alla semplice “questione” ma alla “questione controversa” sulla quale cioè le parti manifestano posizioni contrapposte. Aderendo alle considerazioni del Supremo consesso di giustizia amministrativa, è stata, invece, espunta dalla disposizione de qua, la causa di inammissibilità dell'istanza relativa a procedure per le quali sia intervenuta la stipula del contratto, ritenuta non coerente con la fonte primaria, nonché la causa di inammissibilità relativa a gare di importo inferiore alla soglia di € 40.000. In relazione a tale ultimo aspetto, all'art. 5 del regolamento, in merito all'ordine di trattazione delle istanze, è stata aggiunta al comma 1, la lett. e), relativa «alle istanze concernenti appalti di importo superiore a 40.000».

L'articolo 7 delinea l'iter dell'istruttoria definendo il modello di interazione tra Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici e singolo Consigliere relatore. La norma dispone che l'Ufficio valuta l'ammissibilità e la procedibilità delle istanze e che, in caso di valutazione positiva, le istanze sono assegnate dal Presidente ai singoli Consiglieri relatori. A seguito dell'assegnazione al Consigliere relatore, è previsto che l'Ufficio comunichi l'avvio del procedimento assegnando alle parti un termine non superiore a 5 giorni per la presentazione di memorie e documenti qualora mancanti. In accoglimento del suggerimento del Consiglio di Stato, la norma prevede che l'Ufficio valuti la necessità di procedere all'audizione delle parti sulla base della documentazione acquisita al procedimento. Da ultimo, anche al fine di superare le perplessità espresse dal Consiglio di Stato in ordine alla ripartizione di ruoli e responsabilità tra gli attori dell'iter procedimentale, il comma 4 chiarisce espressamente la procedura già seguita fin dall'entrata in vigore del d.lgs. 163/2006, in conformità a quanto previsto già nel primo Regolamento adottato dall'Autorità in materia e nei successivi regolamenti: l'Ufficio trasmette la bozza di parere al Consigliere relatore ai fini dell'esame e dell'approvazione e il Consigliere relatore approva la bozza di parere, anche modificandola, e, per mezzo dell'Ufficio, la inoltra al Consiglio per l'esame e l'approvazione definitiva.

L'articolo 8 disciplina la fase di approvazione del parere da parte del Consiglio. L'approvazione, anche con modifiche, che deve intervenire entro trenta giorni dalla ricezione dell'istanza, è deliberata dal Consiglio previa relazione del Consigliere relatore. Il comma 2 dispone che il termine di trenta giorni è sospeso nel periodo tra il 1° e il 31 agosto. La sospensione dei termini nel periodo feriale costituisce un aspetto organizzativo dell'attività procedimentale dell'istituto, rimesso al potere regolamentare dell'Autorità ed è dovuta alla calendarizzazione delle adunanze consiliari, che non consente, nel corso della pausa estiva, l'adozione dei pareri entro il prescritto termine di trenta giorni. Trattandosi di un aspetto organizzativo dell'attività procedimentale, la sospensione dei termini può essere disposta, a differenza di quanto osservato dal Consiglio di Stato, anche in assenza di una base normativa. Il comma 3 precisa che il termine è sospeso anche quando, anche su disposizione del Consiglio, è necessario acquisire documentazione integrativa o effettuare un supplemento di istruttoria.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

L'articolo 9 detta la disciplina dell'archiviazione delle istanze inammissibili o improcedibili prevedendo che sia l'Ufficio a provvedervi per poi comunicare mensilmente al Consiglio l'elenco delle archiviazioni predisposte. Il comma 2 prevede che sempre l'Ufficio comunica l'avvenuta archiviazione alle parti interessate.

L'articolo 10 introduce e disciplina l'istituto del parere in forma semplificata. In accoglimento delle obiezioni del Consiglio di Stato, il ricorso al parere in forma semplificata è limitato al solo caso di pareri non vincolanti. La norma prevede che il parere è emesso in forma semplificata quando l'oggetto dell'istanza risulta di pacifica soluzione, tenuto conto del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento. Accogliendo i rilievi del Consiglio di Stato, il secondo comma precisa in cosa consista la semplificazione: l'Ufficio, in deroga all'art. 7, comma 4, predispone direttamente la bozza del parere con una motivazione semplificata che può richiamare anche precedenti pareri adottati dall'Autorità. I pareri redatti in tale forma sono approvati preliminarmente dal Presidente e, quindi, sottoposti all'approvazione definitiva del Consiglio.

L'articolo 11 definisce le condizioni al ricorrere delle quali può essere presentata istanza di riesame di un parere di precontenzioso, vincolante o non, e di una archiviazione. In accoglimento di uno dei suggerimenti alternativi del Consiglio di Stato, la norma richiede, oltre alla sopravvenienza di documentate ragioni di fatto, che non sia stato proposto ricorso giurisdizionale né avverso il parere di precontenzioso né avverso il provvedimento che lo recepisce e siano scaduti i termini per proporlo. Ciò al fine di garantire il riesame di un parere divenuto definitivo ed evitare interferenze tra il procedimento di riesame e il processo. Il secondo comma precisa che al riesame si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni del Regolamento disciplinante il rilascio dei pareri. Il terzo comma dell'articolo riproduce quanto previsto dal comma 1 dell'art. 211 circa l'impugnabilità del parere vincolante in via giurisdizionale ai sensi dell'art. 120 cpa.

L'articolo 12 dispone in ordine alla comunicazione del parere e alla sua pubblicità prevedendo, al comma 1, che il parere approvato dal Consiglio viene comunicato alle parti interessate e poi pubblicato nel sito internet dell'Autorità a cura dell'Ufficio Comunicazione. Il comma 2 individua nella posta elettronica certificata lo strumento di comunicazione tra l'Autorità e le parti interessate ai sensi della vigente normativa.

L'articolo 13, nel testo riformulato dal Consiglio di Stato, disciplina le comunicazioni all'Autorità degli atti adottati al fine di adeguarsi al parere sia da parte delle stazioni appaltanti che degli operatori economici, mantenendo distinta l'ipotesi in cui il parere sia vincolante dal caso di parere non vincolante. Il comma 1 prevede che, entro il termine di 35 giorni dalla ricezione del parere vincolante, la stazione appaltante che ha manifestato la volontà di attenersi al parere comunica all'Ufficio del Precontenzioso e Affari Giuridici l'eventuale proposizione di ricorso contro il parere ovvero le determinazioni adottate per adeguarsi allo stesso. La disposizione prevede inoltre che le parti diverse dalla stazione appaltante che abbiano ugualmente manifestato la volontà di attenersi al parere, entro lo stesso termine di 35 giorni, comunichino l'eventuale proposizione di ricorso o l'avvenuta acquiescenza al parere. Il secondo



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

comma dispone che, anche in caso di parere non vincolante, le parti (che in questo caso non hanno manifestato la volontà di attenersi al parere) comunichino, entro il termine di 35 giorni, le proprie determinazioni conseguenti al parere. I dati sull'adeguamento spontaneo al parere sono utili per la verifica dell'impatto della regolazione e per valutare la portata dell'effetto deflattivo del contenzioso giurisdizionale. Il comma 3 richiama l'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 213, comma 13, del Codice nel caso di omissione o non veridicità delle comunicazioni effettuate ai sensi dei commi precedenti.

L'articolo 14 fissa l'entrata in vigore del Regolamento il giorno successivo della sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

Roma, 5 ottobre 2016